

### DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM PORTUGAL

André Dias Pereira <sup>1</sup>

**Resumo:** Neste artigo descrevemos o processo complexo e participado que teve lugar na sociedade e na política portuguesa com vista à consagração, em forma de lei, do direito ao “consentimento informado antecipado”, isto é, a redigir testamentos de paciente e a nomear um procurador de cuidados de saúde. Centrando-nos no problema do testamento vital, analisamos as vantagens e desvantagens para a relação médico-paciente deste instituto e analisamos sumariamente a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, que, se por um lado, se mostrou cautelosa ao exigir um procedimento rigoroso com intervenção do Notário, por outro lado, se insere no grupo das legislações autonomistas, pois estipula o carácter vinculativo das declarações antecipadas de vontade.

**Palavras-chave:** Diretivas antecipadas de vontade, eficácia vinculativa, testamento vital, recusa de tratamento.

**Abstract:** In this article we describe the process that took place in the Portuguese society for the consecration, with an Act of the Parliament, of the right to an “advanced informed consent”, ie, to write a living will and appoint a health-care proxy. Focusing on the issue of living wills, we analyse the advantages and disadvantages for the patient-physician relationship of this document and analyse briefly the Law no. 25/2012, of July 16<sup>th</sup>, which, on one hand, proved cautious in requiring a rigorous procedure with Notarial intervention, on the other hand, falls within the group of autonomists legislations, because it stipulates the binding nature of advance statements of willingness.

**Keywords:** Advance directives, binding effect, living will, refusal of treatment.

#### 1. O “CONSENTIMENTO INFORMADO ANTECIPADO” (GUILHERME DE OLIVEIRA): TESTAMENTOS DE PACIENTE E NOMEAÇÃO DE UM PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE

Com o envelhecimento da sociedade e a medicalização da ancianidade, o número de pessoas que podem prever vir a necessitar de uma intervenção médica numa altura em que já estejam incapazes de decidir tem tendência a aumentar, designadamente no âmbito das chamadas doenças neurodegenerativas.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e membro do Centro de Direito Biomédico, Portugal; Tesoureiro da Associação Mundial de Direito Médico

As pessoas, cada vez mais cultas e conscientes, desejam declarar antecipadamente a sua vontade no que diz respeito aos cuidados de saúde. Outros ainda, por motivos religiosos ou de consciência, recusam um determinado tipo de intervenção médica, designadamente uma transfusão de sangue ou uma transplantação de tecidos ou órgãos. Essas pessoas querem assegurar que este seu direito seja respeitado mesmo numa altura que se encontrem em situação de incapacidade. Poderemos ainda equacionar as situações de recusa de manobras de reanimação na sequência de um acidente de viação ou de um acidente vascular cerebral, devido ao desejo profundo de não querer correr o risco de uma vida de menor qualidade, no plano da capacidade de comunicação, de mobilidade ou de vida de relação. Pensamos assim nas declarações de não ressuscitar ou mesmo na recusa de hidratação ou nutrição em caso de estado vegetativo persistente.

A escolha efetiva pelo paciente tem vindo a ganhar espaço de atuação na medida em que se ultrapassem as barreiras colocadas pelo requisito da atualidade do consentimento. Neste sentido, ganha cada vez mais força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é mesmo o melhor referente para a decisão terapêutica, advogando-se a *autonomia prospetiva*. Isto conduz-nos ao estudo dos testamentos de paciente e dos procuradores de cuidados de saúde.

Para estes grupos de casos e muitos outros, sente-se a necessidade de definir o regime jurídico das declarações antecipadas de vontade, ou no ensino de Guilherme de Oliveira, de um *consentimento informado antecipado*,<sup>2</sup> agora consolidado pela Lei n.º 25/2012, que regula as diretivas antecipadas de vontade, 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).

O *testamento de paciente* consiste, em regra, num documento escrito por uma pessoa maior e capaz, perante uma autoridade pública ou perante testemunhas,<sup>3</sup> e que contém declarações antecipadas de vontade a respeito dos tratamentos que deseja<sup>4</sup> ou não receber, tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Também assim DWORKIN, Ronald, *Life's Dominion: an argument about abortion and euthanasia*, London, Harpen Collins Publishers, 1993, p. 226, afirma: "O Testamento Vital é a expressão mais vinculada da vontade previamente manifestada por parte do doente. Trata-se de uma reinvenção da doutrina do consentimento esclarecido segundo a qual o consentimento não produz efeitos no imediato mas antes no futuro, mais ou menos próximo, isto é de um modo prospetivo."

<sup>3</sup> Em Portugal, as diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou Notário (art. 3.º, n.º 1). Noutros países admite-se que o testamento vital seja reduzido a *escrito* (Alemanha), ou declarado por escrito perante duas testemunhas (ex: Espanha), ou perante um Advogado (Áustria).

<sup>4</sup> Concordamos que a diretiva antecipada pode consistir num consentimento/ autorização antecipada para um dado tratamento, desde que este — no momento da sua prática — seja medicamente indicado. Assim também LOUREIRO, João, "Saúde no fim da vida: entre o amor,

Em alternativa ou cumulativamente, pode o paciente designar um “*procurador de cuidados de saúde*”, o qual tomará as decisões por ele. O bom funcionamento deste instituto dependerá de o paciente e o procurador terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz.<sup>6</sup> Na nossa interpretação da Lei n.º 25/2012, a instituição de um Procurador de Cuidados de saúde deve obedecer aos mesmos requisitos formais que a redação de um testamento vital, ou seja, aplicando-se o art. 3.º, n.º 1, deve o documento ser assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou Notário.<sup>7</sup>

---

o saber e o direito”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 4, abril/maio 2008, p. 70-71: “normalmente, pensa-se nas directivas antecipadas como um instrumento adequado para indicar o tipo de tratamentos que não devem ser iniciados ou devem cessar. No entanto, o seu objecto compreende também a indicação de cuidados que o paciente pretende que lhe sejam prestados. (...) As directivas antecipadas são via para determinar não apenas o tipo, mas também a intensidade do tratamento médico”.

<sup>5</sup> Seguimos, com adaptações, a definição de HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, p. 352. Porém, em alguns países pode haver maior variedade de formas de redação válida dos documentos. Assim, em Espanha, os procedimentos de outorga dos documentos de “instrucciones previas” são mais variados: ou se assina o documento perante 3 testemunhas, ou perante o Notário ou perante o funcionário do “Registro de instrucciones previas” ou da Administração sanitária correspondente, como explica SEOANE, José Antonio, “Derecho e instrucciones previas”, in *Derecho y salud*, Vol. 22, Nº. Extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado a: XX Congreso “Derecho y Salud”), pp. 11-31.

<sup>6</sup> Cf. LOUREIRO, João, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? — Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico”, *Cadernos de Bioética*, 8, 1994, p. 41. A aceitação de um procurador de cuidados de saúde implica uma revisão da doutrina sobre a representação voluntária de direitos de personalidade. Com efeito, SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 403, afirma que se deveria respeitar o *princípio da intransmissibilidade dos direitos de personalidade*. Todavia, esta tese revela-se contraditória com a aceitação do regime da *representação legal*. Julgamos que cumpridos certos requisitos substanciais e formais podemos aceitar esta forma de representação voluntária, destinada não a fins patrimoniais, mas a problemas de personalidade, permitindo-se assim a autodeterminação preventiva e a representação do exercício dos direitos de personalidade. Segundo a melhor doutrina, estes institutos têm legitimidade no plano constitucional. Trata-se ainda de “uma forma de exercício da autonomia pelo cidadão, que não será posta em causa se observados certos requisitos, proibindo-se que se passe um *cheque em branco*, de forma a obstar que a decisão seja entendida como uma decisão do representante, sem qualquer referência às orientações do representado. Assim, esta procuração não pode ser *in rem suam*, em que os poderes de representação são conferidos no interesse do próprio procurador. A necessidade de claras garantias procedimentais aponta para a *desejabilidade de legislação específica*, exigindo-se a articulação deste mecanismo de representação com os testamentos de paciente.” — afirma LOUREIRO (nota 5), p. 41.

<sup>7</sup> Esta interpretação resulta de argumentos sistemáticos e teleológicos. Assim, as DAV são um conceito amplo que abrange o testamento vital e o procurador de cuidados de saúde (art. 1.º) e o *Capítulo II* visa regular aspetos comuns aos testamentos vitais e aos procuradores de cuidados de saúde, donde o art. 3.º, como os seguintes, contêm regras que se aplicam às duas situações. Por outro lado, o art. 12.º, n.º2, remete para o art. 262.º do CC, o qual por sua vez equipara a forma da procuração à forma do negócio jurídico a praticar, e embora o consentimento do procurador seja atual, a sua legitimidade deriva de uma procuração atribuída em circunstâncias semelhantes àquelas que conduziriam à escrita de um testamento vital, donde, também por esta via se defende a aplicação da forma prevista no n.º 1 do art. 3.º. Em segundo lugar, as razões teleológicas, que são as verdadeiramente decisivas. Pretende-se com a exigência de forma (rigorosa) do testamento vital garantir

Ao testamento do paciente costumam ser apontadas certas vantagens. Primeiramente, têm por base a vontade do paciente<sup>8</sup> e permitem a realização do direito à *autodeterminação preventiva*<sup>9</sup> ou autonomia *prospectiva*.<sup>10</sup> Ronald Dworkin<sup>11</sup> insiste no respeito pela autonomia dos pacientes, sobretudo no respeito pelas instruções que estes tenham dado quanto à aceitação ou rejeição de tratamentos de prolongamento artificial da vida, e especialmente em casos em que essas instruções são antecedentes de um processo de demência progressiva e incurável.<sup>12</sup> Por outro lado, as diretivas antecipadas reduzem o impacto emocional de tomar decisões aos familiares e aos médicos. Podem ainda ser defendidas como expressão do princípio constitucional da *liberdade de expressão do pensamento e de culto*. Sobretudo, e esta é a grande razão histórica do seu aparecimento, apresenta-se como uma barreira à obstinação terapêutica ou “encarniçamento terapêutico”, visando com isso a preservação da dignidade humana no fim da vida.<sup>13</sup>

Em sentido contrário, invoca-se que o consentimento não é atual e que pode trazer grave prejuízo ao paciente já que pode ter havido evolução da

---

ponderação por parte do outorgante, conferir força vinculativa ao documento e facilidade probatória ao mesmo. Ora, essas mesmas razões são aplicáveis — e aplicáveis *por maioria de razão* — à procuração de cuidados de saúde.

<sup>8</sup> KERN, Gerson, *Limitierte Einwilligung*, Viena, Manz, 1999, p. 195, dá relevo à ideia da autonomia perante a morte e ao facto de o testamento de paciente apenas tocar bens jurídicos do próprio.

<sup>9</sup> UHLENBRUCK, Wilhelm, “Der Patientenbrief — die privatautonomie Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, p. 569, um defensor da eficácia dos “testamentos de paciente”, afirma de forma impressiva: “o homem vivente, como presumível moribundo, [dem Lebendem als präsumtively Sterbenden] deve ter a possibilidade de exprimir uma vontade que vincule o médico, após ter sido devidamente informado sobre o quadro da doença”.

<sup>10</sup> Cf. NUNES, Rui, ESTUDO N.º E/17/APB/10 –TESTAMENTO VITAL. Cf. ainda BEAUCHAMP, Tom/CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 6<sup>th</sup> Edition, 2009, p. 139 e ainda REGO, Fabiana, “A força jurídica das declarações antecipadas de vontade”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2012.

<sup>11</sup> Cf. DWORKIN (nota 1) p. 226; Cf. BEAUCHAMP/ CHILDRESS (nota 9), p. 139.

<sup>12</sup> Cf. DWORKIN (nota 1), p. 213.

<sup>13</sup> IAPICHINO, Lucilla, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Ipsoa, 2000, p. 68; TAUPITZ, “Landesbericht Deutschland”, in TAUPITZ, Jochen (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Springer, 2000, p. 273, apresenta — de forma muito expressiva — a autonomia do paciente no final da vida como a proteção contra o abandono da pessoa como “*entwürdigten Objekt der Apparatedizin*”. DEBRAY, Jean Robert, *L'acharnement thérapeutique*, apud RESOLUÇÃO CFM N.º 1.805/2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169), define a obstinação terapêutica como o “*comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados*”. Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade.

No direito português, a al. d) da Base II da Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro (Lei de Bases dos Cuidados Paliativos) define: «Obstinação diagnóstica e terapêutica» —“os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que são desproporcionados e fúteis, no contexto global de cada doente, sem que daí advenha qualquer benefício para o mesmo, e que podem, por si próprios, causar sofrimento acrescido.”

medicina e pode ser uma declaração antiga e ultrapassada. Sobretudo, os detratores destes documentos entendem que a pessoa em situação de saúde pode ter uma opinião diferente quando está em luta contra a dor e a morte.<sup>14</sup> Por último, necessariamente haverá dificuldades na sua aplicação, dada a imprecisão da terminologia. Os *living wills*<sup>15</sup> procuram afastar a “medicalização” da morte, mas trouxeram a sua “jurisdicionalização”, o que pode afetar gravemente a relação médico-paciente.<sup>16</sup>

## 2. ESTADO DA MATÉRIA NO DIREITO COMPARADO

Muitos países contam com legislação sobre *testamentos de paciente e procuradores de cuidados de saúde*. Originários dos EUA, foram adotados por outros países anglo-saxónicos, do centro e norte da Europa, mas também — ao longo da última década — da Europa do sul e latina.<sup>17</sup>

O *living will* foi legalizado na Califórnia a 1 de Outubro de 1976 (*Natural Death Act*) e, em 1991, 42 Estados norte-americanos tinham reconhecido o valor jurídico destes testamentos, sendo que a 1 de Dezembro de 1991, o *Patient Self-Determination Act* impõe aos estabelecimentos de saúde (com financiamento federal) que informem os pacientes sobre os cuidados de saúde e sobre os direitos de consentir ou de recusar o tratamento e de realizar diretivas antecipadas.<sup>18</sup> Por outro lado, estabelece que no caso de não respeito pelas vontades escritas, os profissionais incorrem em sanções discipli-

<sup>14</sup> Cf. as críticas a essa posição de NYS, Herman, “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (‘living wills’)”, *EJHL* 4, 1997, p. 181. Trata-se da orientação dominante em França.

<sup>15</sup> A expressão “*living will*” — da qual surgiu a tradução Portuguesa “testamento vital” — parece ter sido utilizada pela primeira vez por Luis Kutner, jurista em Chicago, num ensaio publicado no *Indiana Law Journal*, em 1969, que se intitulava “*Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal*”. Porém a generalização de esta expressão a partir de 1969 deve-se em grande medida ao *Euthanasia Education Council*. Para uma análise crítica da nomenclatura utilizada, vide ROGÉRIO, Joaquim Sabino, “Living Will” –Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico-penal”, *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 10, 2008.

<sup>16</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU (nota 4), p. 355.

<sup>17</sup> Para um panorama comparativo em muitos países europeus e outros, vide *Symposium on decision making process regarding medical treatment in end of life situations*, 30 November — 1 December 2010, Palais de l’Europe, Strasbourg, France. — *Conference organised by the Steering Committee on Bioethics (CDBI) of the Council of Europe*. Cf. ainda, ANDORNO, Roberto, *Report to the Council of Europe based on the 18-22 June 2008 “Exploratory Workshop on Advance Directives” organized by the Institute of Biomedical Ethics of the University of Zurich with the support of the European Science Foundation (ESF)*. Cf. ainda NEGRI, Stefania (ed.), *Self-determination, Dignity and End of Life Care. Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

<sup>18</sup> HERZOG, Peter, “Landesbericht USA”, in TAUPITZ (nota 12), p. 963-1045 (963), recorda-nos que o direito privado é da competência estadual. Porém, algum esforço de harmonização legislativa tem vindo a ser realizado, já que a Federação tem algumas competências em matéria de saúde e os trabalhos da *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* já tenham produzido, no âmbito que agora tratamos, o *Uniform Rights of the Terminally Ill Act* (1985) e a *Uniform Health Care Decisions Act* (1993).

nares. De acordo com a legislação de muitos estados, exige-se que essa vontade seja expressa por *escrito* e, em regra, com a *assinatura de duas testemunhas*.<sup>19</sup>

A doutrina maioritária, na Europa, afirma que se a recusa está claramente assente, não podemos invocar o “estado de necessidade” para justificar a intervenção clínica, apesar das boas intenções do médico.<sup>20</sup> Por outro lado, os médicos têm o ónus da prova de que a diretiva antecipada estava ultrapassada ou não correspondia aos desejos do paciente.<sup>21</sup>

Em Espanha, as “*instrucciones previas*” estão legalmente previstas, abrangendo quer a hipótese de diretivas de tratamento, quer a nomeação de um “representante” que sirva como interlocutor com o médico ou a equipa de saúde para procurar o cumprimento das instruções prévias.<sup>22</sup>

O *Comité national d'éthique de França*, já em 1998, havia proposto que fosse estudada a possibilidade de qualquer pessoa designar um representante encarregado de ser o interlocutor dos médicos no momento em que o doente está incapaz de exprimir ele mesmo as suas escolhas.<sup>23</sup> A *loi du 4 mars* veio permitir a nomeação de um *representante para efeitos de cuidados de saúde*. Essa pessoa deve ser um familiar, um amigo ou mesmo o médico assistente.<sup>24</sup> Os doentes devem mesmo ser encorajados a fazê-lo quando são hospitalizados. Este regime não vale (em regra) para o caso dos adultos incapazes com representante legal.

Em 2005, foi aprovada a *Loi n.º 2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie*, que prevê:

“Toda a pessoa adulta pode redigir diretivas antecipadas para o caso de um dia estar em estado de incapacidade de exprimir a sua vontade. Essas diretivas antecipadas indicam os desejos da pessoa relativos ao fim de vida que respeitam

<sup>19</sup> HERZOG (nota 17), p. 979.

<sup>20</sup> KERN, Gerson, *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Manz, 1999, p. 192. Para BOYD/ HIGGS/ PINCHING, *The New Dictionary of Medical Ethics*, BMJ, 1997, p. 7, já em 1997, à luz do direito inglês, a recusa de tratamento antecipada, por parte de um adulto capaz, era vinculativa: a) no caso de tratamentos especificados (v.g., de uma Testemunha de Jeová) e b) no caso de tratamentos de conservação da vida (v.g., no caso de estado vegetativo permanente). Atualmente, após a aprovação da *Mental Capacity Act* de 2005 nenhuma dúvida existe quanto à eficácia vinculativa do *living will*.

<sup>21</sup> TAUPITZ (nota 12), p. 365.

<sup>22</sup> A Ley 41/2002 é completada pelo Direito das Comunidades Autónomas. Cf. SEOANE, José Antonio (nota 4) em particular o apartado 2, bem como o artigo sobre o Direito espanhol publicado neste número da Revista Julgar.

<sup>23</sup> COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, Avis n.º 58, du 12 juin 1998: *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherché*.

<sup>24</sup> Art. L.1111-6 CSP: “Toute personne majeure peut designer une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et quis era consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit.”

às condições da limitação ou cessação de tratamento. Elas são revogáveis a todo o momento.

Desde que as diretivas tenham sido redigidas há menos de três anos antes do estado de inconsciência da pessoa, o médico toma-as em conta para qualquer decisão de investigação, de intervenção ou de tratamento relativo ao doente.”<sup>25</sup>

Assim, o direito francês admite a validade das diretivas antecipadas mas reconhece-lhe uma *eficácia meramente indicativa*.<sup>26</sup> Os requisitos formais são de que a declaração seja escrita e que haja sido redigida três anos antes de o estado ter *entrado em estado de inconsciência*.

Num modelo radicalmente autonomista,<sup>27</sup> a lei alemã, de 1 de Setembro de 2009, (relativa ao *Patientenverfügung* ou *Patiententestament*) aceita a validade e eficácia vinculativa das declarações antecipadas de vontade, apenas exigindo que estas tenham sido redigidas *por escrito*, não impondo qualquer procedimento de consulta, nem sequer estabelecendo um prazo de validade da mesma declaração. Porém, o paciente pode, na sua redação, conferir um *variável grau de vinculatividade* e o “*Betreuer*” (o tutor ou representante) assume um papel crucial na aplicação do mesmo documento,<sup>28</sup> pois compete ao “*Betreuer*” apoiar e controlar se intervenção médica vai respeita a vontade anteriormente manifestada pelo paciente, e se a vontade escrita no documento corresponde à situação de vida no momento em que está a ser aplicada.

Na Áustria, a Lei do Testamento Vital (*Patientenverfügungsgesetz — PatVG*, de 8 de maio de 2006) tem uma visão dualista. Pode haver diretivas vinculativas (para tanto tem que seguir um procedimento rigoroso) e diretivas não vinculativas, consoante a vontade do paciente.

<sup>25</sup> Cf. Art. L1111-11 do *Code de santé publique*. (tradução nossa)

<sup>26</sup> PARICARD, Sophie, “L’encadrement de la volonté de mourir des personnes en fin de vie,” in Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 54-56 critica o sistema, a que chama de “l’exception française”, querendo evidenciar que por quase toda a Europa se tem adotado o regime de diretivas vinculativas...

<sup>27</sup> Note-se que já antes vários países haviam adotado um modelo de eficácia “forte” de diretiva antecipada: a Finlândia (Lei dos Direitos dos Doentes de 1992) A Holanda (Reforma do Código Civil de 1995 e Lei da Eutanásia de 2001 [admitindo o pedido antecipado de eutanásia]), a Hungria (Lei dos cuidados de saúde de 1997), a Espanha (Ley 42/2002), a Bélgica (Lei de Direitos dos Pacientes de 22 de agosto de 2002 e a Lei da Eutanásia de 28 de maio de 2002 [admitindo o *pedido antecipado* de eutanásia]); o Reino Unido (*Mental Capacity Act* de 2005 [dando força vinculativa a uma recusa antecipada]), a Áustria (*Patientenverfügungsgesetz* de 2006).

Também na Bélgica, a lei que regula a *eutanásia* admite, no Capítulo III, que o paciente realize uma diretiva em que manifesta o desejo de que seja praticada a eutanásia numa altura em que já não esteja capaz de exprimir a sua vontade.

<sup>28</sup> § 1901a BGB: *Patientenverfügung*. Para uma análise do debate doutrinal em torno da publicação da Lei de 1 de setembro, vide KÄUFL, Michael, “Advance Directives — The reform debate in Germany”, in COSTA, José Faria/ GODINHO, Inês, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal — Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

O Conselho da Europa tem vindo a pronunciar-se sobre esta matéria e, por último, a Resolução da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa 1859 (2012) *Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients* impele os Estados Parte a adotar legislação que reconheça e garanta o valor dos testamentos de paciente.

Também no Brasil, em agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina publica a Resolução CFM 1.995/2012 — *Diretivas Antecipadas de Vontade* — autorizando o “testamento vital”.<sup>29</sup> Esta Resolução segue o modelo mais moderado, pois: “Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade” (art. 2.º).

Por outro lado, este documento parecia ter abertura para que esta recusa antecipada fosse eficaz mesmo perante estados não terminais. Porém, em 30 de agosto de 2012, o mesmo Conselho Federal veio esclarecer que: “O médico, ao obedecer o desejo do paciente, respeita uma manifestação expressa dentro do conceito de ortotanásia (morte natural sem sofrimento, em pacientes em fase terminal de doenças-crônicas), inclusive julgada procedente e autorizada pela Justiça Federal, tendo apoio inclusive de diversas religiões.”

Em suma, uma pessoa plenamente lúcida, saudável ou não, e maior de 18 anos, poderá declarar ao seu médico se, *em caso de doença terminal e irreversível*, optará pela morte natural ou desejará que sejam adotadas medidas extremas, dolorosas e extenuantes para mantê-la viva por mais tempo.

### 3. EXIGÊNCIAS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

Numa síntese das diversas soluções do direito comparado e começando a lançar pontes para um regime português, recentemente aprovado, podemos enunciar que os testamentos de paciente devem ser escritos por uma pessoa adulta e com *capacidade negocial*.<sup>30</sup>

Por outro lado, no que respeita à *forma*, grande parte dos ordenamentos jurídicos que regularam esta matéria introduziram exigências de forma especiais. No mínimo, exige-se que estas diretivas sejam reduzidas a escrito; alguns exigem a presença de testemunhas, outros que o documento seja lavrado perante o Notário.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Publicada no Diário Oficial da União de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70. Já defendendo a validade e eficácia do testamento vital e do mandato duradouro, à luz, do direito comum brasileiro, com importantes incursões no direito comparado, *vide* GODINHO, Adriano Marteleto, “Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua Admissibilidade no Ordenamento Brasileiro”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — RIDB*, Ano 1 (2012), no 2, p. 945-978.

<sup>30</sup> Assim o consagrou o art. 2.º, n. 1 e o art. 4.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

<sup>31</sup> Assim, algumas legislações autonómicas (de Espanha) exigem que se assine perante um *notário* que tem a função de comprovar, entre outras coisas, a identidade e a capacidade de



Também aqui se distingue a realização do testamento da sua revogação, já que esta pode ser levada a *cabo a qualquer momento e sem exigências de forma*.<sup>32</sup> E nem poderia ser de outra maneira, no que respeita à revogação, pois estando em causa bens pessoalíssimos, por vezes a preservação da vida, não podemos exigir uma burocracia pesada para revogar, por exemplo, uma recusa antecipada de tratamento (v.g., transfusão sanguínea).

A atualidade é outra das exigências. A robustez das declarações antecipadas de vontade é atentada por causa do requisito da atualidade do consentimento. Assim, a doutrina clássica considera que a falta de atualidade da recusa, devido ao tempo que medeia entre a recusa e a proposta de tratamento, não permite tomar em consideração a diretiva antecipada, quando esteja em causa um tratamento para salvar a vida.<sup>33</sup>

Todavia, terá esta tese fundamento na investigação moderna em Psicologia? Haverá algum fundamento legal para afirmar que há uma presunção de que o paciente muda de ideias quando fica inconsciente?<sup>34</sup> O único fundamento que se costuma invocar é o chamado princípio *favor vitae*. Contudo, este princípio já constitui, em si, uma imposição ideológica do poder dominante na sociedade.

---

quem realiza a manifestação, que se preste um consentimento devidamente informado e que a sua vontade seja recolhida em termos legalmente aceitáveis. Outras exigem apenas dois ou três testemunhas sobre as quais recai a responsabilidade de que quem faz o testamento é quem diz ser e que atua com plena liberdade e conhecimento de causa. Outras ainda permitem que o documento seja outorgado perante funcionários do registo de diretivas antecipadas ou da administração sanitária correspondente.

O XXI Congresso Internacional do Notariado Latino (Buenos Aires, 1998) propôs que “a autodeterminação para o caso da sua própria incapacidade, a decisão sobre a conservação da vida através de mecanismos artificiais e a salvaguarda da dignidade no momento da morte — que são direitos humanos — possam ser predeterminados sob o ministério de um Notário”, *apud* CALÒ, prefácio ao livro de LAPICHINO, Lucilla, *Testamento Biológico...*, p. VII. No mesmo sentido, GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan, “Criterios básicos para mejorar la eficacia del testamento vital”, *Diario Médico*, 20 de noviembre de 2002, é muito crítico da opção da lei espanhola, visto que esta não exige o recurso ao Notário para a validade do documento e remeteu a sua eficácia para um registo no Ministério da Saúde, que se regulará futuramente por regulamento. O autor apresenta as seguintes propostas: “Criar um sistema documental que assegure a identidade e a capacidade do futuro paciente; o registo deve ser obrigatório e deve funcionar em tempo real, com conexões *online* com os centros médicos. Para garantir a autenticidade da informação emitida em tempo real por meios telemáticos conta-se já com um sistema de garantias que deriva da assinatura electrónica; deve impor-se às instituições de saúde a obrigação de consultar o registo quando se apresentar um paciente que não está em condições de prestar o seu consentimento aos tratamentos ou o seu âmbito territorial deve ser o mais amplo possível, quiçá supranacional.”

<sup>32</sup> Art. 8.º, n.º 4: “O outorgante pode, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.”

<sup>33</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, “Consentimento em Direito Penal Médico — O Consentimento Presumido”, *RPCC*, 2004, 14 (1-2), p. 144.

<sup>34</sup> SANTOSUOSSO, Amedeo, *Il Consenso Informato*, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. 103.

Pelo que somos da opinião que os médicos têm o ónus da prova de que a diretiva antecipada estava ultrapassada ou não correspondia aos desejos do paciente.<sup>35</sup> Esta tese — da eficácia vinculativa das DAV — é sufragada, entre outras instâncias, pelo Comité Nacional de Ética da Alemanha,<sup>36</sup> e, a nível internacional, pelo Código de Ética para a Doação de Sangue e a Transfusão, adotado pela *Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue*, que afirma:<sup>37</sup>

“2. Patients should be informed of the known risks and benefits of blood transfusion and/or alternative therapies and have the right to accept or refuse the procedure. *Any valid advance directive should be respected.*”

O não cumprimento de uma declaração antecipada de vontade deve apenas depender do conhecimento de circunstâncias posteriores à redação do documento que possam indicar uma mudança de opinião. Mas, repete-se, esse não cumprimento deve ser devidamente fundamentado, e essa fundamentação deve ser reduzida a escrito, no processo clínico do paciente.

Por outro lado, o conceito de *atualidade* da recusa — como bem colocou em evidência o Comité de Ética italiano — deve ser visto como um conceito *lógico* e não *cronológico*.<sup>38</sup> Poderemos assim rever a doutrina clássica do consentimento informado e aceitar a validade e eficácia de um consentimento ou de uma recusa antecipada.

Acresce ainda que algumas leis confinam a validade destas diretivas a um prazo; a lei portuguesa tem o limite de 5 anos (art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2012). Por um lado, há a consciência de que a evolução da medicina leva a que os receios face a determinadas situações terapêuticas se tornem infundados ao fim de alguns anos; por outro lado, as pessoas podem ir mudando de opinião, sem cuidarem de revogar o testamento. Outras, porém, consideram o documento válido enquanto não for revogado, mas salvaguardam a possibilidade de o médico não obedecer à diretiva, se tal se mostrar justificado em função da evolução da medicina, ou de outros indicadores que permitam supor que o doente desejaria revogar o testamento e mudar de opinião. Como afirma Gerson Kern, “*seria absurdo que devido ao seu direito*

<sup>35</sup> TAUPITZ (nota 12), p. 365; MACLEAN, Alasdair, “Advance Directives, Future Selves and Decision-Making” *Medical Law Review*, 14, Autumn 2006, p. 291-320, sugere uma curiosa analogia com o poder paternal.

<sup>36</sup> Cf. GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005: “The National Ethics Council believes that a mentally competent person must have the right, in order to provide for the possibility of his ceasing to be mentally competent at some future date, to draw up an advance directive containing binding stipulations for or against subsequent medical treatment. (...)”

<sup>37</sup> “Code of Ethics for Blood Donation and Transfusion”, Assembleia Geral da International Society of Blood Transfusion, 12 de Julho de 2000. Este Código foi elaborado com o apoio técnico e adotado pela Organização Mundial de Saúde.

<sup>38</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni Anticipate Di Trattamento*, Parere del 18 dicembre 2003. O Comité invoca ainda uma situação análoga em matéria de autorização (que pode aliás resultar do silêncio) de colheita de órgãos para transplante *post-mortem*.

de revogar o testamento — que é uma manifestação da autodeterminação — se limitasse ou negasse outra forma desse mesmo direito de autodeterminação.”<sup>39</sup> Pelo contrário, há uma presunção de que a vontade manifestada na diretiva antecipada corresponde à vontade atual, recaindo sobre o médico o ónus de provar o contrário no caso de não cumprir o que fora prescrito.<sup>40</sup>

Assim, mesmo depois de decorrido o prazo de 5 anos, a Diretiva tem eficácia. Concordamos, pois, com a solução constante da lei portuguesa (influenciada pela legislação francesa) que prevê (art. 7.º, n.º 3) que o “documento de diretivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.”

Portanto, a eficácia do testamento vital é, após a publicação da Lei n.º 25/2012, *vinculativa*. O médico deverá respeitar as orientações escritas num testamento vital do paciente ou as instruções do procurador de cuidados de saúde do doente incapaz.

Antes da aprovação da lei, a doutrina portuguesa mostrava-se dividida nesta matéria. Alguns autores, agora minoritários, atribuem um relevo decisivo à atualidade do consentimento.<sup>41</sup> Mas a maioria da doutrina já defendia que se deveria admitir a eficácia forte.<sup>42</sup> Assim, Faria Costa defendeu o valor vinculativo dos *testamentos biológicos*, não apenas em vista da omissão de tratamentos de suporte de vida, mas mesmo, segundo João Loureiro,<sup>43</sup> em relação a certos casos de *eutanásia ativa*.<sup>44</sup> Também Figueiredo Dias se pronunciou a favor da força vinculativa *prima facie* dos testamentos de paciente.<sup>45</sup> Afirma o ilustre Professor que “as disposições antecipadas de

<sup>39</sup> KERN (nota 19), p. 192.

<sup>40</sup> TAUPITZ (nota 12), p. 365.

<sup>41</sup> Defendendo, à luz da lei anterior, o valor meramente indiciário: COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 457-458; COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, I, 1999, p. 385; BRONZE, Fernando, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 204; GOMES RODRIGUES, Álvaro “Consentimento Informado — pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, *Direito da Medicina I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 37; Nesse sentido pronunciou-se também a Ordem dos Enfermeiros no PARECER do Conselho Jurisdicional nº 245 / 2010 –Vontade anteriormente manifestada para decisões de fim de vida.

Entretanto, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, anotação ao art. 156.º, p. 621 ss. afirma que “a lição do direito comparado aponta claramente no sentido do reforço do peso do testamento de paciente.”

<sup>42</sup> A favor do valor vinculativo das diretivas antecipadas, ainda antes da aprovação da lei, João LOUREIRO, (nota 5), p. 42; RIBEIRO, Geraldo, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 258. Também a favor da presunção de atualidade da declaração antecipada de vontade, RAPOSO, Vera, “Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida”, *Revista do Ministério Público*, 125, janeiro-março 2011, p. 179.

<sup>43</sup> LOUREIRO, João, “Advance directives: a Portuguese approach,” *Lex Medicinæ*, Ano 5, 2008, n.º 9, p. 7.

<sup>44</sup> FARIA COSTA, José “O fim da vida e o direito penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, 793-794. A eutanásia não é, porém, lícita à luz do Código penal português.

<sup>45</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra, 2007, p. 487-488 e p. 492-493). A expressão “valor, *prima facie*, vinculativo” é proposta na interpretação que João Loureiro faz do pensamento do ilustre penalista coimbrão (Cf. LOUREIRO, João Carlos, Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito –II”, *cit.*, p. 75.

vontade, sobretudo se periodicamente reiteradas, constituem o mais forte indício da vontade presumida do declarante e só podem ser desobedecidas se forem conhecidas razões que definitivamente as contrariem.”<sup>46</sup>

Num relance sobre a atividade do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, constatamos que, já em 1995 o CNECV fez uma referência ao problema dos *living wills* (Parecer 11/CNECV/95). Posteriormente, O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida pronunciou-se sobre a validade e eficácia das declarações antecipadas de vontade, mas em termos não definitivos. Se num primeiro Parecer (45/CNECV/2005 sobre o Estado Vegetativo Permanente) se defende o respeito pelos desejos previamente expressos, no segundo sobre a *objeção ao uso de sangue* (46/CNECV/2005) afirma-se que as declarações antecipadas de vontade devem ser “*meramente indicativas*”. Por seu turno, o Parecer 57/CNECV/2009 também defendeu a necessidade de legislar sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade. Finalmente terá sido determinante a intervenção do CNECV no seu bem fundado Parecer 59 de 2010 sobre os *Projetos de Lei Relativos às Declarações Antecipadas de Vontade* para o conteúdo final da lei de 2012 e para o sucesso do processo legislativo.

Como vimos, nenhum Autor postergava completamente o valor destes testamentos. É que “existe uma diferença assinalável entre o doente que, alguma vez, por qualquer meio, exprimiu a sua opinião sobre este assunto, e aquele que nunca o fez”.<sup>47</sup> Numa hermenêutica correta, devemos realçar que a ratificação da Convenção de Oviedo significou que o legislador, em 2001, tomou uma posição de princípio a favor da relevância jurídica das DAV,<sup>48</sup> pois aí se afirma que “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, *será tomada em conta.*” (art. 9º)<sup>49</sup>

Com a aprovação da Lei n.º 25/2012, a Assembleia da República votou por unanimidade que os *desejos previamente expressos* devem ser respeitados<sup>50</sup>, sob pena de o médico violar o *direito à autodeterminação* e a *integridade*

<sup>46</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense*, 2012, antes do art. 131.º, p. 27.

<sup>47</sup> NUNES, Rui “Dimensão Ética da Abordagem do Doente Terminal”, *Cadernos de Bioética*, 5, Dezembro de 1993, p. 13-48.

<sup>48</sup> GOFFIN, Tom “Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe”, *EJHL*, Volume 19, Number 2, 2012, p. 121-140 propõe uma interpretação do art. 9.º CDH Bio num sentido mais autonomista, isto é, o art. 9.º deve ser lido, numa perspectiva atualista e que considere as recentes Recomendações do Conselho da Europa, no sentido de que as declarações antecipadas de vontade têm *valor vinculativo*.

<sup>49</sup> Também a *Declaração dos Direitos dos Pacientes* (1994) reconhece que: “Os paciente têm direito a escolher uma pessoa que, na devida ocasião, receba a informação em seu nome.” (2.6.) No âmbito do Conselho da Europa, já em 1976, a Recomendação 779 sobre os *direitos dos pacientes em fase terminal* destacava a necessidade de respeitar os direitos dos paciente no final da sua vida.

<sup>50</sup> A lei portuguesa optou pela solução forte, ou pela eficácia vinculativa do testamento vital. As diretivas antecipadas de vontade — apenas — “não devem ser respeitadas quando: a) Se

física e moral do paciente, factos que consubstanciam *responsabilidade civil*,<sup>51</sup> nos termos gerais do art. 70.º e 483.º.

#### 4. UM CAMINHO DE DEBATE PARA ALCANÇAR A LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Em 2006, a Associação Portuguesa de Bioética apresentou à Assembleia da República um Projeto de Diploma n.º P/06/APB/06 que regula o exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional. Este documento constituiu um exemplo de participação democrática e envolvimento da sociedade civil em assuntos bioéticos. Facto só por si de saudar e de louvar!<sup>52</sup>

Esta proposta afirmava o valor vinculativo das declarações antecipadas de vontade (art. 11.º, n.º 3). Seguindo legislação e doutrina corrente na Europa, não se exige qualquer tipo de informação ou esclarecimento prévio do paciente ou da pessoa que deseja redigir um testamento de paciente; uma consulta prévia com um médico, designadamente o médico de família, não é um requisito de validade do documento. Proclama, assim, um direito subjetivo absoluto a recusar um tratamento. Todavia, segundo a teoria geral do consentimento informado e da recusa informada, deveria haver uma prévia informação e esclarecimento por um médico. Donde, somos de parecer que todas as condições de validade de uma recusa *atual* deveriam estar garantidas no caso de uma recusa *antecipada*, a saber: a informação, capacidade para consentir e vontade livre de qualquer coerção.

Por seu turno, em 2009, o Partido Socialista apresentou o Projeto de Lei n.º 788/X sobre os *direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado* que foi aprovado na generalidade na Assembleia da República. Este projeto não consagrava o direito a uma recusa antecipada *vinculativa*, na medida em que, nos termos do n.º 6 do art.º 14.º competiria *ao médico* a decisão final, tendo em conta certos critérios e exigindo-se uma fundamentação registada no processo clínico. Os critérios referidos eram os constantes

---

comprove que o outorgante não desejaria mantê-las; b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado; c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura” (art. 2.º da Lei n.º 25/2012).

<sup>51</sup> Quanto à responsabilidade criminal prevista no art. 156.º CP deixamos à doutrina penalista a discussão desse problema.

<sup>52</sup> Cf. PARECER N.º P/05/APB/06 Sobre Directivas Antecipadas de Vontade (Relatores: HELENA MELO, RUI NUNES) e Projecto de Diploma N.º P/06/APB/06 Que Regula o Exercício do Direito A Formular Directivas Antecipadas de Vontade no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e cria o correspondente Registo Nacional (Relatores: HELENA MELO, RUI NUNES).

Mais tarde a Associação Portuguesa de Bioética viria a apresentar um novo projeto: o PROJECTO DE DIPLOMA N.º P/16/APB/09 que Regula o Exercício do Direito a Formular Directivas Antecipadas de Vontade no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e Cria o Correspondente Registo Nacional (RELATORES: HELENA MELO, RUI NUNES), baseado no ESTUDO N.º E/17/APB/10 –*Testamento Vital* (RELATOR: RUI NUNES).

da lei austríaca de 2006 no que respeita às diretivas não vinculativas, a saber: “o grau de conhecimento que o outorgante tinha do seu estado de saúde, a natureza da sua doença e da sua evolução; o grau de participação de um médico na aquisição desta informação; o rigor com que são descritos os métodos terapêuticos que se pretendem recusar ou aceitar; a data da sua redação; e demais circunstâncias que permitam avaliar o grau de convicção com que o declarante manifestou a sua vontade.” Este projeto revelou-se cauteloso, pois procurava regular esta figura em termos gerais, deixando à prática clínica e à doutrina jurídica a evolução do instituto, ora num sentido mais autonomista (modelo alemão), ora num sentido mais paternalista (modelo francês). Por outro lado, este Projeto, bem como o apresentado em 2010 pelo mesmo Partido, encontra-se em linha com a generalidade das legislações de muitos outros países, que enquadram a temática das diretivas antecipadas numa lei geral sobre os direitos dos pacientes à informação e ao consentimento.<sup>53</sup>

No retomar dos trabalhos parlamentares, em setembro e outubro de 2010, foram apresentados à Assembleia da República quatro projetos de lei relativos a esta matéria.<sup>54</sup> Os quatro projetos baixaram à Comissão Parlamentar de Saúde para ser discutidos na especialidade, não tendo havido portanto votação em plenário, tendo entretanto caducado, em virtude da dissolução da Assembleia da República em 2011.

Em 2011, com o arranque de uma nova legislatura, foram apresentados novos projetos de lei sobre as DAV. Em boa verdade, os Projetos do BE, do PSD e do CDS recuperam os projetos de 2010. Com vista a promover uma solução consensual, o Partido Socialista deixa cair a ideia de aprovar uma lei global sobre o consentimento que incluísse o tema das DAV e apresenta um Projeto exclusivamente sobre esta matéria, que se caracteriza por defender o carácter vinculativo das DAV, a liberdade de redação e o registo meramente declarativo das DAV.

Aprovados na generalidade, os 4 projetos baixam à Comissão de Especialidade (saúde) com as diferenças que assinalámos anteriormente. Conse-

---

<sup>53</sup> Assim, sem preocupações de exaustividade, podemos referir as leis dos seguintes países: Finlândia, 1992; Países Baixos, 1994; Lituânia, 1996; Islândia, 1997; Letónia, 1997; Hungria, 1997; Grécia, 1997; Dinamarca, 1998; Noruega, 1999; Geórgia, 2000; França, 2002; Bélgica, 2002; Espanha, 2002; Suíça, 2003; Rússia, 2003; Roménia, 2003; Chipre, 2005... Facto este ignorado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida no Parecer 57/CNECV/2009, que parece erroneamente julgar que o problema das diretivas antecipadas é algo de separado do problema mais amplo do consentimento informado.

<sup>54</sup> O Projeto de Lei n.º 413/XI/2.<sup>a</sup> — Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado (PS — Partido Socialista); o Projeto de Lei N.º 414/XI/2.<sup>a</sup> regula o direito dos cidadãos a decidirem sobre a prestação futura de cuidados de saúde, em caso de incapacidade de exprimirem a sua vontade, e cria o Registo Nacional de testamento vital (RENtev). (BE — Bloco de Esquerda); o Projeto de Lei n.º 428/XI — Declarações Antecipadas de Vontade (PSD — Partido Social Democrata) e o Projeto de Lei n.º 429/XI/2.<sup>a</sup> (Regula as Directivas Antecipadas de Vontade em matéria do Testamento Vital e nomeação de Procurador de Cuidados de Saúde e procede à criação do Registo Nacional do Testamento Vital) — CDS — Centro Democrático Social.

guiu esta Comissão a redação de um texto único que foi sendo sucessivamente consensualizado. Pela nossa parte mostramos a nossa satisfação por entre a primeira redação e a Lei que veio a ser aprovada se ter conseguido incrementos de qualidade significativos, designadamente: (1) a eliminação do registo obrigatório, (2) as referências ao estado terminal ou doença terminal e (3) o facto de as DAV serem eficazes independentemente de prazo, a partir do momento em que a pessoa se torna incapaz.

- (1) O sistema do registo obrigatório iria remeter para o *executivo* a concretização das condições práticas de exercício de um direito fundamental; as pessoas podem fazer-se acompanhar do documento, ou juntá-lo ao seu processo clínico, entregar cópia aos familiares, etc.
- (2) As referências ao estado terminal ou doença terminal iriam limitar a eficácia e o alcance das DAV e iria promover uma confusão de problemas e de planos. O problema do estado terminal coloca-se sobretudo em doentes do foro oncológico, com SIDA ou outras em sofrimento atroz e que desejam ter acesso à terapia da dor, aos cuidados paliativos ou mesmo à eutanásia. Mas estes doentes estão em regra capazes para consentir e recusar tratamentos. Já o *living will* e os procuradores de cuidados de saúde são especialmente importantes para doentes de Alzheimer ou outras doenças neuro-degenerativas que querem antecipar — enquanto estão capazes — as decisões sobre a sua saúde para futuro, mas para um futuro em que, muitas vezes, ainda não estão em fase terminal, pois que podem sobreviver mais 5, 10 anos em boas condições físicas de saúde. Os testamentos vitais são ainda muito importantes para as pessoas — como as Testemunhas de Jeová — que por motivos religiosos desejam recusar (mesmo que estejam inconscientes na sequência de um acidente) um determinado tratamento específico, mesmo que tenham excelentes probabilidades de sobrevivência com saúde e por longos anos. Ou seja, cidadãos que estão bem longe de um “estado terminal”.
- (3) A possibilidade de as DAV serem eficazes, mesmo depois de decorrido o prazo de 5 anos, desde que o outorgante tenha ficado incapaz nesse tempo, constituía uma reivindicação das associações de doentes de Alzheimer. Só assim se assegura que um doente ao qual foi diagnosticado uma doença neuro-degenerativa e que tem opiniões que deseja que sejam respeitadas e que lavrou, junto do Notário, um testamento vital, tem a segurança de que elas são cumpridas, mesmo que ele sobreviva mais de 5 anos... Com efeito, parece-nos sábia a decisão do legislador de suspender o prazo de caducidade do documento no momento em que a pessoa entra em estado de incapacidade. E nem deverá ser de outro modo, visto que os estados de incapacidade para consentir se podem prolongar por muitos anos

e é exatamente nessa altura, por vezes passados alguns anos, que se vem a verificar a situação de facto na qual poderia ser relevante a diretiva antecipada. Pensemos no caso de um doente com Alzheimer que deseja recusar quimioterapia de tratamento, caso lhe venha a ser diagnosticado um cancro, ou que deseja recusar qualquer ensaio clínico de medicamentos.<sup>55</sup> Não vemos razão para negar eficácia ao testamento de paciente apenas pelo decurso de um prazo, após ter entrado numa fase de demência avançada que o reconduz à incapacidade para consentir.

## 5. BREVE ANÁLISE DA LEI N.º 25/2012, DE 16 DE JULHO

Com o amadurecimento do debate científico e político, a Comissão de Saúde conseguiu alcançar um texto único. A recusa antecipada chegou a ser apresentada na opinião pública como um tema fraturante; mas através da imposição de um procedimento rigoroso (formalização junto do Notário), o legislador encontrou a chave de resolução desse conflito bioético.

Sendo doutrina comum que o doente tem o direito de recusar tratamento, mesmo que isso cause uma diminuição do seu tempo de vida,<sup>56</sup> já o direito a uma recusa antecipada foi objeto de densa e dura discussão na opinião pública e entre especialistas de bioética em Portugal.

### *i. aconselhamento médico*

Teria sido ideal impor um sistema em que um *médico* fosse envolvido no processo de aconselhamento de um testamento do paciente.<sup>57</sup> Esse pro-

<sup>55</sup> A ALZHEIMER EUROPE propõe o seguinte: “Alzheimer Europe believes that existing legislation on advance directives which limits their validity or binding nature to cases where a person is suffering from a terminal illness or facing unavoidable death should be amended to specifically include people suffering from dementia who lack the capacity to make health care decisions, for example by including incurable and progressive conditions within the scope of the legislation.”

Relativamente ao prazo de validade da Diretiva: “As dementia is a condition which can last for a number of years, during which time a person’s mental capacity gradually declines, Alzheimer Europe is not in favour of setting a limit on the duration of validity of advance directives. On the other hand, as long as the person has sufficient capacity, we would recommend updating or confirming an advance directive every 5 years.” — Cf. GOVE, Dianne, *Alzheimer Europe (Patient organisation) — The Use of Advance Directives by People with Dementia — the Views of Alzheimer Europe*, in *Symposium on decision making process regarding medical treatment in end of life situations*, 30 November — 1 December 2010, Palais de l’Europe, Strasbourg, France.

<sup>56</sup> Tese aceite pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, designadamente no Parecer sobre objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos (46/CNECV/2005), mais exatamente nas conclusões 3. 4. 5. e 6.

<sup>57</sup> Nesse sentido, PEREIRA, André, “Advance Directives: Binding or Merely Indicative? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation”, *EJHL*, 16, 2009, p. 1-7.



fissional permitiria assegurar o esclarecimento e a liberdade do paciente que assume — antecipadamente — uma decisão tão importante. Todavia, as dificuldades de acesso à consulta médica em algumas regiões do país e a confiança no discernimento do cidadão adulto e capaz fizeram com que o legislador não adotasse esse requisito, embora o refira como possível<sup>58</sup> e, dizemos nós, aconselhável.<sup>59</sup>

Um caminho diferente é seguido pela lei austríaca de 8 de maio de 2006, que distingue as declarações antecipadas de vontade *vinculativas* e as declarações antecipadas de vontade *indicativas*. Para as primeiras, as vinculativas, a Lei exige que a pessoa tenha uma entrevista prévia com um médico, o qual irá atestar que a pessoa tem capacidade para consentir e está livre de qualquer coerção para consentir ou recusar qualquer intervenção médica no futuro (§ 5 of *Patientenverfügungsgesetz*, de 8 de Maio de 2006). Este modelo, da *consulta médica prévia obrigatória*, garante que a diretiva antecipada que consente ou que recusa uma determinada intervenção foi tomada em liberdade e com o devido esclarecimento. As declarações antecipadas não vinculativas não estão sujeitas a condições de validade tão exigentes, mas também estas, porém, devem, *prima facie*, ser respeitadas.

Com este paradigma assegura-se um equilíbrio entre a *dimensão material* (carácter vinculativo da declaração antecipada) — que se afigura controversa na doutrina e no próprio Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida — e a *dimensão procedimental*, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situação de *vulnerabilidade*.

As questões de direito médico sensíveis e controversas, como é o caso da presente, conduzem a discussão, tantas vezes, a argumentos inconclusivos e não aceites universalmente. É muito difícil persuadir todos os membros do “auditório” da bondade de uma determinada opinião.

Por isso, deveremos reservar um papel determinante às questões do procedimento. Mais do que uma resposta universal e fechada para um dado problema, um sistema procedimental de avaliação dos argumentos e um processo retórico que inclua vários atores pode ser a melhor solução.

No caso das diretivas antecipadas, concordamos que estas devem ser vinculativas. Contudo, essa força vinculativa dos testamentos de paciente deve depender de um controlo procedimental rigoroso, que deveria incluir o envolvimento de um médico, que preste esclarecimentos e que ateste a capacidade

<sup>58</sup> No art. 3.º, n.º 2: No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

<sup>59</sup> Nesse sentido, na Alemanha, o GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005: “11. The majority view of the National Ethics Council is that the validity of an advance directive should not be made conditional on its maker’s having obtained prior expert advice. However, all members of the National Ethics Council recommend that expert advice be taken before an advance directive is drawn up.”

para consentir e para recusar um tratamento médico, bem como a ausência de qualquer coação.

## **ii. Formalização ‘forte’: o papel do Notário**

Em segundo lugar, a assinatura desse documento sendo feita junto de um *Notário*, garante que se assegura a *capacidade*, o *esclarecimento* e a *liberdade* do paciente. Este era, como vimos, o caminho seguido pela lei austríaca.

Com este paradigma assegura-se um equilíbrio entre a *dimensão material* (carácter vinculativo da declaração antecipada) e a *dimensão procedimental*, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situação de *vulnerabilidade*. A difusão de diretivas antecipadas deve ser apoiada e os médicos de família deveriam ter um papel capital em todo este processo, desde logo porque a população em geral tem mais contacto com o médico do que com o notário. Por outro lado, os médicos deveriam ser formados no sentido de aceitar opiniões diferentes, mesmo que pareçam irracionais ou não fundamentadas, desde que baseadas numa vontade livre e esclarecida.

Vulnerável, sem dúvida. *Mas cidadão!* Titular de direitos fundamentais, senhor da cidade, o Homem livre tem o inalienável direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da Constituição), ou seja, a *escrever a sua biografia*, sobretudo de escrever as últimas páginas da sua vida.

Uma sociedade plural — a existência mesmo de “moral strangers” (Tristram Engelhardt) <sup>60</sup> — é uma realidade também no nosso país e a República sairá mais forte se respeitar a singularidade de todos os concidadãos.

---

<sup>60</sup> ENGELHARDT, Tristram, *The Foundations of Bioethics*, New York/Oxford, 1996.