

DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ANÁLISE PROSPECTIVA⁽¹⁾

Pela D.^{ra} Sandra Horta e Silva⁽²⁾

SUMÁRIO:

I. Introdução. II. Regime Legal. 1. Directivas Antecipadas de Vontade (DAV). 1.1. Capacidade. 1.1.1. A Menoridade. 1.2. Forma. 1.3. Prazo, Modificabilidade, Revogação e Eficácia. 1.4. Testamento Vital. 1.5. Procurador de Cuidados de Saúde. III. LADV: Uma Lei Necessária? IV. Conclusões. Bibliografia.

I. Introdução

Um dos maiores desafios da bioética prende-se com o direito a morrer com dignidade respeitando a vontade da pessoa que se encontra num estágio incurável, irreversível, amputada da sua qualidade de vida e na estrita dependência de terceiros.

Dentro destes desafios, um assume especiais contornos, que se reporta às situações em que o doente se encontra incapaz de aceitar ou recusar certo tratamento, ou mesmo optar entre várias alternativas de tratamento, ou mesmo será dizer, não está em condições de prestar o seu consentimento informado.

⁽¹⁾ Trabalho apresentado em Julho de 2013 no VI Curso pós-graduado de Direito da Bioética da Faculdade de Direito de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

⁽²⁾ Advogada.

Dele emerge uma questão problemática que se prende com o direito do doente deixar consignada a sua pretensão de abdicar de quaisquer cuidados de saúde que não se mostrem hábeis a promover a cura, mas antes, tenham em vista somente o propósito de prolongar a vida de uma forma indigna, o que terá como única consequência retardar indefinidamente a morte.

Não admira por isso que tenha sido a Associação Portuguesa de Bioética uma das principais impulsionadoras do debate em torno das Directivas Antecipadas de Vontade e que culminou com a apresentação por parte daquela de um projecto de lei que tornasse legítima a sua execução.

Ao contrário do sucedido em Itália, onde a discussão parlamentar em torno das Directivas Antecipadas de Vontade caracterizou-se pela polémica, em Portugal primou pela consensualidade dando origem à aprovação da lei por unanimidade.

Está-se em crer que tal foi possível, porquanto desde logo ficou claro não se tratar de legalizar a eutanásia ou o suicídio assistido, mas antes, conferir aos cidadãos o direito de decidirem sobre a actuação dos prestadores de cuidados de saúde quando confrontados com o facto de o processo de morte já se encontrar instalado, sendo que qualquer terapêutica aplicável não mais lograria do que postergar por determinado período, mais ou menos longo, o inevitável momento da morte, a maior parte das vezes à custa do sofrimento e degradação física e mental do doente.

A morte nestes casos não é provocada pelo médico, constituindo antes uma fatalidade determinada pela própria doença ou sua evolução.

A Lei das Directivas Antecipadas de Vontade (LDAV), vem assim reforçar o direito à autodeterminação dos doentes como titulares que são dos bens da personalidade cuja preservação se pretende, colocando-os no centro decisor dos cuidados de saúde a serem aplicados e desde que estejam munidos das informações necessárias que lhes permita optar pelas alternativas de tratamento e das possíveis consequências que a aceitação ou rejeição possam acarretar.

II. Regime Legal

1. Directivas Antecipadas de Vontade (DAV)

As Directivas Antecipadas de Vontade são instruções elaboradas antecipadamente por uma pessoa maior de idade e capaz, em relação a tratamentos médicos que deseja aceitar ou recusar num momento futuro em que se encontre incapacitada de transmitir as suas próprias decisões.

Desta forma consagra-se o direito dos utentes de cuidados de saúde a optarem pela submissão ou não a qualquer tipo de intervenção médica, através da redacção de um documento no qual se estabelece orientações para o futuro que deverão ser observadas caso determinadas situações hipotéticas se venham a verificar.

Essas orientações, como se viu, podem assumir a forma de recusa de um determinado tratamento (recusa de uma cesariana, de quimioterapia, de transfusões de sangue, por exemplo), ou de pedido expresso para aplicação de um determinado tratamento, desde que, se revele adequado face à situação clínica actual e concreta em que o testador se encontre.

Desta constatação desde logo resulta que pedidos de tratamentos extraordinários desprovidos de esperança, que causem sofrimento e em nada contribuam para o bem-estar e prolongamento da vida, não vinculam o médico.

Ao contrário, desde que se comprove o estágio terminal e irreversível do doente, a interrupção do tratamento que o mantém vivo não configura qualquer acto ilícito, porquanto a morte é consequência natural e inevitável, pelo que, deixar o doente morrer é o único meio de se preservar a dignidade da pessoa humana.

De realçar que as Directivas Antecipadas de Vontade permitem orientar o prestador de cuidados de saúde não apenas quanto ao tipo, mas também quanto à intensidade do tratamento a adoptar.

As directivas são expressas pelo próprio através de documento escrito (Testamento Vital)⁽³⁾ ou por intermédio de um pro-

⁽³⁾ Art. 2.º, n.º 1 — “As directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer

curador especificamente nomeado para tal fim, ao qual a lei designa de Procurador de Cuidados de Saúde⁽⁴⁾.

Importa ainda referir que a eficácia das Directivas Antecipadas de Vontade não dependem tão só da comprovação de que em determinado momento o seu autor não está apto para decidir sobre os cuidados com sua saúde, mas também, da inexistência de probabilidade séria e efectiva de que venha a adquirir a sua capacidade decisória em tempo útil.

O diploma legal aplica-se a cidadãos nacionais, bem como, a estrangeiros e apátridas que residam em território português⁽⁵⁾.

Sendo a adopção desta legislação sugerida pelo Conselho da Europa, na Recomendação 1418 (1999) sobre a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade dos Doentes Incuráveis e dos Moribundos, associada ao facto de um considerável número de países que integram a União Europeia disporem de regulamentação sobre Directivas Antecipadas de Vontade, crê-se que a tendência evolutiva será a de ampliar o âmbito da aplicação da lei aos cidadãos da União Europeia, assim como, a estrangeiros e apátridas residentes com título de residência válido num Estado-Membro da União Europeia.

Deste modo e no que às Directivas Antecipadas de Vontade diz respeito, se garantirá o exercício desses direitos dos cidadãos da União Europeia, sempre que acederem a cuidados de saúde transfronteiriços.

momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de 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”.

(4) Art. 11.º, n.º 1 — “Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo -lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber ou, a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente”.

(5) Art. 15.º, n.º 1 — “É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde”.

1.1. Capacidade

No que à capacidade respeita, a pessoa que pretender redigir Directivas Antecipadas de Vontade tem de preencher três requisitos cumulativos: ser maior de idade, não estar interdita ou inabilitada por anomalia psíquica e encontrar-se em condições de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido para a prática de cuidados de saúde.

Tal resulta do disposto no art. 4.º da LDAV⁽⁶⁾ que — sem querer tecer comentários à técnica legislativa utilizada — mais não é do que uma repetição do inserto no n.º 1 do art. 2.º do diploma legislativo em apreço.

Destes requisitos, aquele que poderá suscitar dúvidas no tocante à aplicação prática da lei, prende-se em averiguar se no momento em que o testador redige as suas directivas se encontra em condições de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido para a prática de cuidados de saúde, o mesmo será dizer, se o mesmo possui aptidão para perceber a natureza de quaisquer tratamentos propostos no Testamento Vital, as suas consequências e efeitos adversos, assim como, os efeitos de recusa dos mesmos.

Tutelando a LDAV um conjunto de bens fundamentais do paciente assentes na doutrina do consentimento, este requisito permite assegurar que não se está perante uma decisão voluntarista, mas antes, perante uma directiva reflectida, única que poderá ser vinculativa para o prestador de cuidados de saúde.

Não se pode olvidar que foi a doutrina do consentimento informado, assente no princípio da autodeterminação, quem abriu as portas à criação das Directivas Antecipadas de Vontade, sendo inclusivamente muito ténue o plano de distinção entre ambas as

⁽⁶⁾ Art. 4.º — “Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que cumulativamente:

- a) Sejam maiores de idade;
- b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica;
- c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.”

figuras jurídicas: enquanto naquele acto há a aceitação ou rejeição a determinado tratamento proposto para uma doença presente, nestas ocorre um consentimento ou dissentimento que se irá reportar a situações futuras.

Motivo pelo qual se aceitam algumas das críticas que visam este diploma legal e que se prendem com esta problemática.

Essas críticas vão no sentido de não se assegurar mecanismos que fomentem uma compreensão suficiente de quem redige as Directivas Antecipadas de Vontade, atendendo a que a maioria das pessoas são leigas nas matérias em apreço e não compreendem a complexidade técnica dos riscos associados a determinada terapêutica, desconhecendo ainda que cuidados se afiguram medicamente adequados para as situações em causa.

Efectivamente, não resulta do diploma qualquer norma que garanta esse esclarecimento, ao contrário por exemplo, do que ocorre na legislação austríaca⁽⁷⁾.

Timidamente se prevê que o outorgante possa recorrer a um médico para elaboração das Directivas Antecipadas de Vontade⁽⁸⁾.

Todavia, na falta de um dispositivo que preveja a participação obrigatória de um médico, entende-se que se deveria ter consagrado o envolvimento dos hospitais e demais entidades de saúde no sentido de transmitirem aos utentes que a eles recorrem, informações respeitantes às Directivas Antecipadas de Vontade.

Crê-se que o afastamento destes “parceiros”, a par de outras circunstâncias que se esbaterão ao longo do presente trabalho, contribui para a fraca mobilização em torno desta lei por parte dos seus destinatários.

Porém, ainda se está a tempo de reverter a explanada situação e prestar ao cidadão informação adequada, mais concretamente aquando a publicação da aguardada regulamentação.

(7) *“A instituição de uma disposição de paciente vinculativa tem de ser precedida de um amplo esclarecimento médico, incluindo uma informação sobre a natureza e consequências para o tratamento médico da disposição de paciente vinculativa (...)”*.

(8) Art. 4.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”*.

E também consciencializar todas as partes interessadas para o facto da elaboração de Directivas Antecipadas de Vontade dever ser encarada como um processo reflexivo no qual o médico assistente e outros prestadores de cuidados de saúde, assumem um papel de particular relevância.

Por iniciativa governamental, poder-se-á, nomeadamente, promover programas e protocolos que visem acções informativas junto das populações, debates em associações e disseminação do formulário que vier a ser aprovado acompanhado de folhetos informativos sobre diversas opções individuais e quiçá inserção das questões relacionadas com as Directivas Antecipadas de Vontade em disciplinas escolares.

1.1.1. A Menoridade

Conforme já se referiu, para outorgar um documento de Directivas Antecipadas de Vontade, o utente dos cuidados de saúde tem de ser maior de idade.

Em bom rigor se apelarmos ao direito comparado, concluímos que noutros ordenamentos jurídicos é de dezoito anos o mínimo etário fixado para a redacção de Directivas Antecipadas de Vontade.

Conforme já foi referido, apesar de figuras distintas, os fundamentos que orientam o consentimento informado para a realização de um procedimento médico e as Directivas Antecipadas de Vontade assentam no mesmo princípio: o respeito pela autonomia pessoal do doente.

No entanto, e desde que se verifique competência e discernimento, a nossa ordem jurídica fixa os dezasseis anos como a idade em que se presume a capacidade para consentir e dissentir a realização de actos médicos — n.º 3, *in fine*, do art. 38.º do Código Penal.

Por isso, não nos parece coerente que a um menor com dezasseis anos, desde que consciente e com capacidade de discernimento quanto ao que pretende consentir ou dissentir possa aceitar ou recusar uma determinada terapêutica, mas não o possa fazer

através de um Testamento Vital, caso num momento futuro tenha a fatalidade de se encontrar num estado de inconsciência.

Motivo pelo qual algumas dúvidas se suscitam a propósito da incapacidade por menores de dezasseis anos, não se partilhando assim da solução legal encontrada, sabendo-se de antemão, que até com os maiores de idade há sempre a necessidade de se aferir o grau de reconhecimento da autodeterminação.

É certo que o ordenamento civil coloca a fasquia da maioria nos dezoito anos — art. 122.º do Código Civil — mas não menos certo é que a lei civil encerra numerosas excepções, que lhe atribuem capacidade jurídica, nomeadamente em sede de direitos pessoais, como por exemplo, casar e testar.

Expoente máximo dessas excepções está patente no estatuto da emancipação plena, previsto no art. 132.º do Código Civil, de acordo com o qual a criança, maior de dezasseis anos de idade se pode emancipar pelo casamento, desde que realizado com a autorização dos progenitores.

A lei nestes casos equipara essas crianças aos maiores de dezoito anos.

À legislação nacional acrescem um sem número de instrumentos que conferem aos menores o direito a serem ouvidos, como é exemplo o art. 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁽⁹⁾ e o art. 28.º da Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial⁽¹⁰⁾.

Assim, defende-se que ao menor de dezasseis anos, na qualidade de sujeito de direitos fundamentais a quem é atribuído o direito de participar no processo de decisão sobre a sua vida e integridade pessoal, deveria ser dada a faculdade de redigir as suas próprias Directivas Antecipadas de Vontade.

⁽⁹⁾ “As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade”.

⁽¹⁰⁾ “Quando se trate de um potencial sujeito de investigação considerado incapaz para decidir mas que pode dar assentimento a decisões acerca da sua participação na investigação, o médico deve procurar esse assentimento em acréscimo ao consentimento do representante legal. O dissentimento do potencial sujeito deve ser respeitado”.

1.2. Forma

As Directivas Antecipadas de Vontade têm de ser formalizadas através de um documento escrito, assinado presencialmente no notário ou quando este vier a ser criado, no “Registo Nacional de Testamento Vital” (RENTEV)⁽¹¹⁾ perante um funcionário devidamente habilitado para o efeito.

O documento deverá conter a identificação completa do outorgante, o lugar, a data e a hora da assinatura e as opções e instruções relativas aos cuidados de saúde que se pretende ou não receber.

Já que se optou por um instrumento particular, porquanto o notário ou o funcionário do RENTEV só intervêm no acto de reconhecimento presencial da assinatura, acto que é permitido aos Advogados, não se compreende a exclusão destes últimos do procedimento.

Tal como os notários, os Advogados estão investidos de especiais deveres de prossecução de fins de utilidade pública.

À semelhança do que ocorre entre o médico e o paciente, existe uma especial relação de confiança entre o Advogado e o seu cliente (e que dificilmente se encontra na relação existente entre o autor das Directivas Antecipadas de Vontade e o notário) que permitiria orientar o outorgante não só na redacção, mas também na formalização do Testamento Vital.

Não foi esta a opção do legislador, o que se lamenta porquanto é desígnio da advocacia assegurar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, também em apreço neste diploma legislativo.

1.3. Prazo, Modificabilidade, Revogação e Eficácia

As Directivas Antecipadas de Vontade são eficazes por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura, não se renovando

⁽¹¹⁾ Art. 3.º, n.º 1 — “*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(...)*”.

automaticamente sem que haja por parte do outorgante uma manifestação de vontade nesse sentido⁽¹²⁾.

Daí assumir especial interesse o expresso dever dos serviços responsáveis pelo registo informarem por escrito o outorgante das Directivas Antecipadas de Vontade e caso exista, o procurador de cuidados de saúde, da data de caducidade do documento, até sessenta dias antes do término do prazo⁽¹³⁾.

O Outorgante, desde que esteja capaz, tem ainda a possibilidade de revogar o documento a qualquer momento e sem qualquer formalidade.

As declarações de renovação, alteração ou revogação das Directivas Antecipadas de Vontade são sempre registadas no processo clínico do doente.

Igual registo se impõe sobre qualquer decisão de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde⁽¹⁴⁾, bem como, as decisões médicas que desatendam ao disposto na directiva antecipada de vontade e respectiva justificação (dando igualmente conhecimento das mesmas ao procurador de cuidados de saúde e ao RENTEVE)⁽¹⁵⁾.

Como se vê, o processo clínico assume uma relevância decisiva no diploma regulador das Directivas Antecipadas de Vontade, em especial no registo de actos que atendam à alteração ou incumprimento da vontade expressa do seu outorgante.

Do processo clínico se inferirá a violação (ou não) do princípio da autodeterminação do doente.

(12) Art. 7.º “1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura. 2 — O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 3.º”.

(13) Art. 7.º, n.º 4 — “Os serviços de RENTEVE devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1”.

(14) Art. 6.º, n.º 3 — “A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante”.

(15) Art. 6.º, n.º 3 — “O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEVE”.

Tal leva-nos a defender o carácter vinculativo das Directivas Antecipadas de Vontade, abrindo-se porém, algumas excepções legais que se poderão dividir em três grupos.

No Grupo I encontramos as excepções previstas no n.º 2 do art. 6.º⁽¹⁶⁾ da LADV:

- Quando se comprove que o outorgante não desejaria manter as DAV;
- Quando se verifique evidente desactualização da vontade manifestada em virtude do progresso dos meios terapêuticos;
- Quando as DAV não correspondam às circunstâncias de facto previstas pelo outorgante no momento da sua assinatura.

No Grupo II temos as excepções previstas no n.º 4 do art. 6.º⁽¹⁷⁾ da LADV que se prendem com situações de urgência em que as diligências para acesso ao conteúdo das Directivas Antecipadas de Vontade possam fazer perigar seriamente o estado de saúde ou a vida do outorgante.

Por último, no Grupo III temos a excepção prevista no art. 9.º, n.º 1 da LADV que ocorre sempre que seja invocado o direito à objecção de consciência.

Quando recorrer a este direito, o profissional de saúde deve indicar concretamente a que disposição ou disposições se refere, segundo o disposto no n.º 2 do art. 9.º.

A lei exige ainda que os estabelecimentos de saúde onde existam profissionais objectores de consciência que impossibilite o

(16) “As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:

- a) Se 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”.

(17) “Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante”.

cumprimento do disposto no documento das Directivas Antecipadas de Vontade, providenciem pela garantia do cumprimento do mesmo, adoptando formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados — n.º 3 do art. 9.º.

Enquanto no Grupo III se pretende dar cumprimento a um direito constitucionalmente garantido, no Grupo I há uma preocupação decorrente do prazo de validade das directivas, garantindo que o teor daquelas espelhe a valoração passada e contemporânea do outorgante.

Por outro lado, pretende-se evitar que os avanços da medicina, porventura desconhecidos ou inexistentes à época da redacção da directiva, não traíam a real e efectiva vontade do outorgante, sendo que este conhecedor das novas alternativas de tratamentos médicos entretanto surgidas, não manteria a directiva nos termos em que a redigiu.

1.4. Testamento Vital

Quando expressas pelo próprio através de documento escrito as Directivas Antecipadas de Vontade assumem a forma de Testamento Vital.

Por se ter consagrado o uso da expressão “Testamento Vital”, tem também sido esta a terminologia empregue, embora se discorde da mesma.

O Testamento Vital não se trata em bom rigor de um testamento, pois este acto jurídico apesar de realizado em vida destina-se a produzir efeitos jurídicos *postmortem*.

Assim, seria inoperante a inclusão num testamento de instruções acerca dos cuidados médicos a ter em conta, na medida em que este tem a sua eficácia jurídica suspensa até que se verifique a morte do testador.

Ao invés, o testamento vital tem eficácia *inter vivos* e as disposições que nele se encontram inseridas, são válidas e produzem os seus efeitos no período anterior à morte do testador.

Outra significativa distinção entre ambas as figuras prende-se com o facto do Testamento Vital incidir sobre direitos da personalidade, enquanto o testamento encontra-se essencialmente associado a direitos patrimoniais.

O termo “testamento” é de fácil apreensão por parte do cidadão comum que não só compreende a dimensão do instrumento jurídico, como facilmente o associa à possibilidade de em vida poder indicar a quem os seus bens serão adstritos no momento posterior à sua morte.

Por seu turno, a expressão “vital” não é suficiente esclarecedora para alterar este estado perceptivo.

Compreende-se que a natureza jurídica do acto não está no seu *nomen iuris*, mas sim no seu conteúdo, porém esta imprecisão terminológica não concorre para a promoção da utilização do instrumento jurídico “testamento vital” por parte dos utentes de cuidados de saúde e consequentemente obstaculiza que este novo direito dos cidadãos comece a ser conhecido e exercido com uma maior amplitude.

1.5. Procurador de Cuidados de Saúde

Um procurador de cuidados de saúde é uma pessoa nomeado pelo outorgante para interpretar e implementar as instruções escritas contidas no Testamento Vital ou na ausência deste, tomar decisões acerca dos cuidados de saúde, baseadas nos valores e intenções conhecidos do outorgante, quando este não estiver em condições de o fazer.

Neste sentido, em caso de conflito entre o documento de Directivas Antecipadas de Vontade e o procurador, é o conteúdo daquele que prevalece⁽¹⁸⁾, sob pena de se proceder a uma ilegítima substituição da vontade do outorgante.

⁽¹⁸⁾ Art. 13.º, n.º 2 — “*Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento*”.

A procuração de cuidados de saúde assegura que a vontade do outorgante seja realmente executada, garantia que não é conferida a um mero Testamento Vital no qual inexistia um representante que verifique se os procedimentos médicos adoptados são os efectivamente pedidos pelo outorgante.

Outra vantagem prende-se com uma maior viabilidade de adequar a vontade do outorgante a qualquer caso omissivo que se venha a verificar no decurso do processo de cumprimento das directivas apostas no Testamento Vital.

Porém, um Testamento Vital bem redigido, garante uma maior fidelidade ao cumprimento da vontade do outorgante, evitando que o procurador venha a adular os reais interesses do doente.

Revela-se vantajosa esta opção de escolha do Procurador de Cuidados de Saúde uma vez que na sua ausência, em regra, será chamado a pronunciar-se um familiar com o qual o doente pode não ter qualquer tipo de relação de proximidade ou mesmo estar com ele desavindo.

Por outro lado, afasta-se qualquer problemática decorrente da definição de família, instituto cada vez mais mutável numa sociedade em constante transformação.

Qualquer pessoa maior de idade e na posse das suas capacidades e direitos pode ser constituída Procurador de Cuidados de Saúde.

É o que resulta da leitura conjugada dos n.ºs 1 e 2 do art. 11.º, resolvendo-se desta forma a aparente contradição existente entre estes dois números, uma vez que a formulação aposta no n.º 1⁽¹⁹⁾ prevê que “Qualquer pessoa pode nomear ...” e a aposta no n.º 2⁽²⁰⁾ refere “Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do art. 4.º ...”.

⁽¹⁹⁾ Art. 11.º, n.º 1 — “Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente”.

⁽²⁰⁾ Art. 11.º, n.º 2 — “Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do art. 4.º, com exceção dos casos previstos no número seguinte”.

Defende-se igualmente (e pelos fundamentos já expostos aquando o tratamento da temática sobre a capacidade) que a procuração de cuidados de saúde poderia ser outorgada a menores a partir dos dezasseis anos de idade.

Tal solução em nada colidiria com o regime geral da representação voluntária, atendendo-se ao conteúdo do art. 263.º do Código Civil que sob a epígrafe Capacidade do Procurador dispõe que “*O procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar*”.

A lei igualmente prevê quem não pode ser nomeado procurador: os funcionários do RENTEV e do cartório notarial que intervenham nos actos regulados pela LADV e os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde, a menos que tenham uma relação familiar com o outorgante.

A procuração de cuidados de saúde extingue-se por revogação do outorgante ou renúncia do procurador⁽²¹⁾.

Poderá ainda a procuração extinguir-se automaticamente sempre que cesse “*...a relação jurídica que lhe serve de base, excepto se outra for, neste caso, a vontade do representado*” — art. 265.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil por remissão do n.º 2 do art. 12.º da LDAV.

Poderá enquadrar esta previsão legal, a situação em que o outorgante seja vítima de um crime perpetrado pelo procurador de cuidados de saúde e contra este venha a apresentar queixa-crime.

(21) Art. 14.º — “1 — *A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante. 2 — A procuração de cuidados de saúde extingue-se por renúncia do procurador, que deve informar o outorgante por escrito*”.

III. LADV: Uma Lei Necessária?

Também no âmbito do Direito, têm sido inúmeras as reflexões em torno das questões que vida e a morte suscitam.

Grande parte dessas questões encontrou resposta anteriormente à publicação do diploma que regula as Directivas Antecipadas de Vontade: poderia um utente de cuidados de saúde declarar, válida e antecipadamente, qual o tipo de tratamento que pretende ou não se submeter, caso futuramente se encontre em situação que o impossibilite de prestar seu consentimento?

Diante desta perspectiva de impossibilidade futura, poderia nomear um procurador, a quem caberia o ónus de em seu nome consentir ou dissentir sobre as intervenções médicas aplicáveis?

Esta constatação tem levado a que se levantem algumas vozes críticas sobre a necessidade deste diploma normativo, considerando-o um documento inútil que traduz a repetição de condutas que já poderiam ser adoptadas, porque admitidas pela legislação nacional e supra nacional.

O art. 9.º da Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina e ratificada pela República Portuguesa em Dezembro de 2001, diz 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.

Segundo o nosso ordenamento jurídico, em regra, uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico apenas pode ser efectuado com o consentimento do paciente, valorando-se o consentimento expresso se prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

E por equiparação, valora-se ainda o consentimento presumido, invocado sempre que não se mostre possível obter a manifestação expressa da vontade do doente ou esperar por essa obtenção por haver perigo sério para a sua vida ou saúde na demora. Perante estas situações, a intervenção realizada sem o consenti-

mento actual do paciente não é punida, se efectuada nos termos do n.º 2 do art. 156.º do Código Penal.

Por outro lado, o disposto no n.º 2 do art. 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, impõe a obrigação de se atentar nas directivas escritas.

No que à possibilidade de se nomear Procurador de Cuidados de Saúde respeita, o direito vigente em Portugal admite o regime de representação legal em matéria de direitos de personalidade, nomeadamente, através da permissão de outorga de procuração para efeitos de celebração do casamento e de perfilhação.

Assim sendo, não se vislumbra nenhum impedimento específico no que concerne à matéria de prestação de cuidados de saúde.

Para fundamentar a tese de inutilidade da LDAV, tem-se igualmente criticado a redundância de disposições insertas no n.º 2 do art. 2.º⁽²²⁾: ora, “*não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental*” e “*autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos*” constituem práticas já regulamentadas quer por instrumentos internacionais — o Código de Nuremberga, por exemplo — quer por diplomas nacionais.

Por outro lado, a prática de distanásia (prolongamento da vida de um doente incurável através de meios artificiais, inúteis e desproporcionados) é expressamente vedada no n.º 2 do art. 57.º do

⁽²²⁾ “*Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:*

- a) *Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;*
- b) *Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;*
- c) *Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;*
- d) *Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;*
- e) *Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos”.*

Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁽²³⁾ e as Ordens de Não-Reanimar⁽²⁴⁾ constituem actualmente a realidade da boa prática médica estando incorporadas nas *leges artis* da profissão.

Efectivamente, pode-se concluir que em Portugal já existe legislação que contempla e regula as Directivas Antecipadas de Vontade, bem como, a possibilidade de nomear um procurador de cuidados de saúde.

Porém, no seu cumprimento por parte dos profissionais de saúde continua a ser considerado o livre arbítrio de acordo com o melhor interesse da pessoa doente.

Na ausência de legislação específica, tem-se dado primazia ao princípio *in dubio pro vita*, conferindo-se às directivas antecipadas, um valor indiciário na determinação da vontade presumida do doente.

Este diploma tem assim o mérito de garantir a protecção do direito à autodeterminação do cidadão, reforçando a sua autonomia prospectiva no âmbito da prestação de cuidados de saúde, conferindo às Directivas Antecipadas de Vontade um efeito compulsivo na decisão médica e não meramente indicativo.

Partindo-se da premissa de que, por desconhecer a linguagem técnica, o doente é a parte frágil na relação estabelecida com o médico, este diploma tem a capacidade de promover o exercício duma liberdade esclarecida e responsável.

O doente não é um *infirmus*, mas a realidade demonstra que em muitos dos momentos em que se vê obrigado a tomar decisões sobre a sua saúde, se encontra deveras debilitado, reacção natural para quem se vê confrontado com a doença e/ou com a morte.

⁽²³⁾ “[n]as situações de doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua acção para o bem-estar dos doentes, evitando utilizar meios fúteis (...) que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento, sem que daí advenha qualquer benefício”.

⁽²⁴⁾ “as Ordens de Não-Reanimar (DNR-Order — Do-No-Resuscitate Order, ou mais correctamente DNAR-Order — Do Not Attempt Resuscitation Order) são a expressão mais visível da evolução recente da ética médica. De facto, não é hoje considerado má prática médica este tipo de instrução, ainda que o decurso natural da doença conduza inevitavelmente à morte da pessoa. Noutras palavras as Ordens de Não-Reanimar são hoje o standard da boa prática médica tendo sido plenamente incorporadas nas *leges artis* da profissão médica” in Rui Nunes, Estudo n. E/17/APB/10: testamento vital. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética.

Dá-se agora ao cidadão a possibilidade de redigir as suas directivas numa altura em que não só goza da plenitude de suas faculdades mentais, como também não se vê na iminência de tomar decisões apressadas num momento de particular dificuldade da sua vida, sobre os cuidados de saúde a serem-lhe ministrados.

IV. Conclusões

As Directivas Antecipadas de Vontade, quer assumam a forma de Testamento Vital, quer assumam a forma de Procução de Cuidados de Saúde, são importantes instrumentos de afirmação da autonomia colocados à disposição dos cidadãos.

Esta lei tem o mérito de reconhecer inequivocamente validade e eficácia à possibilidade de qualquer pessoa antecipar o seu consentimento quanto aos cuidados médicos que deverão ser aplicados caso futuramente se encontre impossibilitada de manifestar a sua vontade.

Apresentam também a conveniência de eliminar eventuais conflitos entre a verdadeira intenção do doente e a de terceiros que venham a ser chamados para dar o consentimento ou dissentimento quanto a determinadas práticas médicas.

Poderá ainda constituir um estímulo para universalizar os cuidados paliativos e estreitar as relações médico-doente.

Porém, está-se em crer que a publicação da presente lei não alcançou o mérito de levar ao conhecimento da população a existência das figuras nela consagradas, perdendo-se uma oportunidade de consciencializar os cidadãos para um poder que não exercem.

A Lei aprovada na Assembleia da República, previa um prazo de 180 dias para a sua regulamentação⁽²⁵⁾. Aguarda-se que com a publicação desta regulamentação a lei conheça alguns avanços no que respeita à sua disseminação junto dos cidadãos a que se destina.

⁽²⁵⁾ Art. 19.º — “O Governo regula a presente lei no prazo de 180 dias a partir da entrada em vigor”.

Bibliografia

- FRADA, CARNEIRO DA, *A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*. Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, [org.] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [ed. lit.] António Menezes Cordeiro; Pedro Pais Vasconcelos e Paula Costa e Silva, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008.
- 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.
- MIRANDA, JORGE e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- NETO, LUÍSA, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- NEVES, MARIA DO CÉU PATRÃO, *Comissões de ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*, Centro de Estudos de Bioética/Pólo Açores, 1996.
- 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.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*. Lisboa: Revista do Ministério Público, n. 125, Janeiro/Março 2011.
- RIBEIRO, GERALDO ROCHA, *Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Ano 7, N.º 14, 2011, Coimbra Editora, 2011.
- SILVEIRA, MARIA MANUELA F. BARATA VALADÃO, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, A.A.F.D.L., 1997.