

DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – TESTAMENTO VITAL- PASSADO, PRESENTE E FUTURO – NOTAS DE UM ENCONTRO DA MEDICINA COM O DIREITO¹

“Não é uma questão de morrer cedo ou tarde, mas de morrer bem ou mal”.
(Séneca)

No decurso do exercício da Judicatura, apreciando eventuais situações de responsabilidade médica, facilmente percecionei que se estava perante uma matéria de reconhecida complexidade e melindre, pois estavam em causa direitos fundamentais, englobados nos direitos de personalidade, como o direito à integridade física, e sobretudo o direito à saúde, tida esta como um estado de bem-estar físico-psíquico da pessoa, ligados de forma indissociável ao desenvolvimento e realização plena da pessoa humana.

Olhando a realidade envolvente, daí, até à necessária interacção entre tal realidade e a posição do cidadão enquanto utente dos serviços hospitalares, antes e depois da doença, e a forma de fazer valer a sua vontade, foi um passo, propondo-me a uma breve reflexão sobre uma vertente, que se afirma como uma via possível para esse entrosamento, caso das Diretivas Antecipadas de Vontade, a partir daqui designadas por DAV, num encontro da Medicina com o Direito.

No âmbito da discussão do tema, nomeadamente na vertente da vária doutrina e legislação, já que a nível jurisprudencial, a nível nacional, as referências são quase inexistentes, surgem vários conceitos dos quais se aponta, por mais relevantes, e desde logo a eutanásia, definida como a morte de um doente, a seu pedido, firme e consistente, através da intervenção directa de um profissional de saúde, pressupondo assim uma solicitação efetiva do doente, independentemente da irreversibilidade e da terminabilidade da doença, proibida pelo Código Penal Português, no artigo 134.º, n.º1 – *Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos, sendo a tentativa punível.*

A doutrina ensina que existem duas espécies de eutanásia, a ativa provocada por uma ação de terceiro e a passiva decorrente de omissão de terceiro, não se fazendo o tratamento ordinário, e mais conhecido em termos médicos.

¹ Texto de suporte à Palestra efetuada nas designadas “Conferências de Outono” do Hospital Prof. Dr. Fernando Fonseca”, em 23.10.2017, revisto e atualizado.

A eutanásia passiva não se confunde, pelo menos em termos teóricos, com a ortotanásia tida esta pela abstenção, supressão ou limitação de todo o tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente, não se procurando, nem provocando a morte que resulta e resultará da própria enfermidade que o sujeito padece, abstendo-se o médico, tão só, de realizar tratamentos extraordinários e fúteis, suspendendo os esforços terapêuticos desnecessários.

Em sentido contrário temos a distanásia enquanto obstinação terapêutica que se dedica a prolongar o máximo da quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo, utilizando todos os meios possíveis para evitar que a mesma ocorra, investindo incessantemente no prolongamento da vida e conseqüente adiamento do processo de morte, que já se mostra iminente. A morte é postergada, iniciando-se uma fase de sofrimento desnecessário, pois não há perspectiva de melhoras e sobretudo de cura para o doente.

Está-se assim perante um tratamento fútil pois não apresenta nenhuma utilidade, não traz benefício ao doente, não produz qualquer efeito, sendo o seu resultado indiferente para o quadro clínico ou para o bem-estar do paciente, pois apesar do progresso da tecnologia ainda não se conseguiu vencer a morte.

Fala-se ainda de mistanásia, também chamada de eutanásia social, isto é, a morte ocorrida antes da hora. Neste âmbito estarão os casos de doentes vítimas de erro médico, ou que nem conseguiram aceder a estabelecimentos hospitalares, por razões políticas, sociais e económicas, bem como quando são vítimas de más práticas, decorrentes de interesses económicos, político-sociais, ou até científicos.

Diferente de tudo isto temos o suicídio assistido, morte voluntária, por métodos diversificados, nomeadamente a ingestão de substâncias tóxicas, com o auxílio de uma outra pessoa, prática punida nos termos do artigo 135.º, n.º1, do Código Penal, “*Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe presta ajuda para esse fim, é punido com a pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se*”. No n.º 2, prevê-se o caso de a pessoa ajudada ser menor de 16 anos, ou tiver por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, sendo o agente punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Distintas, e particularizando, as DAV constituem instruções dadas por uma pessoa, quando é ainda capaz de o fazer, livre e esclarecidamente, relativas aos tratamentos que deseja ou não deseja receber no final de vida, consignadas assim para quando ficar incapaz de o fazer e se exprimir em conformidade.

As DAV podem ser corporizadas num documento – o testamento vital, e ou efectivadas através de um procurador de cuidados de saúde, nomeado para tanto.

Tendo sido a terminologia acolhida pelo legislador, e desse modo a atendível, deixa-se aqui, contudo, umas notas de discordância doutrinária.

Desde logo, e no que se refere a testamento vital, que autores já designaram de “testamento biológico”, “testamento de paciente”, “testamento em vida”, em termos do ordenamento jurídico português, que se presume harmónico, o testamento, tal como sempre foi considerado, tem o seu lugar na sucessão testamentária, tratando-se efectivamente de um ato pessoal, unilateral e revogável, artigo 2179.º, do Código Civil, (aí a nota de convergência), no entanto, e estando no âmbito sucessório, traduz-se numa disposição sobre bens, podendo igualmente abranger disposições de carácter não patrimonial, para depois da morte do testador, enquanto que o testamento vital destina-se a regular relações jurídicas, no âmbito exclusivo da saúde, no período anterior à morte de quem o efectua.

Assim, apresenta um de dois conteúdos distintos, ou o testador recusa um tratamento (caso de uma cesariana, de quimioterapia, de transfusões de sangue) ou o testador solicita a aplicação de determinado tratamento, sendo certo que, nesta última hipótese, se o tratamento não se revelar adequado para aquele paciente de acordo com o estado atual do conhecimento científico o médico não está obrigado a aplicá-lo. O desejo de tratamentos extraordinários, que em nada adiantarão para o bem-estar do doente ou para a sua longevidade, não vincula o médico.

A expressão utilizada, resultará, como tudo parece evidenciar, e é salientado pela maioria dos autores, da tradução da expressão *living will*, originária dos Estados Unidos, com os riscos decorrentes de uma tradução literal, salientando-se, contudo, que “will” para além de ser traduzido com o sentido entre nós utilizado de testamento, também pode indicar o desejo de algo que se queira que aconteça no futuro, traduzindo-se desse modo como desejo em vida ou mesmo vontade em vida.

Relativamente às DAV, considerando por um lado, o alcance das mesmas no sentido do tratamento que se desejaria ter, e por outro, o campo específico de quem as emite na assunção de que se pode vir a ficar incapaz de participar na elaboração de uma decisão sobre tratamento quando essa necessidade surgir, algumas vozes dissonantes entendem que deveriam antes ser designadas como declarações do paciente, ou então, diretivas antecipadas de tratamento.

Estas notas, para além da correcção terminológica no concerne aos institutos vigentes no ordenamento jurídico, face ao já legalmente determinado, apenas lograrão revelar em termos futuros, o que não se configura despiciendo quanto à respetiva delimitação, mas e sobretudo não irrelevante na prática, defendendo-se, que a longo prazo, as imprecisões apontadas poderão levar a distorções em termos do respectivo conteúdo.

Prosseguindo, no acolhimento da metodologia da interpretação das normas jurídicas, porque o elemento histórico é sempre importante para aferir do seu verdadeiro sentido, retenha-se desde o primeiro momento que o médico inicia a sua atividade, na sua relação com o paciente, terá presente que no Juramento de Hipócrates (Fórmula de Genebra, adotada pela Associação Médica Mundial em 1983) consigna-se “*A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação*”(…) “*Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde o seu início, mesmo sob ameaça e não farei uso dos meus conhecimentos Médicos contra as leis da Humanidade*”.

Ora, em textos atribuídos a Hipócrates, recomendava-se que o médico escondesse tudo o que pudesse do doente, desviando mesmo a atenção dele daquilo que lhe estava a fazer e omitindo o diagnóstico que lhe reservava.

Então, e durante séculos, a relação médico-doente assentava num verdadeiro paternalismo médico absolutista, devendo o médico comportar-se como um pai para um filho. Nessa ótica, o médico teria o dever de proteger esse “filho”, fazendo-lhe o bem e prescrevendo o tratamento adequado, enquanto que o doente devia respeitar esse médico como ser “superior”, como “dono da verdade”, obedecendo-lhe sem questionar.

Nos Estados Unidos, em 1847, editou-se um código das “obrigações dos pacientes para com seus médicos”, a impor àqueles um verdadeiro dever de obediência às imposições destes. Segundo constava desse documento, “*a obediência do paciente às indicações de seu médico deve ser rápida e implícita. O paciente não deve nunca permitir que sua própria opinião vulgar sobre seu estado de saúde possa influir na atenção do médico. Um erro sobre um aspecto particular pode fazer com que tratamentos que em outras circunstâncias seriam adequados se tornem perigosos e inclusive fatais*”.

Foi também nos Estados Unidos da América, apenas há cerca de noventa anos que um Tribunal deliberou: “(…) *todos os seres humanos maiores de idade e com saúde mental (competentes) têm o direito a determinar o que deverá ser feito com o próprio corpo; e um cirurgião que realize uma operação sem o consentimento do paciente comete uma violação, estando por isso sujeito à exigência de responsabilidade (…)*” (*Olmstead versus United States – 1928*).

Tal consciencialização a nível individual, tem vindo a desenvolver-se com a consagração de mecanismos que interiorizam o respeito pela autodeterminação dos doentes em termos de saúde.

Sem prejuízo de instrumentos mais abrangentes, salienta-se a Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, de 1994, mas sobretudo a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, Convenção de Oviedo, assinada em 4.04.1997, ratificada, e publicada no Diário da República de 3.01.2001, que no respeito pela escolha esclarecida do doente, reporta a uma vontade anteriormente manifestada, apontando para *“qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido”*, podendo o doente *“em qualquer momento, revogar o seu consentimento”*, artigo 5.º, e indo mais longe, consagra no artigo 9.º, sob a epígrafe, *“vontade anteriormente manifestada”*, *“A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da sua intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta (...)”*, prevendo as partes outorgantes, expressamente, sanções adequadas nos casos de incumprimento das disposições da Convenção, artigo 25.º, embora não sejam esclarecidas quais e em que termos.

As estruturas cada vez mais complexas e impessoais, como os grandes centros médicos, e a diluição da proximidade antes havida na relação paciente – médico, substituída pela de utente – técnico de saúde, foram também relevantes para os primeiros movimentos no sentido de salvaguardar a autonomia da vontade do doente, em situações em que o mesmo não podia expressá-la de forma esclarecida.

Nos Estados Unidos da América foi feita a primeira aproximação para a respetiva salvaguarda, assente em situações concretas de elevadíssimo sofrimento, resultante de doenças incuráveis e degenerativas, levando a estados vegetativos persistentes, nos conhecidos casos de Karen Ann Quinlan, Nancy Cruzan ou Terri Schiavo, com o surgimento do *“Living Will”*, traduzido como testamento vital (relevando em termos de importância para o respectivo aparecimento, mas também designação, o advogado Luis Kutner), bem como a possibilidade da nomeação do *“durable power of attorney for health care,”* procurador de cuidados de saúde, verificando-se, contudo, que só com o *“Advanced Care Planning”*, se pode falar na previsão de DAV, com a consagração da figura do procurador de cuidados de saúde, sendo o *“living will”*, dado a conhecer a todos os utentes das instituições de saúde que recebam financiamentos públicos.

Em Portugal, e muito brevemente, o debate sobre a legalização do testamento vital iniciou-se em 2006 com a proposta de um diploma legal sobre Diretivas Antecipadas de Vontade por parte da Associação Portuguesa de Bioética, proposta esta que foi enviada à Comissão de Saúde da Assembleia da República para apreciação, tendo sido apresentada em audiência parlamentar a 5 de maio de 2009.

Seguindo-se o processo legislativo, foi aprovada na Assembleia da República, a Lei n.º 25/2012 de 16 de julho, que regula as DAV, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital – RENTEV, partilhando-se o entendimento que a legalização das DAV – testamento vital, constitui um verdadeiro avanço no sentido da afirmação do direito inalienável à autodeterminação das pessoas, na realização de um ideal de cidadania e sentido ético de responsabilidade.

A Lei n.º 25/12, de 16 de julho, veio assim estabelecer o regime jurídico das DAV – testamento legal – entrou em vigor 30 dias após a sua publicação, não tendo sofrido ainda qualquer alteração.

Refletindo sobre o respetivo conteúdo, ressalta desde logo, o artigo 2.º, que procede à designada “Definição e conteúdo do Documento”, consagrando no n.º 1, que as DAV, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa de maior idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

Assim:

- Em termos formais – revestem a forma de um documento, sem prejuízo do previsto relativamente ao procurador de cuidados de saúde, o que se justifica por razões de segurança jurídica, forma de prova e decorrente validade.

- Em termos de capacidade – qualquer pessoa de maior idade e capaz, que não se mostre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, no pressuposto de não serem detentoras de plenas capacidades para se determinar.

- Em termos substanciais – respeitam a cuidados de saúde que o autor deseja ou não deseja receber.

- Em termos de eficácia – elaboradas para serem consideradas no caso de, por qualquer razão, o outorgante se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e o fazer autonomamente, isto é, não têm qualquer validade se o paciente/doente puder exprimir ele próprio, e de forma consciente, qual é a sua vontade.

- Em termos de oportunidade para a realização – quando alguém, não necessariamente afectado por qualquer patologia que o pode vir a incapacitar, encontrando-se (segundo pelo menos se crê), saudável, de modo esclarecido, consciente e livre, manifesta a sua vontade para o caso de nalgum momento no futuro se encontrar numa situação em que o não poderá fazer.

Quanto à capacidade, exige-se cumulativamente:

- Maioridade.

- Não interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, excluída ficando a inabilitação por prodigalidade.

- Capacidade para dar o consentimento consciente, livre e esclarecido, o consentimento informado. No caso do testamento vital, só apenas mediante o fornecimento de todos os dados indispensáveis para a formação da vontade do seu autor pode dizer-se que este se motivou de modo esclarecido, sendo assim um pressuposto da validade da celebração, e a sua falta constitui um motivo de anulação. Compreende-se, em conformidade, que se defenda que a intervenção do médico na elaboração das DAV, não devia ser facultativa, mas sim obrigatória, com vista a um cabal esclarecimento das opções que outorgante pretende ver contempladas no testamento vital.

Reporte-se a recente consagração dos direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, isto é, aqueles que padeçam de tal doença, incurável, irreversível, com prognóstico vital estimado dos 6 aos 12 meses, com a expressa atribuição, no âmbito dos direitos não clínicos, do direito de realizar testamento vital e nomear procurador de cuidado de saúde, artigos, 1.º, 2.º e 9.º, da Lei 31/2018, de 18 de junho.

Outros normativos vêm contemplar o que a doutrina vinha defendendo.

Daí um pequeno excursus pelo Estatuto da Ordem dos Médicos, Lei 117/2015, 31 de Agosto, artigo 135.º, (...) *o médico deve fornecer a informação adequada ao doente e dele obter o seu consentimento livre e esclarecido*” e pelo Código Deontológico dos Médicos, Regulamento de Deontologia Médica, Regulamento 707/2016, Diário da República, II série, 21 de julho de 2016, artigo 19.º, “ (...) *o doente tem direito a receber e o médico o dever de prestar esclarecimentos sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença. O*

esclarecimento dever ser prestado previamente e incidir sobre os aspectos relevantes de actos e práticas, dos seus objectivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência. O esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante preocupa o doente. O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural. O esclarecimento deve ser feito em função dos dados probabilísticos e facultando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e tomar uma decisão consciente (...)” artigo 20.º, “*O consentimento só é válido se no momento que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais. Entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita o doente de refletir e aconselhar-se (...)*”, artigo 22.º, **consentimento presumido** – “*(...) em situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento do doente e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade;*”, “*Quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde*”, e “*Quando tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento tendo vindo a realizar-se outro diferente, por se ter revelado imposto como meio para evitar ou perigo para a saúde, salvo se se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*”.

Na interpretação do testamento vital, ainda que se apliquem as regras gerais de interpretação do sentido da declaração, e sem prejuízo do que nesse âmbito está previsto para os casos duvidosos, no artigo 237.º do Código Civil, em caso de dúvida atinente ao alcance da declaração de vontade nele contida, deve valer o princípio “*in dubio pro vita*”, pois tendo em conta o salientado, os profissionais de saúde têm o dever de atuar no sentido de resguardar a vida e a integridade pessoal do paciente.

Desta forma, caso a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não conheça a vontade real do autor do testamento vital e DAV nele constante, (sentido objetivo particular), nem se consiga definir o sentido geral correspondente à declaração veiculada, esta deve valer com o sentido que traduzir maior respeito pela vida e pela dignidade da pessoa.

Assim, o testamento vital deve ser reconhecido como a legítima expressão da decisão do doente, sendo considerado vinculativo para os médicos em relação às terapêuticas consentidas por aquele, legitimando a abstenção de cuidados médicos, que muitas vezes apenas prolongam o sofrimento do paciente.

Questionou-se ser ou não adequado utilizar todos os recursos médicos existentes, face ao desenvolvimento da medicina nomeadamente das técnicas de reanimação cardiopulmonar, acontece que a expressão mais visível da evolução recente da ética

médica, as “Ordens de Não Reanimar” são hoje um padrão da boa prática médica, tendo sido plenamente incorporadas na *leges artis* da profissão.

Os abusos aos direitos dos pacientes devem ser impugnados concretamente e jamais de forma genérica, não sendo legítima a imposição de uma regra preventiva que se baseia na restrição da autonomia dos pacientes

Quanto ao dever de proteção do bem jurídico, vida, supostamente superior a autodeterminação do paciente (diz-se supostamente superior porque apesar da forte proteção jurídica que o ordenamento jurídico dispensa à vida humana, determinando a sua inviolabilidade, o legislador em nenhum momento a valorou, e nem poderia, ademais, esta inviolabilidade refere-se aos poderes públicos e a terceiros, e tanto é assim que a tentativa de suicídio não é punível entre nós), a sua tutela jurídica não pode ser interpretada sob uma lógica autoritária como uma obrigação de viver, afastando-se aqui a discussão em termos de direitos fundamentais e respetivo conflito.

O testamento vital e DAV nele constantes apenas pode vincular as pessoas identificadas a partir do momento em que se preencha a condição descrita. A partir daí, o não cumprimento determina responsabilidade civil (contratual ou extracontratual) na hipótese de decorrerem danos, disciplinar e até penal se desrespeitados, fizerem os médicos incorrer no crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156.º do Código Penal, intervenções ou tratamentos sem autorização do paciente).

A equipa médica deve assim dar-lhe cumprimento, não lhe cabendo apenas levá-lo em consideração.

Existem, contudo, três possibilidades, no âmbito das quais as DAV não devem ser respeitadas.

A primeira delas diz respeito à situação na qual se comprove que o outorgante não desejava manter o aludido documento, artigo 6.º, n.º 2, da Lei 25/12, 16 de julho, configurando-se como uma disposição questionável até por parecer contrariar o espírito da lei (Afinal, se a DAV é livremente revogável ou modificável pelo seu outorgante, a qualquer tempo e inclusive por meio de declaração oral, não se percebe o porquê do paciente não o fazer se era esta a sua intenção).

Prendendo-se a razão de ser de tal disposição na impossibilidade de o outorgante não poder emitir a sua vontade em conformidade, para retirar a eficácia do documento é necessário que se comprove cabalmente, sem margem para suposições, que de fato o não mais desejava manter as diretivas antecipadas de tratamento que antes havia formulado, nessa medida, para que não exista responsabilidade do médico por não acatar as diretrizes encerradas no testamento vital, é fundamental que exista um elevado grau de certeza quanto à atual vontade contrária conjectural do seu autor retirada de

quaisquer elementos, factos concludentes atendíveis, de forma prudente, e com recurso a uma panóplia de elementos, como informações de familiares e amigos, que permitam formular tal presunção.

A segunda possibilidade refere-se à verificação da evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos entre o momento da elaboração da DAV e altura em que se requer a sua aplicação. O avanço das ciências médica e farmacêutica, assim como das tecnologias aplicadas à saúde, dá-se em passos tão largos atualmente que é possível que em alguns anos o tratamento de uma enfermidade específica possa sofrer profundas alterações. Prevê-se assim um desfasamento da disposição de vontade declarada e o sucesso da nova terapêutica como elemento impeditivo da eficácia da diretiva antecipada.

Nesta segunda situação, de caducidade *ope legis*, artigo 6.º, n.º 2, b) da Lei 25/12, de 16 de julho, presume-se legalmente que se o seu autor, conhecesse o atual desenvolvimento da medicina não declararia a sua vontade tal qual antes o fez. Assim como no caso antecedente, para evitar incorrer em responsabilidade, o médico só pode tirar a pertinente ilação havendo suficiente grau de certeza quanto à presumível vontade do autor do testamento vital.

A terceira hipótese impeditiva de eficácia das DAV refere-se à dissonância entre as circunstâncias factuais previstas pelo outorgante no momento da sua assinatura e as que realmente caracterizam o seu quadro clínico no momento oportuno para a sua aplicação, artigo 6.º, n.º 2, c), da 25/12, de 16 de julho.

Caso não haja uma semelhança fática que permita a aplicação da DAV, esta fica sem efeito, a menos que o outorgante tenha nomeado um procurador para cuidados de saúde, pois este então poderá decidir, diante da nova conjuntura, de acordo com o ideais e valores do paciente.

Esta condição de ineficácia da DAV tem um relevante papel pedagógico no que se refere à importância da correta elaboração de um documento de diretiva antecipada. Apenas se pode aceitar como legítima a diretiva antecipada de recusa aos esforços terapêuticos de suporte vital cujo cumprimento permite o avanço natural da doença e, consequentemente, o resultado morte, que já era expectável. A morte que advém da obediência a uma DAV deverá ser sempre o resultado de um processo natural e inevitável, diante do qual já nada, ou muito pouco, se podia fazer.

Apona a doutrina como exemplo quanto a estas situações o caso de alguém que declarou não pretender ser submetido a tratamentos de radioterapia agressivos se

eventualmente viesse a padecer de um cancro (neoplasia maligna) terminal não se podendo presumir que esteja disposto a prescindir de igual terapêutica se vier a padecer, por hipótese, de uma malformação arteriovenosa.

Por sua vez, se a declaração foi realizada para o caso de entrar numa determinada situação clínica (estado de coma) e o paciente acabar por se encontrar factualmente impossibilitado de proferir a sua vontade mas por qualquer outra causa, não existe DAV, não resultando a respetiva extinção, mas sim a não verificação da condição a que estava sujeito o testamento vital.

Importa ainda atender à exceção prevista no n.º 4, do artigo 6.º, da 25/12, 16 de julho, isto é, da situação de urgência, resultante de a quem pertencer prestar o cuidado médico competir a prática de todos os atos indispensáveis à salvaguarda da vida, da dignidade e da integridade do paciente, no cumprimento da obrigação de agir no sentido de preservar direitos de personalidade alheios.

Saliente-se que cada um dos elementos da “equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde” beneficia de uma causa de exclusão da ilicitude constituída a seu favor que lhe permite, na sua parte, não dar cumprimento às diretrizes compreendidas no testamento vital, inclusivamente atuando contra elas, caso da objeção de consciência, que não pode ser feita em bloco, mas discriminando quais as concretas diretivas a cujo comando o objeto se pretende eximir.

Por último, estabelece o legislador que também será juridicamente inexistente a DAV na qual o outorgante não tenha expressado a sua vontade de forma clara e inequívoca, artigo 5, a), da Lei 25/12, de 16 de julho. Ou seja, para que a DAV seja válida, deve ser formulada em termos precisos, com o uso de uma linguagem objetiva, sem ambiguidades ou termos vagos, para que da sua leitura se depreenda, sem erro, qual é de fato a verdadeira vontade do outorgante. Uma DAV mal redigida, baseada em conceitos ambíguos e permeada de orientações hesitantes, não cumpre a sua função, dificultando ainda mais a atuação médica, pelo que deve ser-lhe negada a validade jurídica.

Acontece que muitas das dúvidas suscitadas e respetivas respostas quanto a esta temática, constam já dos Estatutos da Ordem dos Médicos, bem como do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, e correspondentes Códigos Deontológicos, que sofreram, entretanto, alterações.

Nos termos do artigo 135.º, dos Estatutos da Ordem dos Médicos, “*o médico deve exercer a sua profissão de acordo com a legis artis com o maior respeito pelo direito à saúde das*

pessoas e da comunidade (...) o médico deve abster-se de práticas não justificadas pelo interesse do doente”; Código Deontológico, artigo 10.º, “ (...) o médico deve abster-se de praticar actos que não estejam de acordo com as legis artis, excetuam-se os atos não reconhecidos pelas legis artis, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com o consentimento do doente ou do seu representante legal, (...)”, artigo 65.º – fim da vida, “O médico deve respeitar a dignidade do doente no momento do fim da vida”, “Ao médico é vedada a ajuda ao suicídio, a eutanásia e a distanásia”. Artigo 66.º “(...) nas situações de doença avançada e progressiva cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua acção para o bem-estar dos doentes, evitando a futilidade terapêutica que podem, por si próprias, induzir mais sofrimento, sem que daí advenha qualquer benefício (...)”. Artigo 67.º “(...) o uso de meios extraordinários de manutenção de vida deve ser interrompido nos casos irrecuperáveis de prognóstico seguramente fatal e próximo, quando da continuação de tais terapêuticas não resulte benefício para o doente (...) o uso de meios extraordinários de manutenção da vida não deve ser iniciado ou continuado contra a vontade do doente (...) não se consideram meios extraordinários de manutenção de vida, mesmo que administrados por via artificial, a hidratação e alimentação ou administração por meios simples de pequenos débitos de oxigénio suplementar (...)” . Artigo 24.º, recusa de tratamento – “(...) em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressa e livremente”. Artigo 21.º, n.º 2, “(...) quando existir uma directiva antecipada de vontade ou a nomeação de procurador de cuidado de saúde por parte do doente, o médico deve respeitar as suas decisões nos termos previstos na lei, sem prejuízo do exercício do direito à objecção de consciência.” “(...) a atuação dos médicos deve ter sempre a finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, e em especial dos doentes incapazes de comunicarem a sua vontade, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida se para tal tivesse capacidade”, “a informação fornecida pelos representantes legais, familiares ou pessoas das relações próximas é relevante para o esclarecimento da vontade dos doentes”. “(...) cabe ao médico ponderar em cada caso, a necessidade de requerer ao tribunal o suprimento judicial do consentimento do doente (...)”, Artigo 26.º, “O médico deve respeitar as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses do doente (...)”, assim como o acompanhamento moral e espiritual por membro qualificado da religião, e respeitar a vontade do doente em termos desse acompanhamento, e ainda no artigo 28.º, “O médico deve usar de especial solicitude e cuidado para com o menor, o idoso, o deficiente ou pessoa particularmente indefesa quando verificar que os seus familiares ou outros representantes não são capazes ou cuidadosos para tratar da sua saúde ou assegurar o seu bem estar”.

No Código Deontológico dos Enfermeiros, no Artigo 99.º, “(...) as intervenções de enfermagem são realizadas com a preocupação da defesa da liberdade e da dignidade da pessoa humana e do enfermeiro, são valores universais a observar na relação profissional, a igualdade, a liberdade responsável, com capacidade de escolha, tendo em atenção o bem comum; o respeito dos direitos humanos na relação com dos destinatários dos cuidados (...)”, entre os deveres deontológicos em

geral, Artigo 100.º, “(...) proteger e defender a pessoa humana das práticas que contrariem a lei, a ética ou o bem comum (...)”, nos direitos à vida e à qualidade de vida, “(...) o enfermeiro no respeito do direito da pessoa à vida durante todo o ciclo vital, assume o dever de (...) defender a vida em todas as situações, respeitar a integridade biopsicossocial, cultural e espiritual da pessoa, participar nos esforços profissionais para a valorizar a vida e a qualidade de vida, e recusar a participação em qualquer tratamento desumano ou degradante (...)”, reportando no Artigo 108.º, o respeito pela pessoa no fim de vida, em termos de escolha de acompanhamento e manifestações da pessoa nesse estado, e por fim no Artigo 105.º, respeitar, defender e promover o direito ao consentimento informado.

Os procedimentos da equipa responsável pelos cuidados de saúde, no atendimento da existência do testamento vital, têm um conteúdo positivo, a saber:

- O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, assegura-se de existência de documentos de DAV e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV – mediante consulta no Portal do Profissional da Plataforma de Dados da Saúde – Portaria 96/2014, de 05 de maio.

- O RENTEV disponibiliza a informação constantes da DAV e das procurações de cuidados de saúde na Plataforma de Dados de Saúde, mediante acesso reservado, aos profissionais de saúde e aos utentes, através do Portal do Profissional e do Portal do Utente – Portaria 96/2014, de 05 de maio.

Quanto aos enfermeiros, já no Relatório e Parecer 82/CNECV/2015 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de 22.05.2015, sobre a "Exclusão administrativa dos enfermeiros ao RENTEV", se entendia que o regime legal das DAV devia ser interpretado no sentido de permitir o acesso ao RENTEV aos profissionais de saúde a quem cabia atender às disposições da pessoa, particularmente médicos e enfermeiros.

A Portaria 141/2018, de 18 de maio, referindo que importava clarificar as normas relativas ao funcionamento e à organização do RENTEV, sublinhando a natureza multidisciplinar e pluriprofissional dos cuidados de saúde, esclareceu que podia ser consultado pelos profissionais de saúde, designadamente médicos e enfermeiros, sendo o acesso por profissionais de saúde não pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde efetuado mediante a introdução da palavra-passe individual de saúde.

No concerne ao conteúdo negativo dos procedimentos da equipa responsável pelos cuidados de saúde, face a um testamento vital, ressalta o já aludido direito à objeção de consciência, assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados em tal âmbito, quando solicitados para o cumprimento do constante em documento de DAV, devendo para tanto indicar a que disposição ou disposições das DAV se refere, e o estabelecimento de saúde providenciar pela garantia do cumprimento das mesmas, adoptando os procedimentos necessários e adequados, como a cooperação com outros estabelecimentos de saúde, ou outros profissionais de saúde legalmente habilitados.

A objeção de consciência está prevista no Artigo 138.º, do Estatuto da Ordem dos Médicos, “*O médico tem o direito de recusar a prática de acto da sua profissão quando tal prática entre em conflito com a sua consciência e ofenda os seus princípios éticos, morais, religiosos, filosóficos, ideológicos ou humanitários, (...) a objecção de consciência é manifestada perante situações concretas, em documento que pode ser registado na ordem, assinado pelo objector e comunicado ao director clínico do estabelecimento de saúde, devendo a sua decisão ser comunicada ao doente, ou a quem no seu lugar prestar consentimento, em tempo útil, (...) a objecção de consciência não pode ser invocada em situação urgente e que implique perigo de vida ou grave dano para a saúde, se não houver outro médico disponível a quem o doente possa recorrer (...)*”, em termos similares, a objeção de consciência do enfermeiro, Artigo 113.º, do respetivo Estatuto.

Relativamente ao procurador de cuidados médicos, salienta-se que qualquer pessoa o pode nomear, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante da procuração, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente, podendo ser nomeado um segundo procurador para o caso de impedimento do primeiro.

Em termos de capacidade para nomear e ser nomeado, exige-se, cumulativamente, a maioridade, a não interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, excluída ficando a inabilitação por prodigalidade, bem como a capacidade para dar o consentimento consciente, livre e esclarecido. Já não podem ser nomeados, os funcionários do RENTEV e do cartório notarial que intervenham nos atos regulados na lei, e os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde, excepto, se tiverem uma relação familiar com o outorgante.

A procuração de cuidados de saúde, assim como o testamento vital, tem a sua eficácia pendente até ao momento em que, fortuitamente, advenha a incapacidade natural do representado para decidir acerca das terapias a que se sujeitará. Só depois da ocorrência de tal facto, deve o representante exercer os poderes que lhe foram concedidos.

A expressa previsão legal da figura do procurador de cuidados de saúde serve desta forma, sobretudo, para desfazer as dúvidas passíveis de ocorrer, pelo que tendo em conta os graves envolvimento pessoais que do respetivo desempenho poderão advir, talvez não devesse ser desconsiderada a possibilidade de o procurador ficar excluído de beneficiar patrimonialmente com a morte do mandante.

O testamento vital ou a procuração de cuidados de saúde não inscritas no RENTEV mantêm a sua plena e inteira eficácia, deduzindo-se que a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde deve, apesar disso, respeitar as diretrizes deles resultantes (artigos 6.º, n.º 1, e 13.º, n.º 1, Lei n.º 25/2012, de 16 de julho). Por isso é indiferente que a inscrição se faça ou não. Decisivo é que do documento que abarca algum daqueles atos se dê notícia aos referidos profissionais de saúde, seja através do RENTEV, seja mediante a respetiva entrega. O registo facilita ou fomenta a tomada de conhecimento, mas não é condição imprescindível à sua realização e validade.

Num relance pela Jurisprudência nacional, apenas se continua a encontrar um Acórdão da Relação do Porto de 14/03/2017, entendendo que o testamento vital, só tem validade se for celebrado por escrito, constituindo o documento uma formalidade ad substantiam, estando vedado ao curador provisório, nomeado pelo tribunal assumir as funções de procurador de cuidados de saúde, na medida que tal nomeação constituía um ato estritamente pessoal.

A situação em causa reportava-se a um processo especial de interdição por anomalia psíquica, estando a requerida internada em Lar, em consequência de problema do foro oncológico (não falava nem formulava raciocínios), não tendo feito testamento vital, mas que teria transmitido verbalmente que, numa eventual, situação de incapacidade futura, não queria qualquer actuação invasiva, nem auxílio para prolongamento da vida, sendo pedida a sua interdição urgente e nomeação do marido como tutor.

Considerou-se que à luz do nosso quadro constitucional, os tratamentos médicos deviam ser entendidos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º da Constituição da República, e, nesse sentido, encontravam-se subordinados à noção de voluntariedade, antecipada pelo consentimento informado, ou seja, pela necessária explicação prévia e aceitação das consequências da intervenção ou intervenções alternativas propostas.

Esse respeito e tutela exigiam ainda maior atenção em situações de extrema dependência ou fragilidade, existindo um inequívoco papel do representante legal ou dos familiares no sentido, ao menos, da consulta por parte do médico, procurando tomar

em consideração “a opinião que o doente teria se se pudesse exprimir, respeitando o seu sistema de valores, as suas convicções e a sua biografia”. Todavia, “o médico não fica vinculado pela posição que a família adopte, mesmo que esta seja unânime (...); se a posição familiar for no sentido da limitação ou da interrupção de tratamentos, o médico estará ainda atento à possibilidade de essa posição não ser ditada pelo bem do doente, mas por interesses sucessórios, ou pelo desejo de se livrar daquele fardo ou por não saber o que fazer com o doente se for colocado aos seus cuidados”.

Tomou-se em consideração que havia duas realidades no processo, a primeira, a não prestação de cuidados de prolongamento de vida, alimentares e medicamentosos – sendo que a hidratação e a alimentação (terapias de sustento vital), em estados próximos da morte, no nosso ordenamento jurídico estavam subtraídas à vontade do doente, por não poderem considerar-se meios extraordinários de manutenção de vida (só estes, deviam ser interrompidos em casos irrecuperáveis, de desfecho fatal e próximo); a segunda, relativa à vontade de não ser submetido a medidas relativas ao retardamento do processo natural de morte (irreversível), como as medicamentosas e de alimentação, eram próprias do chamado testamento vital, devendo assumir a forma escrita, concluindo-se pela nulidade de qualquer disposição avulsa que não obedecesse ao requisito de forma, e do mesmo modo a procuração de cuidados de saúde, englobando a decisão do procurador sobre cuidados a “não receber” pelo outorgante (estando também sujeita à forma escrita).

A título de curiosidade reporta-se um acórdão dos tribunais superiores brasileiros, de 20 de novembro de 2013, no qual o paciente, com o pé esquerdo necrosado, negava-se a ser amputado, preferindo, morrer para “aliviar o sofrimento”, estando em pleno gozo das faculdades mentais, segundo laudo psiquiátrico realizado, pelo que o Estado não podia invadir o seu corpo e realizar a cirurgia mutiladora contra a sua vontade, mesmo que fosse pelo motivo nobre de salvar a sua vida.

A título de fundamentação, analisando a causa no âmbito do biodireito, com a dimensão da ortotanásia, isto é, vindo a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural, entendeu-se que a Constituição instituía o direito à vida, e não o dever à vida, razão pela qual não se admitia que o paciente fosse obrigado a submeter-se a tratamento ou cirurgia, *maxime* quando mutiladora. Nessas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, relevava o facto de o paciente ter feito testamento vital, nos termos da Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

Voltando ao caso acima referenciado que correu termos nos nossos tribunais, no mesmo faz-se a indicação expressa da pouca recetividade, pelo público em geral, das DAV, inseridas no testamento vital.

Na comunicação social encontrou-se menções, como “testamento vital com 135 registos em menos de um mês”, em artigo publicado em 7 de agosto de 2014 no Jornal de Notícias, no Correio da Manhã de 1 de julho de 2015, referidos 1500 realizados através do Registo Nacional de Testamento Vital, em 3 de Janeiro de 2017 no Diário de Notícias falava-se em 6000, numa expectativa de 20.000 em seis meses, bem como a intenção de levar a cabo medidas de esclarecimento.

A Resolução da Assembleia da República n.º 1/2017, de 2 de janeiro, recomendava ao Governo que promovesse a uma campanha de divulgação e incentivo ao registo do testamento vital nos meios de comunicação social e em todos os serviços públicos com locais de atendimento, incluindo autarquias. O que parece terá resultado, considerando-se que segundo a agência Lusa, em 25 de maio de 2017 mais de 12 mil portugueses já tinham testamento vital, e em 13 de março de 2018, perto de 20 mil portugueses haviam registado testamento vital, sendo maioritariamente realizado por pessoas das faixas etárias entre os 65 e os 80 anos, seguida de pessoas entre os 50 e os 65 anos, prevalecendo as mulheres na razão de mais 12.800, enquanto os homens não chegavam aos 7.000.

Não se configura como despiciendo, mencionar aqui a oportunidade da comunicação relativamente à realização do testamento vital, isto é, como e quando a divulgação deve ser feita, respeitando a situação concreta do utente, nomeadamente a sua vulnerabilidade, ou até ao direito de não saber, bem como a necessária reflexão que a subscrição importa, após a devida informação, reportando o que nesse âmbito consta do Relatório e Parecer 95/CNECV/2017 de Março de 2017, “Sobre a Transmissão de Informação relativa às Diretivas Antecipadas de Vontade”, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida:

1. O direito dos utentes do sistema nacional de saúde a ser informados sobre o modo de efetuar as suas diretivas antecipadas de vontade e a ver esclarecidas dúvidas sobre as diretivas que pretendem ver registadas deve ser sempre, em todas as circunstâncias, tomado em consideração;
2. A obrigação de informar os cidadãos sobre o exercício do direito de registar as diretivas antecipadas de vontade compete, em primeiro lugar, às organizações de saúde na dependência do Ministério da Saúde, por meios

considerados adequados e proporcionados, com respeito pela não imposição de informação a pessoas em situação de particular vulnerabilidade, como são os doentes em internamento hospitalar;

3. O dever dos profissionais de saúde de informar os doentes situa-se prioritariamente no domínio da relação terapêutica individual estabelecida. Assim, a transmissão da informação que envolva diretivas antecipadas de vontade não pode ficar dependente da imposição de uma normativa institucional.
4. Um sistema de garantia da qualidade, sendo relevante em saúde e tendo, ele próprio, um valor ético fundamental, deve respeitar os princípios éticos inerentes à prática assistencial, nomeadamente, e quanto à matéria em apreço, o respeito pela vulnerabilidade das pessoas.

Delineado em traços largos o quadro legal atendível, apontada a recetividade tida junto da população em geral, seria talvez expetável uma adesão mais massiva, verificando-se não terem sido atingidos números mais impressionantes, a que não será certamente estranho o facto de o mecanismo legal não ser em si facilmente perceptível (ou mesmo acessível), *maxime* para situações de baixa iliteracia, mas não só.

Filomena Mónica, Socióloga e Professora Universitária, num artigo que denominou de “A arquitectura do direito” in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 115, junho 2014 mencionava: “As vezes, penso que em Portugal as leis são feitas para arranjar trabalho para os juristas, para os advogados e para os notários. Sei que não é assim, mas tal é o jargão usado que este parece ser o cenário. A lei relativa ao testamento vital e a sua posterior regulamentação são bons exemplos. Haverá algum cidadão capaz de entender “aquilo”?”

A 16 de Julho de 2012, o Parlamento aprovou uma lei, a n.º 25/2012, regulando as “directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde”, tendo, em simultâneo, criado “o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)”. No capítulo V, relativo às disposições finais, declarava-se ter o governo a obrigação de regulamentar a lei no prazo de seis meses. A 5 de Maio de 2014, com o atraso de um ano e meio em relação ao prescrito, saía o regulamento. Consultados alguns juristas amigos, informaram-me placidamente que, em geral, os governos não cumprem os prazos para a regulamentação das leis.

O pior é o conteúdo da regulamentação, um labirinto de 11 artigos destinado, quero crer que inconscientemente, a fazer com que os cidadãos desistam do intento.

Tão longa é a Portaria n.º 96 e tão obscuros os requisitos que surgem, ver os pontos 2 do art. 2 – o registo no RENTEV-e 1 do art. 3 – validação de dados –, que não sou capaz de transformar o meu testamento vital, redigido a 23 de Março de 2005, sabendo que não havia uma lei que tal contemplasse, num texto que seja legalmente aceitável. Julgava eu que a minha prosa, desde que autenticada, serviria o

objectivo. Dela entreguei uma cópia ao meu marido e aos meus filhos. Julgava que isto bastaria. A avaliar pelo que se prescreve na recente legislação, terei de perder horas se quiser deixar escrita a forma como desejo morrer (ou não morrer). Como sempre acontece, não entendo para que serve o estilo barroco da nossa arquitectura legal.”

Também em sentido crítico, ainda que por razões diferentes, há quem pense, que o lapso temporal entre a manifestação da vontade do paciente e o momento em que essa vontade vai ser efetivamente tomada em consideração pode permitir que o paciente mude as suas convicções e perspetivas perante a vida.

Além da própria incerteza em termos de decidir acerca de circunstâncias clínicas futuras e incertas, a própria evolução dos procedimentos terapêuticos indicados para determinada enfermidade pode alterar profundamente o modo como se enxerga e compreende aquela situação clínica.

Também muitas vezes a proximidade da morte pode fazer com que as pessoas alterem drasticamente o modo como vislumbram e valorizam a vida. O medo da finitude poderá, até mesmo, despertar a vontade de lutar sem tréguas pela sobrevivência, aceitando-se agora um tratamento específico que dantes parecia repulsivo e sem razão de ser devido ao pouco proveito terapêutico que oferecia.

Mais que a diferença temporal, é a diferença entre o estado de saúde que levanta uma séria dúvida quanto à permanência daquela decisão manifestada numa situação de boa saúde, sublinhando a dificuldade de saber se o paciente ratificaria a diretiva antecipada caso se encontrasse num caso concreto de doença abrangida pelo teor deste instrumento, questionando assim a sua utilidade, no atendimento do actual estado das *legis artis* e as melhores práticas estabelecidas quer nos instrumentos legais, quer nacionais quer internacionais a que estamos vinculados.

Há quem vá mais longe, e olhe para as DAV com o receio do legislador permitir através delas práticas que possam de alguma maneira ser relacionadas com a eutanásia, permitindo, por “efeito de arrastamento”, novas investidas de alargamento das hipóteses admissíveis de “ajuda à morte”.

Não partilhando tais entendimentos, pensa-se que as DAV, sob a forma de testamento vital, são um instrumento de dignificação de uma morte inevitável, permitindo não só uma escolha livre e esclarecida, mas também protegendo aqueles que nos são mais próximos de decisões muito difíceis e particularmente penosas.

Crê-se, contudo, que para além de não sedimentado, como os números de adesão demonstram, importaria proceder a uma maior divulgação, mas também clarificação,

em termos de densificação de alguns conceitos, explicitando-os de forma mais simples e abrangente, para além de alguns acertos, no atendimento da realidade vigente, sabendo-se que se trata de matéria em constante evolução.

E uma delas, acredita-se até sem grande polémica, seria estender aos menores a partir dos 16 anos a capacidade para outorgar uma DAV, desde logo porque o ordenamento jurídico a tal não obsta, enquanto forma de aceitar ou recusar um cuidado de saúde, face ao disposto no artigo 38.º, n.º 3 do Código Penal, “*o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*”, porquanto pode compreender as consequências e riscos das suas decisões.

Com efeito se um menor com 16 anos tem capacidade jurídica suficiente para consentir validamente um determinado tratamento médico, por mais invasivo que ele seja, ou então para recusar qualquer terapêutica, sem prejuízo da sua urgência e necessidade, é imperativo que se reconheça esta mesma capacidade no âmbito das DAV, logrando dizer-se que existe uma inconsistência na lei, negando um direito ao menor, que o poderia exercer no atendimento de requisitos normativos gerais em vigor, numa violação clara da respectiva autonomia, há muito reconhecida, no acesso à medicina.

Aliás, no artigo 21.º, n.º 3, do Código Deontológico dos Médicos, consigna-se que a opinião dos menores deve sempre ser tomada em consideração de acordo com a sua maturidade, e pese embora refira que o médico não fica desobrigado de obter o consentimento dos representantes legais daqueles, deve ponderar eventuais interesses contrapostos, que podem efetivamente existir, e ser salvaguardados em conformidade.

Por último, e como futuro é já hoje, pode-se questionar o entendimento numa situação hipotética, mas não muito distante doutras já verificadas, com os seguintes contornos, uma mulher que fez testamento vital no sentido de não ser submetida a tratamento de suporte artificial das funções vitais, engravida, e desconhecendo o seu estado, tem um acidente de automóvel ficando num estado que exige tal suporte, sendo verificada a gravidez pela equipa médica, e o feto surgindo como viável.

Não ligar às máquinas deixando o feto morrer, ou contrariar frontalmente as DAV permitindo que o feto se desenvolva até ao momento em que possa ser retirado, com o prognóstico também reservado quanto ao mesmo, não havendo familiares ou amigos que possam esclarecer qual seria o sentido da vontade da mulher, caso soubesse que estava grávida.

O Direito não dá uma resposta imediata e clara.

Em termos de contributo, diz-nos o artigo 63.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que “*O médico deve guardar respeito pela vida humana desde o momento do seu início*”, não impedindo tal “*(...) a adoção de terapêutica que ponha em perigo ou anule a vida do feto mas que constitua o único meio de preservar a vida da grávida*”, podendo logo questionar-se quando e em que consiste o início da vida humana.

Mas em termos do ordenamento jurídico, em geral, também não se encontra uma resposta direta. O artigo 66.º, do Código Civil, determina que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida, e os direitos que a lei confere aos nascituros dependem do seu nascimento. Por sua vez a Constituição da República não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo. É nesse sentido que aponta a redação do n.º 1, do artigo 24.º. Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa, a vida intrauterina.

Existem correntes doutrinárias que, valendo-se do n.º 1 do artigo 24.º da Constituição República, que prescreve a inviolabilidade da vida humana, arguem de inconstitucional o artigo 66, do Código Civil. O surgimento da personalidade jurídica seria assim reconduzível ao momento da concepção. Está longe de ser consensual, defendendo-se também que um nascituro não é certamente apenas uma víscera de sua mãe, mas também não é, de acordo com a lei natural – a lei da natureza – um ente verdadeiramente individualizado, que possa ser considerado um igual às restantes pessoas e a quem possam ser atribuídos os direitos de que estas podem ser titulares, sendo que o artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da Republica, ao considerar a vida humana inviolável, está a impor a protecção genérica da gestação humana, sem considerar o nascituro como um centro autónomo de direitos.

Sem ir por este caminho tortuoso, na contemplação de um eventual conflito de direitos fundamentais, configura-se que seria legítimo duvidar se a outorgante desejaria manter as DAV, na medida que não correspondiam às circunstâncias de facto que previu aquando da respetiva assinatura, e conseqüentemente considerar inexistente ou caducada a DAV, decidindo pró-vida, na esperança que o milagre do nascimento ocorresse.

Concluindo.

Todos os dias, pela mão de uma equipa médica acontece um milagre (desta natureza ou doutra), para qual contribui todo o saber acumulado e o desenvolvimento constante de uma tecnologia cada vez mais eficiente e precisa. Se tal pode dar a alguns a crença numa infinitude biológica, então que não deixe de ser permitido, aqueles que não a reconhecem, a liberdade de dignamente, chegarem ao fim.

Nota Bibliográfica

- ALMEIDA, Ana Costa e Carlos costa, Recusa de Transfusões Sanguíneas em Tratamentos e Intervenções Médico-Cirúrgicas Perspectiva médica e jurídica *SEPARATA EJ*.
- ALVES, Cristiane Avancini, Fim de vida: aspectos nacionais e internacionais sobre a implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade.
- ARCHER, Luís, em *Direitos do Homem e consentimento informado* (Brotéria, Vol 148, fevereiro 1999), CARVALHO, Ana Sofia *Bioética e Vulnerabilidade*, Coimbra, Almedina, 2008.
- COPI, Lygia Maria, Morte digna e direitos humanos – o testamento vital como instrumento de concretização de versões plurais de dignidade da morte.
- COSTA, Andrade *Comentário Conimbricense do Código Penal*.
- DADALTO, Luciana, as contribuições da experiência estrangeira para o debate à cerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento brasileiro.
- FARIA COSTA, “O Fim de Vida e O Direito Penal,” in COSTA ANDRADE/ FARIA COSTA/ Anabela MIRANDA RODRIGUES/ Maria João ANTUNES (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- FERREIRA DOS SANTOS, Laura, *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-lo?* Sextante, 2010
- GONZÁLEZ, José Alberto, Testamento Vital e Procuração de Cuidados de Saúde, *Quid Juris*, 2013.
- LEITÃO, Menezes, EUTANÁSIA E TESTAMENTO VITAL: Live and Let die? em: Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha- Estudos em Homenagem, Almedina.
- LOPES DE BRITO/ LOPES RIJO, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2000
- LOUREIRO, João Carlos. *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito*. In: Revista Portuguesa de Bioética, n. 4, abril/maio 2008.
- MONGE, Cláudia, Das Directivas Antecipadas de Vontade, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2014.
- NUNES, Rui e MELO, Helena Pereira de. Testamento Vital. Coimbra: Almedina, 2011.
- NUNES, Rui. *Estudo n. E/17/APB/10: testamento vital*. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética, *Parecer n. P/05/APB/06 sobre directivas antecipadas de vontade*. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética.
- ÓRFÃO GONÇALVES, *Da Personalidade Jurídica do Nascituro*, RFDUL 2000
- NETO, Ana Isabel Dias de Castro Neto, *A Evolução Legislativa do Testamento Vital*, Dissertação de candidatura ao grau de Mestre em Medicina Legal, Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar na Universidade.
- OLIVEIRA, Guilherme, Prática médica, informação e Consentimento, in Coimbra Médica, 1993.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, Intervenção I Congresso Internacional, sobre os “Desafios do Direito face às Novas Tecnologias” – O Consentimento informado na experiência europeia, 10.11.2010.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.
- RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora. RIBEIRO, Doralice, Testamento Vital, Diretivas Antecipadas da vontade, Curitiba, 2013.
- RAPOSO, Vera Lúcia in “Do acto médico ao problema jurídico”, Almedina, 2014.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*. Lisboa: Revista do Ministério Público, n. 125, janeiro/março 2011
- RIBEIRO, Geraldo “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 14.
- RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha Mendes, Direito à Autodeterminação e Diretivas Antecipadas de Vontade: O Caso Português, em: *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde Ano 10-nº19, 2013.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal”, Almedina, 2013.
- RODRIGUES, Alexandre Cardoso, Dos Novos Desafios à Ética, à Bioética e ao BioDireito, na (nova) era da (R) Biotecnológica: Via e Reflexões.
- SINDE MONTEIRO, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*.
- Parecer da Associação Portuguesa da Bioética, n.º P/18/APB/10 – Carta dos Direitos do Utente dos Serviços de Saúde, 15 de abril de 2010 Relatores Rui Nunes e Helena Melo.
- Testamento Vital: uma necessidade? Artigo de opinião do Enf. Sérgio Deodato publicado no jornal «Público» 14-03-2010.
- Acórdão do STJ de 9.10.2008. e de 24.10.2006, da TRE 08-09-2015 e TRL 2.06.2015 *in www.dgsi.pt*