

PARECER N.º P/05/APB/06
SOBRE DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

RELATORES: HELENA MELO, RUI NUNES

1. INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas o exercício da medicina alterou-se substancialmente devido, em larga medida, ao desenvolvimento científico e tecnológico, ao envelhecimento da população e à atomização da família nuclear. Paralelamente a estas transformações de natureza sociológica a assistência médica organizou-se em torno de modelos integrados de prestação de cuidados de saúde financiados, directa ou indirectamente, pelo esforço contributivo dos cidadãos. A matriz deste modelo de desenvolvimento social, porém, é a construção progressiva de uma sociedade plural e secular na qual convivem diferentes visões do bem comum.

Neste contexto plural, as decisões médicas no fim da vida assumem particular relevância, precisamente porque a morte de uma pessoa é encarada de modo distinto pelos diversos cidadãos¹. De facto, numa sociedade plural e democrática, o direito à autodeterminação individual é especialmente protegido, pelo que as directivas antecipadas de vontade – de que o testamento vital (*living will*) é um bom exemplo – são hoje prática corrente em muitos países ocidentais.

Este parecer corresponde a uma iniciativa da Associação Portuguesa de Bioética a propósito da problemática das directivas antecipadas de vontade, nomeadamente e entre outros, no que respeita ao uso clínico e terapêutico de sangue e produtos derivados.

¹ NUNES, Rui (1996), “A Vida Humana: Início e Termo”, *Humanística e Teologia*, vol. 17, n.º 3, pp. 341-349.

2. TIPOS DE DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Para efeitos deste parecer consideraremos, na esteira de YVON KENIS, que as directivas antecipadas são “instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos que deseja ou (mais frequentemente) que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir as suas vontades ou de tomar decisões por e para si própria”². São fundamentalmente duas as formas que estas directivas podem revestir: a de testamento de paciente e a de nomeação de procurador de cuidados de saúde.

O testamento de paciente, por vezes denominado “testamento de vida (*living will*)” ou “testamento biológico”, é um “documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não pretende receber se perder a capacidade de se exprimir ou se se encontrar em estado de já não ser capaz de tomar ela própria uma decisão”⁴. À semelhança do que ocorre na sucessão testamentária o testamento de paciente é um acto pessoal, unilateral e revogável pelo qual a pessoa expressa claramente a sua vontade⁵. No entanto, as disposições nele inseridas são, ao contrário do que ocorre naquela forma de sucessão, apenas de carácter não patrimonial e destinam-se a ser válidas no período anterior à morte do testador⁶.

² Cf. KENIS, Yvon (2003), “Directivas Antecipadas” in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 235, e NYS, Herman (1997), “Emerging Legislation in Europe on the Legal Status of Advance Directives and Medical Decision-making with Respect to Incompetent Patient (‘Living-wills’)”, *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997, pp. 179 e ss.

³ A expressão “*living will*” parece ter sido utilizada pela primeira vez no artigo que LUIS KUTNER, jurista em Chicago, publicou no *Indiana Law Journal*, em 1969, que se intitulava “Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal”. *Vid.*, na matéria, KENIS, Yvon (2003a), “Testamento de Vida” in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 622, e ROBERTSON, John A. (2001), “Second Thoughts on Living Wills” in *Medical Law and Ethics* (coord.: Scheila McLean), Burlington: Ashgate Publishing Company, pp. 451 e ss.

⁴ KENIS, Yvon (2003a), p. 621.

⁵ Cf. os art.s 2179.º e seguintes do Código Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 473444, de 25 de Novembro de 1966.

⁶ Exactamente por esse motivo alguns autores consideram inapropriada a utilização da expressão “testamentos de vida”. Somos de parecer que se trata verdadeiramente de um “testamento em vida” ou mesmo de “cláusulas testamentárias sobre a vida”. *Vid.*, NUNES, Rui

A outra forma que podem assumir as directivas antecipadas é a nomeação de um procurador de saúde (*durable power of attorney* ou *health care proxy*). Esta nomeação é também feita através de um documento que atribui poderes a um “procurador” para tomar decisões em matéria de saúde em nome da pessoa que o nomeia quando esta deixe de estar em condições de expressar a sua vontade. Por vezes esta nomeação pela pessoa de alguém que tomará decisões por ela encontra-se associada à elaboração de um testamento de paciente⁷.

Desde 1976 – data em que o Estado da Califórnia adoptou o *Natural Death Act* – que vários Estados americanos e diversos países europeus adoptaram legislação que regula uma ou ambas as formas de directivas antecipadas aludidas. Não é esse o caso de Portugal onde apenas existe, com aplicação específica na matéria, o disposto no artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁸, segundo o qual “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”. Em que termos deverá, *de iure constituto*, ser essa vontade atendida? Ou, dizendo de outra forma: Que validade atribuir a um testamento de paciente ou a uma nomeação de procurador de saúde redigidos no nosso País?

(1996), “Humanização na Doença Terminal”, in *Comissões de Ética: Das Bases Teóricas à Actividade Quotidiana*, Centro de Estudos de Bioética: Ponta Delgada, e GAFO, Javier (1999), *Eutanasia y Ayuda al Suicidio*, ‘Mis Recuerdos de Ramón Sampedro’, Bilbao: Desclée de Brouwer, p. 140.

⁷ *Vid.*, na matéria, KENIS, Yvon (2003b), “Procuração com Poderes em Matéria de Saúde” in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 542, e KOCH, Hans-Georg, BERNAT, Erwin, e MEISEL, Alain (1997), “Self-Determination, Privacy, and the Right to Die. A Comparative Law Analysis (Germany, United States of America, Japan)”, *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997, pp. 137 e ss.

⁸ A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997, foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro. Faz portanto e de acordo com o disposto no art. 8.º da Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976, parte integrante do Direito Português.

3. A VALIDADE DO TESTAMENTO DE PACIENTE

Na generalidade das legislações analisadas o testamento de paciente é um documento escrito, redigido por um indivíduo capaz à data da sua assinatura *i.e.*, não menor de idade e não interdito por anomalia psíquica. Nas disposições testamentárias o testador declara que no caso de se encontrar inconsciente ou com anomalia psíquica que o torne incapaz de governar a sua pessoa, deseja receber ou não receber determinado(s) cuidado(s) médico(s).

O testamento pode, portanto, expressar declarações de vontade de sentido diferente: o indivíduo declara que se perder temporária ou definitivamente a capacidade de expressar a sua autonomia consente ou não consente na realização de determinada intervenção ou tratamento.

3.1. O TESTAMENTO DE ACEITAÇÃO DE TRATAMENTO

Neste caso em que o indivíduo declara que consentirá na realização de um determinado tratamento se vier a encontrar-se incapaz para nele consentir, e se tal se verificar, há que atender se o tratamento ou intervenção em questão se mostra indicado, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da Medicina, para o seu tratamento ou cura.

Se se mostrar indicado, então a sua realização não será, em princípio, punida a título de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários⁹. Com efeito, embora o consentimento não seja prestado no momento da realização da intervenção a decisão de a realizar pode fundar-se numa causa de justificação autónoma e excludente da ilicitude: o consentimento presumido.

Segundo o nosso ordenamento jurídico, em regra, uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico apenas pode ser efectuado com o consentimento do paciente, o qual “só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento

⁹ Cf. o art. 156.º do Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 200/82, de 23 de Setembro.

necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”¹⁰. A este consentimento efectivo é, no entanto, equiparado o consentimento presumido que pode ser invocado a título subsidiário, quando não for possível obter a manifestação expressa da vontade do paciente ou esperar por essa obtenção por haver perigo sério para a sua vida ou saúde na demora. Nestes casos a intervenção ou tratamento realizados sem o consentimento actual do paciente não são punidas, se, como determina o número dois do artigo 156.º do Código Penal, o consentimento:

- “a) só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
- b) tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”.

O testamento de paciente nestes casos funciona como uma indicação para o agente no sentido de este poder razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido (o testador) não teria recusado o seu consentimento para o facto se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.

A eficácia justificativa do consentimento presumido radica assim, como salienta MANUEL DA COSTA ANDRADE, na “*vontade hipotética* que é possível referenciar, por mais irracional e incompreensível que ela possa parecer”¹¹. Não obstante esta sua orientação para a vontade hipotética do paciente o consentimento presumido pode “representar o *triunfo da heteronomia sobre a autonomia*”¹² se aquele entretanto tiver alterado as suas intenções – nada impede que o testador, no momento que se aplica o conteúdo do *living will*, se fosse chamado a decidir sobre se consente na realização do tratamento, declarasse que a sua vontade actual já não era a de os receber. Ou seja, que a

¹⁰ Cf. o art. 38.º, n.º 3 do Código Penal.

¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa (2004), “Consentimento em Direito Penal – O Consentimento Presumido”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.ºs 1 e 2 (Janeiro-Junho de 2004), Coimbra, p. 134.

sua verdadeira vontade no momento em que a intervenção está a ser realizada já era outra. No entanto e como referimos, a ilicitude poderá encontrar-se excluída pela invocação pelo agente, do consentimento presumido.

Outra situação possível é aquela em que a intervenção ou tratamento que o testador declara desejar receber no caso de não ser possível obter, ou obter em tempo útil, a sua vontade actual, não se mostra indicado, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da Medicina, para o seu tratamento ou cura. Neste caso o médico não tem o dever de sujeitar o paciente a um encarniçamento terapêutico que considera trazer-lhe maiores riscos e sofrimentos do que benefícios. O médico tem, aliás e pelo contrário, a obrigação deontológica de não prescrever tratamentos supérfluos, fúteis ou inúteis¹³, devendo limitar-se à prestação de cuidados paliativos ao paciente, quando a sua cura e tratamento não se afiguram mais possíveis, que assegurem o respeito do direito deste a morrer em paz e com dignidade¹⁴. Como o direito constitucionalmente reconhecido à protecção da saúde¹⁵ não abrange no seu conteúdo um direito a uma pretensa imortalidade clinicamente sustentada, o desejo do doente de receber meios extraordinários de tratamento embora possa ser tomado em consideração pelo médico no momento em que decide que cuidados prestar-lhe não prevalece sobre a liberdade de prescrição deste¹⁶.

¹² ANDRADE, Manuel da Costa (2004), p. 132.

¹³ Cf. o art. 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, publicado na *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 3/85, Março de 1985, pp. 1 e ss. *Vid.*, sobre esta questão, GRUBB, Andrew (1997), “The Persistent Vegetative State: A Duty (Not) to Treat and Conscientious Objection”, *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997, pp. 157 e ss., e HENDIN, Herbert (1998), *Seduced by Death, Doctors, Patients, and Assisted Suicide*, 2.ª ed. rev., London: W W Norton & Company, pp. 215 e ss.

¹⁴ Este direito encontra-se consagrado, por exemplo, no art. 43.º da Carta dos Direitos do Utente dos Serviços de Saúde elaborada pela Entidade Reguladora da Saúde em Junho de 2005. *Vid.*, sobre o conteúdo deste direito, VESTERGAARD, Jørn (2000), “Medical Aid in Dying under Danish Law: Mainly Regarding Living Wills and Other Forms of Renouncing Life Prolonging Treatment”, *European Journal of Health Law*, vol. 7, n.º 4, Dezembro de 2000, pp. 406 e ss.

¹⁵ Cf. o art. 64.º da Constituição da República.

¹⁶ Cf. os arts 33.º e 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. *Vid.*, sobre este problema, ABIVEN, M., CHARDOT, C., e FRESCO, R. (2000), *Euthanasie, Alternatives et Controverses*, Paris: Presses de la Renaissance, pp. 248 e ss.

3.2. O TESTAMENTO DE RECUSA DE TRATAMENTO

De muito mais difícil solução no plano jurídico-penal são as questões suscitadas pelo testamento de paciente no qual o testador declara que se se encontrar definitiva ou temporariamente incapacitado, recusa a realização do tratamento ou intervenção X ou Y.

A recusa de uma terapêutica imediata ou não imediatamente salvadora pode ocorrer em diferentes situações e ter consequências não apenas para o próprio que a formula, mas também para uma criança *in utero*, para um grupo ou para toda a sociedade. Constituem exemplo de recusas de tratamento relativamente frequentes o não consentimento para a realização de uma cesariana numa situação de urgência (por desrespeitar o “ritual” que algumas culturas associam ao parto), a recusa de terapêuticas consideradas invasivas (como a traqueotomia, a quimioterapia, uma perfusão cutânea), a recusa de alimentação (por anorexia ou por greve de fome), a recusa de uma transfusão sanguínea por motivos religiosos ou, ainda, a recusa de receber uma vacina ou de tratar uma tuberculose.

Iremos centrar-nos neste parecer nos problemas específicos suscitados pelas situações em que a intervenção médica se reflecte apenas no contexto de uma pessoa, ficando pois excluídas as situações de conflito com os direitos ou interesses juridicamente protegidos de terceiros ou da comunidade no seu todo.

Consideraremos, a título de exemplo de situação em que é necessário decidir pela realização ou não de uma intervenção médica, aquela em que se encontra uma Testemunha de Jeová incapaz de manifestar expressamente a sua vontade e que redigiu um testamento de paciente no qual declarou não consentir na realização de transfusões sanguíneas.

Como referimos, estas recusam a “prática terapêutica que consiste na introdução directa de sangue ou seus derivados no sistema circulatório de alguém”¹⁷ por aplicarem a

¹⁷ AUTIERO, A. (2001), “Transfusão de Sangue” *in* *Dicionário de Bioética* (coord.: Salvino Leone, Salvatore Privitera e Jorge Teixeira da Cunha), Vila Nova de Gaia: Editorial Perpétuo Socorro, p. 1091.

prescrição bíblica da proibição do uso de sangue¹⁸ ao plano médico. E recusam-na qualquer que seja a urgência da sua realização para salvar a vida do paciente em causa, quer se trate de hemorragia no parto, de acidente de viação com hemorragia aguda, de leucemia, de hemorragia no aparelho digestivo... Coloca-se assim ao pessoal de saúde e em particular ao médico assistente da Testemunha de Jeová, uma questão ético-jurídica de difícil solução: ou realiza a transfusão sabendo que esta pode não corresponder à vontade real do paciente incapaz de a expressar, ou deixa-o morrer. Em qualquer dos casos sabe que a sua decisão terá sérias consequências na vida futura do paciente.

A questão fundamental que se coloca na matéria é, pois, a de saber se no contexto do Direito português vigente será aceitável a solução segundo a qual estará eticamente justificada por consentimento presumido a transfusão indispensável para salvar a vida de uma Testemunha de Jeová inconsciente ou portadora de doença mental grave, que tenha redigido um *living will* em sentido contrário.

A generalidade dos Autores que se têm pronunciado na matéria no nosso país responde afirmativamente a esta questão, defendendo que o regime privilegiado do consentimento presumido constante do número dois do artigo 156.º opera como via de legitimação de uma transfusão sanguínea urgente para salvaguardar a vida de uma Testemunha de Jeová. O principal argumento que invocam é o de que a ausência de consentimento (o dissentimento) não é actual e logo, não é eficaz.

Questionam, aliás, se a hipotética vontade da Testemunha de Jeová indiciada pelo testamento de paciente que fez, se manteria se ela se encontrasse consciente e capaz de expressar a sua vontade, uma vez que certas situações (o estado vegetativo persistente, a

¹⁸ Cf. Gn., 9, 4, onde se pode ler: “Excepto, somente, que não comereis carne com sangue”, e Dt., 12, 22-23, onde se determina: “Como se come a cabra e o veado, assim comerás tu estas carnes: e o limpo e o imundo se comerá indiferentemente. Guarda-te somente de lhes comer o sangue: porque o sangue lhes serve de alma: e, por isso, não debes comer a alma com a carne”. *Vid.*, ainda, Act., 15, 20, que prescreve: “Mas que se lhes deve somente escrever que se abstenham das contaminações dos ídolos, e da prostituição, e das carnes sufocadas, e do sangue”, e Lev., 17, 10, onde se refere que “Qualquer homem da casa de Israel e dos estrangeiros que peregrinam entre eles, se comer sangue, obstinarei eu o meu rosto contra a sua alma e exterminá-la-ei do seu povo.”.

demência profunda...) que parecem inaceitáveis quando imaginadas podem corresponder a uma “qualidade de vida aceitável” quando vividas¹⁹.

Aquele testamento pode ainda – afirmam – induzir o pessoal de saúde numa presunção errada se tiver sido realizado anos antes do acontecimento que esteve na origem da incapacidade e se a pessoa tiver entretanto alterado a sua vontade não obstante não o ter revogado, ou se os avanços médicos entretanto ocorridos estiverem na origem de uma alteração significativa das circunstâncias inicialmente previstas. Podem, com efeito, aparecer tratamentos que tornem menos dolorosos determinados estados ou que permitam curar patologias antes fatais.

Por todos estes motivos e não sendo possível a comunicação com o paciente para se averiguar se quer ou não realizar a transfusão, consideram dever apelar-se ao princípio ético-jurídico fundamental *in dubio pro vita*. Como sintetiza MANUEL DA COSTA ANDRADE, “(...) só a salvação da vida permite ‘manter em aberto a base da decisão’, contrariando o risco de a perda da vida arrastar consigo a perda irreversível da autonomia. Na certeza de que, a salvar-se a vida e a persistir o conflito com a autonomia, sobrar sempre espaço para a ‘assinatura da liberdade’ (suicídio) de que fala FLETCHER”²⁰.

A realização da transfusão não apenas se encontra, segundo esta corrente doutrinal, justificada por consentimento presumido, como a sua omissão poderia ser punida à luz do disposto no artigo 10.º do Código Penal (“Comissão por acção e por omissão”²¹). Defendem pois ser a omissão do médico de realizar a transfusão em caso de perigo para

¹⁹ *Vid.*, na matéria, KUHSE, Helga (2001), “Some Reflections on the Problem of Advance Directives, Personhood, and Personal Identity” in *Medical Law and Ethics* (coord.: Scheila McLean), Burlington: Ashgate Publishing Company, pp. 438 e ss.

²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa (2004), p. 145.

²¹ Dispõe este artigo que:

“1. Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se for outra a intenção da lei.

2. A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3. No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.”

a Testemunha de Jeová considerada penalmente ilícita na medida em que sobre ele recaía um dever jurídico que o obrigava a evitar a morte do seu paciente.

Argumentam ainda, a favor da defesa da vida nesta situação, ser punível, nos termos do artigo 134.º do Código Penal o homicídio a pedido da vítima. Norma que também defendem não se aplicar na matéria porque, como salienta AUGUSTO LOPES CARDOSO, “só em caso dificilmente configurável é de imaginar que o ‘pedido’ da vítima se traduza em ‘pedido instante’ quando gizado em documento anterior ao evento que se previu como devendo determinar a morte”²².

Segundo esta corrente doutrinal a não realização da transfusão em caso de perigo para a vida do paciente incapaz de expressar a sua vontade actual pode ser punida a título de homicídio beneficiando, quando muito, do regime do homicídio privilegiado previsto no artigo 133.º do Código Penal.

Atribuem, portanto, aos testamentos de paciente apenas um valor indiciário – são apenas um elemento a que se pode recorrer, entre outros, para determinar a vontade do paciente, não determinando a sua não consideração, *de per se*, responsabilidade penal do médico²³. Como sintetiza JOÃO LOUREIRO: “se o médico tiver conhecimento de eventuais alterações de vontade tem de tomar em consideração a última vontade; também se resultarem dúvidas deve decidir-se pela vida (*in dubio pro vita*)”²⁴.

Outra corrente doutrinal, ainda que minoritária, defende que no contexto do Direito Português vigente existem fundadas dúvidas quanto à bondade da solução segundo a

²² CARDOSO, Augusto Lopes (2005), “Eutanásia e Suicídio Assistido” in *Estudos de Direito da Bioética* (coord.: José de Oliveira Ascensão), Coimbra: Almedina, p. 250. *Vid.*, no mesmo sentido, BRITO, António José dos Santos Lopes de, e RIJO, José Manuel Subtil Lopes (2000), *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal, Direito sobre a Vida ou Dever de Viver?*, Coimbra: Almedina, p. 122

²³ *Vid.*, neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo (1999), “Homicídio” in *Código Penal*, t. I (coord.: Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra Editora, p. 14, e RODRIGUES, João Vaz (2001), *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 369.

qual se encontra justificada por consentimento presumido a transfusão de sangue indispensável para salvar a vida a uma Testemunha de Jeová inconsciente ou com grave doença mental. Para chegarem a esta conclusão prescindem do aludido requisito clássico do consentimento: a sua actualidade.

Assim, AUGUSTO SILVA DIAS interpreta o artigo 156.º do Código Penal como proibindo “as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos contra ou sem a vontade (livre e consciente) do paciente (antes ou depois da perda de consciência)”²⁵. Logo, se o paciente (a Testemunha de Jeová) recusar livre e conscientemente um tratamento (a transfusão de sangue), ainda que com riscos graves para a sua saúde ou vida, a posição de garante do médico, que era instrumental em relação à protecção dos bens jurídicos vida e saúde do paciente, cessa. O médico deixa pois de se encontrar vinculado a um especial dever de agir para evitar a morte do paciente, pois de contrário impor-lhe-ia um tratamento não desejado, praticando o crime previsto no aludido artigo, o 156.º.

De igual modo RUI NUNES considera que “existe uma diferença assinalável entre aquele doente que, alguma vez, por qualquer meio, exprimiu a sua opinião sobre este assunto, e aquele que nunca o fez”²⁶, reconhecendo a validade da presunção de que o doente se estivesse consciente recusaria a intervenção.

Em sentido semelhante ANDRÉ PEREIRA escreve, aludindo ao consentimento e ao dissentimento, que “se é verdade que ambos são revogáveis a qualquer momento, não parece que devamos entender que o estado de inconsciência cria uma presunção no sentido da revogação da opinião anteriormente expressa”²⁷. Pelo contrário – preconiza – “*de jure condito*, o médico deverá, *prima facie*, respeitar as orientações do paciente ou

²⁴ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1994), “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico”, *Cadernos de Bioética*, n.º 8, Dezembro de 1994, Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bio-Ética, p. 42.

²⁵ DIAS, Augusto Silva (2005), *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 32. No mesmo sentido cf. LOPES-CARDOSO, Álvaro (1986), *O Direito de Morrer, Suicídio e Eutanásia*, Mem Martins: Publicações Europa-América, pp. 100-101.

²⁶ NUNES, Rui (1993), “Dimensão Ética na Abordagem do Doente Terminal”, *Cadernos de Bioética*, n.º 5, Dezembro de 1993, Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bio-Ética, p. 24.

²⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 246.

do seu representante *ad hoc*”²⁸ devendo-se “acolher a autonomia precedente, visto que o paciente está numa situação de inconsciência”²⁹.

Exactamente por o indivíduo se encontrar inconsciente ou incapaz de expressar de forma autónoma a sua vontade real e efectiva, parece-nos que o problema da validade das cláusulas contidas num testamento de paciente não poderá ser resolvido apenas ao nível da doutrina penalista do consentimento. Que o consentimento da Testemunha de Jeová não é actual, no sentido em que não pode ser obtido no momento em que a realização da transfusão se impõe para lhe salvar a vida, não nos oferece dúvida. Que não é possível determinar com exactidão qual seria a sua real e efectiva vontade se fosse possível comunicar, de forma livre, séria e autónoma, também não é para nós objecto de dúvida.

Como é impossível saber se a Testemunha de Jeová no preciso momento em que se coloca a questão de realizar a transfusão quer ou não a sua realização, parece-nos que a questão não pode ser resolvida apenas no plano do Direito Penal, por apelo ao requisito “actualidade” do consentimento ou em que termos o mesmo deve ser entendido (é actual o consentimento prestado há uma semana, há um mês, há um ano?).

Não estabelecendo a nossa ordem jurídico-constitucional uma hierarquia entre os direitos protegidos, também não nos parece que os conflitos eventualmente existentes entre os bens jurídicos vida e integridade pessoal, por um lado, e liberdade e autonomia, por outro, se possam solucionar sempre a favor da vida.

Parece-nos sim que a solução terá de ser encontrada, caso a caso, através de um esforço de concordância prática dos direitos fundamentais e interesses juridicamente protegidos em conflito. Regressaremos a esta questão após analisarmos, nas suas linhas gerais, uma outra: a da validade da nomeação de um procurador para cuidados de saúde.

²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), pp. 251-252. *Vid.*, em sentido próximo, SÁ, Fernando Oliveira (1993), “Eutanásia e ... ‘Testamento Biológico’” in *Colóquio sobre Eutanásia*, Lisboa: Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, p. 372.

²⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), p. 252.

4. A VALIDADE DA NOMEAÇÃO DE UM PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE

O problema da actualidade do consentimento coloca-se também nesta forma de directiva antecipada de vontade. Pode, com efeito, sempre questionar-se se, no momento em que o procurador de cuidados de saúde declara não ser vontade da Testemunha de Jeová receber uma transfusão sanguínea, se essa declaração corresponde à vontade real, efectiva e actual da pessoa incapaz de comunicar com o pessoal de saúde. A análise deste ponto não nos parece ser significativamente diferente do da actualidade do consentimento no âmbito do testamento de paciente, pelo que remetemos para o acima dito.

Outra questão que aqui se coloca e que é específica desta forma de directiva antecipada de vontade é a de saber se, *de iure constituto*, é admissível a representação voluntária em matéria de consentimento para a realização de tratamentos e intervenções médico-cirúrgicos.

Parte da Doutrina considera que não o é, atento o carácter pessoal e intransmissível dos poderes jurídicos relativos aos direitos de personalidade, que implica como sublinha RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, o “seu normal exercício pelo respectivo titular”³⁰ e a insusceptibilidade “de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico”³¹. Logo, quer o exercício destes poderes se traduza no mero e directo gozo dos bens da personalidade humana (a vida, o corpo, a liberdade, a honra) através da produção de factos jurídicos não negociais, quer se traduza na celebração de negócios jurídicos que introduzam limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade³², devem ser entendidos como “negócios jurídicos pessoais insusceptíveis de representação voluntária, dada a inerência dos correlativos direitos de personalidade à pessoa do seu titular”³³.

³⁰ SOUSA, Rabidranath V. A. Capelo de (1995), *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 403.

³¹ SOUSA, Rabidranath V. A. Capelo de (1995), p. 402.

³² Celebrados ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 81.º do Código Civil.

³³ SOUSA, Rabidranath V. A. Capelo de (1995), p. 403.

No mesmo sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE qualificando a concordância do paciente como “um acordo-que-exclui-a-tipicidade”³⁴ preconiza que “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma *liberdade pessoal* que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante”³⁵. Segundo esta posição doutrinal apenas se admite, portanto, no que concerne aos poderes jurídicos relativos aos direitos de personalidade, a possibilidade de representação legal.

Outra corrente doutrinal, mais recente, é a defendida por JOÃO LOUREIRO e ANDRÉ PEREIRA. Entende o primeiro destes Autores poder enquadrar-se, por analogia, a noção de um procurador de cuidados de saúde na disciplina civilista do instituto da procuração. Assim sendo, esta nomeação constitui “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”³⁶.

De igual modo ANDRÉ PEREIRA partindo do entendimento do consentimento para tratamentos médicos como uma “autorização para a realização de uma acção fáctica, que deve ser qualificada como um acto jurídico *stricto sensu*, de natureza quase negocial”³⁷, defende que satisfeitos determinados requisitos formais e substanciais se pode “avançar paulatinamente no reconhecimento desta faceta da personalidade humana”³⁸ que é a “autodeterminação preventiva e a delegação do exercício dos direitos de personalidade”³⁹.

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa (1999), “Intervenções e Tratamentos Médico-cirúrgicos Arbitrários” in *Código Penal*, t. I (coord.: Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra Editora, p. 381.

³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa (1999), p. 383. No mesmo sentido, referindo-se no entanto ao Direito Inglês, cf. BIGGS, Hazel (2001), *Euthanasia, Death with Dignity and the Law*, Oxford: Hart Publishing, pp. 92-93.

³⁶ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1994), p. 41.

³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), p. 250.

³⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), p. 251.

³⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), p. 251.

É também esta a posição por nós adoptada: se o Direito vigente em Portugal admite o regime de representação legal em matéria de direitos de personalidade, o recurso à procuração para efeitos de celebração do casamento⁴⁰ e de perfilhação⁴¹, porque não o há-de admitir no que concerne a outros actos também pessoais e livres, nomeadamente em matéria de prestação de cuidados de saúde? Não nos parece contrariar o princípio da unidade do ordenamento jurídico que alguém (por exemplo, uma Testemunha de Jeová), atribua a outrem (o seu procurador de cuidados de saúde) voluntariamente, poderes de representação em matéria de recusa de realização de uma transfusão sanguínea se se encontrar em estado de incapacidade. Afigura-se-nos no entanto essencial que o conteúdo da procuração seja preciso, claro e inequívoco, delimitando com exactidão os poderes que competem ao procurador e a cujo exercício corresponderá a produção de efeitos jurídicos na esfera do paciente.

O problema fundamental para nós nesta matéria – a validade da nomeação de um procurador de cuidados de saúde – continua a ser o da não satisfação do requisito da actualidade do consentimento prestado pelo paciente. Atenta a referida impossibilidade de o solucionarmos consideramos que apenas podemos contribuir para a resposta à pergunta relativa à validade das directivas antecipadas de vontade no nosso ordenamento jurídico, através da ponderação dos direitos, interesses e valores que se podem encontrar em conflito numa situação em que tenha sido feito um testamento de paciente e/ou nomeado um procurador de cuidados de saúde.

5. A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS EM CONFLITO

É assim necessário recorrer ao princípio da harmonização ou da concordância prática para encontrar uma solução de equilíbrio entre os direitos fundamentais eventualmente em conflito: o direito à vida, o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, o direito à organização da própria morte, o direito à liberdade de consciência e de religião e o direito a morrer em paz e com dignidade.

⁴⁰ Cf. o art. 1620.º do Código Civil.

⁴¹ Cf. o art. 1849.º do Código Civil.

5.1.O DIREITO À VIDA

Direito prioritário de cada ser humano, dado que o dano da morte é o dano mais grave e irreversível que lhe pode ser causado, o direito à vida consagrado no artigo 24.º da Constituição da República, apresenta uma dimensão negativa e uma dimensão positiva.

Significa assim e desde logo o direito a não se ser morto, constituindo expressões deste direito a proibição do homicídio⁴², ainda que a pedido da vítima e a proibição da pena de morte⁴³. Associado ao direito a não se ser privado da vida encontra-se ainda o direito à protecção e ao auxílio em caso de grave necessidade que ponha em perigo a vida⁴⁴. O bem jurídico vida humana é pois e em regra⁴⁵ indisponível para terceiros, impondo-se, como sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “contra todos, perante o Estado e perante os outros indivíduos”⁴⁶. Jurídico-constitucionalmente não existe, portanto, um direito ou dever de matar.

O direito à vida assume ainda um conteúdo positivo que se traduz no direito à sobrevivência *i.e.*, no direito a dispor das condições de subsistência mínimas.

Quanto ao problema de saber se este direito implica um dever de viver tende a entender-se que não. Com efeito e como refere MANUELA VALADÃO E SILVEIRA ainda “ninguém demonstrou que o dever constitucional de protecção da vida se imponha ao próprio titular”⁴⁷. O bem jurídico vida é disponível para o próprio titular situando-se o suicídio consciente e livre num espaço vazio de direito, pelo que não configura um acto ilícito.

⁴² Cf. os art.s 131.º e seguintes do Código Penal.

⁴³ Cf. o art. 24.º, n.º 2, da Constituição da República.

⁴⁴ Cf. o art. 200.º do Código Penal.

⁴⁵ Não é, por exemplo, punível a lesão do bem jurídico vida em caso de legítima defesa ou de estado de necessidade desculpante. Cf. os art.s 32.º e 35.º do Código Penal. Cf., na matéria, MELO, Helena Pereira de (2001), “Comentário” in *Tempo de Vida e Tempo de Morte, Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, pp. 131 e ss.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital (1993), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, p. 174.

⁴⁷ SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata Valadão e (1997), *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, 2.ª ed. rev., Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 63. *Vid.*, no mesmo sentido, BELEZA, Teresa Pizarro (1983), *Direito Penal*, vol. 2, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 295.

No entanto e como salienta aquela Autora, a “circunstância de o suicídio não ser um acto ilícito está muito longe de permitir concluir que se traduza num direito”⁴⁸, constatando-se apenas “uma ‘tolerância’ da ordem jurídica relativamente ao suicídio *desde que efectuado sem intervenções alheias que contribuam para a sua promoção*”⁴⁹. Se essas intervenções existirem estaremos perante o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio⁵⁰, pelo que o direito à vida não abrange no seu conteúdo o direito a exigir a provocação da morte por parte de outrem.

Conclui-se assim que a Testemunha de Jeová que se encontra numa situação de incapacidade e carece de uma transfusão de sangue para que lhe seja salva a vida é titular do direito à vida no sentido de não ser dela privada. Não pode, pois, ser morta pelo médico e restante pessoal de saúde que a assiste.

Se entendermos o suicídio como acto responsável e livre de disposição da vida pelo e para o próprio titular, concluiremos que não se pode suicidar. Atento o seu estado de inconsciência ou demência profunda também não nos parece fazer qualquer sentido aludir a um pretensão e aliás inexistente dever de viver.

A única questão que se coloca na matéria é a de saber se existe um dever de socorro ou de auxílio do médico à Testemunha de Jeová por esta se encontrar em perigo de vida. Como referimos parte da Doutrina defende manter-se a posição de garante do médico não obstante as directivas antecipadas de vontade indicarem no sentido de que o paciente se consciente e capaz recusaria a transfusão, enquanto outra parte da Doutrina considera que essa posição de garante cessa por o paciente haver recusado, livre e conscientemente, naquelas directivas, a transfusão.

Como também dissemos o problema que aqui se coloca e que é insolúvel é o das consequências a atribuir à falta de actualidade do consentimento para a transfusão – opera ela no sentido de nos levar a concluir que a vontade da Testemunha permanece ou não inalterada? Como também referimos não existe uma hierarquia entre os direitos

⁴⁸ SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata Valadão e (1997), p. 73.

⁴⁹ SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata Valadão e (1997), p. 73.

⁵⁰ Cf. o art. 135.º do Código Penal.

constitucionalmente consagrados que permita dar uma prevalência automática ao respeito pelo direito à vida com sacrifício integral do conteúdo do direito que a seguir consideraremos: o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde.

5.2.O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

O reconhecimento deste direito de última geração em diversos textos nacionais⁵¹ e internacionais⁵² constitui uma das mais importantes dimensões da protecção da integridade pessoal e da liberdade do indivíduo, na medida em que através do seu exercício este consente ou recusa a prestação de cuidados de saúde que lhe é proposta pelo médico. Ao afastar a possibilidade de qualquer tratamento coercivo o exercício deste direito à livre determinação da pessoa sobre o seu corpo assegura a protecção do bem jurídico liberdade de “dispor do corpo e da própria vida”⁵³. A defesa desta liberdade pessoal implica, portanto, que um tratamento ainda que seja medicamente indicado, seja qualificado como uma agressão ilícita se a pessoa nele não consentir.

Configura pois um crime de intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário a transfusão de sangue realizada contra a vontade de uma Testemunha de Jeová, que se encontre capaz de exercitar pessoal e autonomamente o seu direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, mesmo que seja indispensável para salvar a sua vida.

Como salienta, na matéria, PAULA RIBEIRO DE FARIA, o legislador no crime contra a autodeterminação do paciente previsto no artigo 156.º do Código Penal, “procedeu ele próprio a uma hierarquização de interesses onde mais alto do que a própria vida fala a

⁵¹ Cf. o art. 30.º da Carta dos Direitos do Utente dos Serviços de Saúde, adoptada pela Entidade Reguladora da Saúde, em Junho de 2005, e o ponto 8.º da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes adoptada pela Direcção-Geral da Saúde em 1998.

⁵² Cf. o art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Cf., na matéria, GEVERS, Sjeff (1997), “Patient Involvement with Non Treatment Decisions”, *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997, pp. 148 e ss.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo (1973), “O Problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica” in *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teológico-Morais e Jurídicos*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, p. 33.

autodeterminação da pessoa”⁵⁴. Logo, se o paciente “não pretende sujeitar-se a uma intervenção, e qualquer que seja o motivo ou fundamento invocado (que em concreto pode ser nenhum), o médico terá que respeitar essa decisão e omitir quaisquer tratamentos sob pena de ter que assumir o risco da responsabilidade penal”⁵⁵.

Deste modo ao recusar a transfusão de sangue, obedecendo ao prescrito pela Lei do Sangue, lei hebraica retomada em 1945 pelas Testemunhas de Jeová, o paciente exercita a dimensão negativa da sua liberdade face a tratamentos médicos arbitrários – a sua recusa de consentir na realização da transfusão deve ser entendida não como expressão de uma vontade de morrer, mas sim como uma liberdade face à Medicina.

A recusa deste tratamento concreto não deve ser interpretada pelo pessoal de saúde como uma recusa de prestação de outros cuidados. Com efeito, a Testemunha de Jeová é também titular do direito a receber cuidados apropriados ao seu estado de saúde⁵⁶, podendo estes consistir na administração de sucedâneos de sangue ou apenas de determinados componentes do sangue.

Se é fundamental para a saúde (entendida na esteira da Organização Mundial de Saúde não apenas como ausência de doença, mas como o alcançar do bem-estar físico, psíquico e social) da Testemunha de Jeová não ser sujeita a transfusão de sangue, ainda que autóloga, mas sim a tratamentos alternativos, parece-nos que, em nome da igualdade material que deve existir entre os cidadãos portugueses e em respeito ao seu direito à protecção da saúde, lhe deve ser assegurado o acesso a esses tratamentos.

Alguns destes tratamentos alternativos à transfusão são mais caros do que a transfusão de sangue, o que leva determinados Autores a rejeitar que sejam propostos às Testemunhas de Jeová, por originarem um aumento das despesas do Estado com a

⁵⁴ FARIA, Maria Paula Ribeiro de (1998), “‘A Lei do Sangue’ – Ou o Conflito entre o Respeito pela Autonomia da Pessoa e a Defesa da Vida e da Integridade Física”, *Direito e Justiça*, vol. XII, t. 1, 1998, Lisboa, p. 263.

⁵⁵ FARIA, Maria Paula Ribeiro de (1998), p. 263.

⁵⁶ Cf. o art. 27.º da Carta dos Direitos do Utente dos Serviços de Saúde, e o Ponto 3.º da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes adoptada pela Direcção-Geral da Saúde.

prestação dos cuidados de saúde e uma menor eficiência na afectação dos recursos para a saúde que são escassos⁵⁷.

Consideramos no entanto que estamos perante uma situação de discriminação positiva em razão da religião, a favor de um grupo que historicamente foi, no nosso país, discriminado negativamente e marginalizado por professar uma religião diferente da maioria da população⁵⁸. Como tal, se é fundamental para o desenvolvimento livre e harmonioso da personalidade da Testemunha de Jeová o acesso a tratamentos que utilizem sucedâneos do sangue ou componentes isoladas do sangue, constitui dever da comunidade criar as necessárias condições para que possam aceder a esses tratamentos. Com efeito e como questiona SALVULESCU, “o impacto nos cuidados de saúde das crenças dos indivíduos não é um dos preços que a sociedade tem de pagar para assegurar o respeito pela liberdade de consciência e de religião?”⁵⁹.

Pode ainda invocar-se contra o argumento fundado em razões estritamente económicas que as Testemunhas de Jeová tendem, pelo estilo de vida que adoptam (não fumando nem consumindo álcool) a apresentar uma menor probabilidade de desenvolverem certas patologias e a economizarem os recursos que a comunidade gastaria com o seu tratamento. Consideramos no entanto que o argumento decisivo nesta matéria não é o económico, mas sim o do respeito pela dignidade de cada pessoa humana, valor fundamental da nossa ordem jurídica, e o da necessidade de serem criadas condições nos diferentes planos (económico, social, cultural) para que possa, dentro dos limites do tolerável, desenvolver como bem entender a sua personalidade⁶⁰.

Mas deve-se ter também em consideração a escassez de recursos que existe na nossa sociedade e a falta de sustentabilidade económica e financeira do Serviço Nacional de Saúde. O que implica não apenas uma profunda reformulação das estratégias

⁵⁷ *Vid.*, neste sentido, SAVULESCU, Julian (1998), “The Cost of Refusing Treatment and Equality of Outcome”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 24, n.º 4, Agosto de 1998, pp. 231 e ss.

⁵⁸ A proibição da discriminação em sentido negativo em razão da religião encontra-se prevista no n.º 2 do art. 13.º da Constituição da República.

⁵⁹ SAVULESCU, Julian (1998), p. 234. A trad. é nossa.

⁶⁰ O direito ao desenvolvimento da personalidade encontra-se reconhecido no art. 26.º, n.º 1 da Constituição da República.

conducentes à materialização do direito à protecção da saúde mas, também, o estabelecimento explícito de prioridades na assistência médica⁶¹. Ou seja, e partindo do pressuposto essencial de que as alternativas terapêuticas à transfusão de sangue passaram pelo crivo da Medicina Baseada na Evidência⁶², o direito de acesso a estas alternativas deve enquadrar-se nos limites dos recursos humanos, tecnológicos e financeiros existentes no sistema público de saúde.

Concluimos assim que se se encontrar consciente e capaz a Testemunha de Jeová pode, no exercício do seu direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde recusar a realização de uma transfusão de sangue, ainda que esta se destine a salvar a sua vida. Se se encontrar inconsciente, uma vez mais não sabemos em que sentido exercitaria, se o pudesse, esta sua liberdade de dispor do corpo e da vida.

Parece-nos, no entanto, que o problema tem de ser equacionado considerando ainda uma outra sua liberdade que é fundamental para saber se, naquele caso concreto e relativamente aquela pessoa concreta, deve ou não ser realizada uma transfusão: a liberdade de consciência e de religião.

5.3.O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A decisão de uma Testemunha de Jeová de não realizar uma transfusão sanguínea constitui, na generalidade dos casos, uma decisão de consciência, tomada no exercício da sua liberdade de consciência constitucionalmente protegida⁶³, da sua “faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria e alheia”⁶⁴.

⁶¹ NUNES, Rui (2005), *Regulação da Saúde*, Porto: Vida Económica, pp. 27 e ss.

⁶² De facto, se um determinado tratamento não tem evidência clínica comprovada não apenas é discutível a sua utilização na prática clínica quotidiana como não deve estar inserido no pacote básico de saúde. Ver a este propósito NUNES, Rui (2003), “Evidence-Based Medicine: A New Tool for Resource Allocation?”, *Medicine, Health Care and Philosophy* 6, n.º 3, pp. 297-301.

⁶³ Cf. o art. 41.º da Constituição da República.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital (1993), p. 243.

Atentas as graves consequências desta decisão para o seu destino, esta decisão é tomada no exercício da liberdade religiosa também protegida pela Lei Fundamental, enquanto – como escreve JÓNATAS MACHADO – liberdade que “os indivíduos utilizarão como bem entenderem, de professar, individual ou colectivamente, em privado ou em público, as próprias convicções, religiosas ou não, sob todas as formas e através de todos os meios, em termos compatíveis com os princípios básicos da justiça e reciprocidade”⁶⁵.

É no exercício desta sua liberdade de actuação conforme as crenças que a Testemunha de Jeová recusa a transfusão. E é no respeito da sua dignidade de pessoa humana “livre de crer ou não, na divindade, no sobrenatural, no transcendente, nos princípios básicos de uma religião determinada, de adoptar ou não, uma visão mais ou menos compreensiva do mundo, que responda às suas questões últimas sobre o sentido da vida”⁶⁶, que os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar essa decisão, desde que ela seja informada e livre.

Informada no sentido de, como refere GUILHERME DE OLIVEIRA, serem dados ao paciente os elementos informativos relevantes que “serão, pelo menos, aqueles que uma pessoa média, no quadro clínico que o paciente apresenta, julgaria necessários para tomar uma decisão”⁶⁷. Parece-nos também que a Testemunha de Jeová deverá ser informada sobre aspectos não médicos mas que podem influir na sua decisão de se manter ou não fiel a uma lei que constitui parte da “argamassa” que assegura a coesão do grupo religioso a que pertence, a aludida Lei do Sangue. Deve assim ser informada sobre a rejeição por parte das Testemunhas de Jeová de participarem nos programas de vacinação quando estes se iniciaram e de receberem transplantes de órgãos, questões hoje remetidas para o foro da consciência individual dos fiéis⁶⁸.

⁶⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes (1996), *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva, Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 222.

⁶⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes (1996), p. 221.

⁶⁷ OLIVEIRA, Guilherme de (2005), *Temas de Direito da Medicina*, vol. 1, 2.^a ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, p. 67.

⁶⁸ *Vid.*, na matéria, MURAMOTO, Osamu (1998), “Bioethics of the Refusal of Blood by Jehovah’s Witnesses: Part 1. Should Bioethical Deliberation Consider Dissidents’ Views?” *Journal of Medical Ethics*, vol. 24, n.º 4, Agosto de 1998, pp. 223 e seguintes.

Livre, no sentido de ser uma decisão não sujeita a coacção, não motivada pelo receio do isolamento subsequente a uma eventual transfusão, uma vez que quase sempre os seus familiares e amigos próximos são também Testemunhas de Jeová. Se a recusa da transfusão consistir numa decisão livre, responsável, esclarecida, consciente, a concordância prática entre os bens e direitos constitucionalmente protegidos em confronto, pode conduzir ao sacrifício (sempre integral) do bem jurídico vida humana.

6. Considerações Finais

Se não se tratar de uma decisão consciente e existir uma directiva antecipada de vontade no sentido de recusar a transfusão sanguínea, parece-nos que apenas caso a caso, se poderá chegar a uma adequada ponderação dos bens éticos e jurídicos em presença.

Se o documento (testamento de paciente ou de nomeação de procurador de cuidados de saúde) for recente, o seu conteúdo inequívoco, e o médico assistente enquanto pessoa que se encontra numa posição privilegiada para interpretar a vontade do paciente confirmar ser esta a posição que corresponde ao projecto de vida da Testemunha de Jeová, parece-nos que os desejos manifestados por esta devem ser atendidos⁶⁹. Atentas as consequências que associa, no plano espiritual, à realização da transfusão, constituiria uma violência impor-lhe uma vida que não deseja, não corresponde à imagem que de si faz e que quer que os outros dele tenham⁷⁰.

⁶⁹ No sentido de ser reconhecido, nesta matéria, um “espaço de discricionariedade” ao médico assistente, FERNANDO BRONZE escreve que “este conhece melhor do que ninguém a pessoa do doente e o cariz da doença (encontrando-se assim numa situação privilegiada para valorar um hipotético ‘testamento de moribundo’ que aquele tenha feito lavrar) – isto é, o caso clínico que lhe compete decidir (...)”. Cf. BRONZE, Fernando José (1994), *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 204.

⁷⁰ Vid., sobre este ponto, DWORKIN, Ronald (1998), “Do We Have a Right to Die?” in *Last Rights, Assisted Suicide and Euthanasia Debated* (coord.: Michael M. Uhlmann), Washington d. C.: Ethics and Public Policy Center, pp. 82 e ss., e DUBLER, Nancy Neveloff (1995), “The Doctor-Proxy Relationship: The Neglected Connection”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 5, n.º 4, Dezembro de 1995, Baltimore: The John Hopkins University Press, pp. 302-303.

Com efeito, se o compromisso ético e existencial da Testemunha de Jeová para com a sua religião implica que não realize uma transfusão de sangue, o compromisso de outras pessoas com os respectivos sistemas éticos e religiosos implica que recusem a realização de transplantes de rosto ou de válvulas cardíacas de origem porcina, apesar de tecnicamente exequíveis e de poderem contribuir para a sua vida e/ou saúde. Essencial parece-nos, numa sociedade em que todos somos livres e credores de igual respeito, é que todos possamos tomar as nossas decisões de consciência nomeadamente em matéria de organização da nossa própria morte, por forma a que esta se insira no sentido que quisemos dar à nossa vida.

Afigura-se-nos pois importante que se proceda à adopção de legislação específica em matéria de directivas antecipadas de vontade quaisquer que sejam as formas que se admita que estas podem assumir⁷¹. Que se defina a capacidade indispensável para a sua redacção⁷², outros requisitos substanciais e também formais⁷³ a que a mesma deve

⁷¹ A adopção desta legislação é aliás 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, adoptada pela Assembleia Parlamentar em 25 de Junho de 1999.

⁷² A capacidade para consentir é reconhecida, em Direito Penal, a partir dos 14 anos, enquanto que, no Direito Civil, o momento da aquisição da capacidade jurídico-negocial se situa nos 18 anos, ou excepcionalmente nos 16, sempre que o menor se emancipe pelo casamento. Atenta a gravidade das eventuais consequências da elaboração de uma directiva antecipada de vontade parece-nos que a capacidade para a mesma se deve situar nunca antes dos dezoito anos. Embora o menor, se se encontrar consciente e tiver capacidade de discernimento suficiente para entender aquilo em que está a consentir, possa recusar uma transfusão de sangue a partir dos 14 anos, parece-nos que se se encontrar inconsciente deve operar o princípio *in dubio pro vita*, até atingir os 18 anos. A exigência da maioridade para a elaboração de uma directiva antecipada de vontade consta, por exemplo, do art. 4.º da *Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente*, adoptada pela Comunidade de Madrid; do art. 5.º da *Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes*, adoptada pela Comunidade Autónoma da Galiza, do art. 30.º da *Ley 8/2003, de 8 de Abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud*, adoptada pelas Cortes de Castela e Leão, e do art. 3.º da *Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud*, adoptada pelas Cortes de Castilla-La Mancha. Esta exigência é também feita no *Oregon Death with Dignity Act*. Vid., na matéria, HEDBERG, Katrina (2006), “Physician-Assisted Suicide in Oregon: 1997-2002” in *Bioethics: Frontiers and New Challenges* (coord.: Paulo Zagalo e Melo), Cascais: Principia, pp. 97 e ss.

⁷³ Parece-nos que pode, por exemplo, ser feita por escrito perante um notário ou três testemunhas, à semelhança do que é preconizado pelo art. 5.º da *Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en Matéria de la propia salud*, adoptada pelas Cortes de Castilla-La-Mancha; do art. 18.º da *Ley 5/2003 de 4 de Abril, de Salud de las Illes Balears*; do art. 6.º da *Ley 2/2002, de 17 de Abril, de Salud, da Comunidade Autónoma da*

obedecer, o prazo da sua validade⁷⁴, as normas a que obedece a revogação da vontade nelas consignada⁷⁵.

Esta legislação na medida em que permita com clareza definir em que termos pode uma pessoa exercer a sua “autonomia prospectiva” em matéria de prestação de cuidados de saúde contribuiria decisivamente para um maior respeito de um direito essencial para que a Medicina seja sempre uma Medicina de rosto humano: o direito a morrer em paz e com dignidade.

5 de Maio de 2006
Aprovado pela Assembleia-Geral da Associação Portuguesa de Bioética

Rioja; do art. 15.º da *Ley 6/2002, de 15 de Abril, de Salud de Aragón*; do art. 34.º da *Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria*; do art. 8.º da *Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica*, adoptada pela Comunidade Autónoma de Catalunha, e do art. 9.º da *Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica*, adoptada pela Comunidade de Navarra. Cf., sobre este ponto, MÉJICA, Juan, e DÍEZ, José Ramón (2006), *El Estatuto del Paciente A Través de la Nueva Legislación Sanitaria Estatal*, Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 135 e ss.

⁷⁴ Este prazo poder-se-ia situar, como sucede em França, em três anos. Cf. o art. L 1111-11 do *Code de la Santé Publique*, na redacção que lhe foi dada pelo art. 7.º da *Loi n.º 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*.

⁷⁵ Parece-nos que essa revogação não deveria obedecer a qualquer formalidade e deveria poder ser feita a qualquer momento. É esta a solução consagrada no art. 17.º da *Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana*, no art. 8.º da *Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada*, no art. 21.º da *Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente*, adoptada pela Comunidade Autónoma de Estremadura; no art. 7.º da *Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad*, adoptada pela Comunidade Autónoma da Rioja; no art. 7.º da *Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente*, adoptada pela Comunidade de Madrid, e no art. 11.º da *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. A possibilidade de revogação em qualquer momento das directivas antecipadas encontra-se também prevista no art. L 1111-11 do *Code de la Santé Publique*, na redacção que lhe foi dada pelo art. 7.º da *Loi n.º 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, e no art. R 1111-18 do *Code de la Santé Publique*, na redacção que lhe foi dada pelo art. 1.º do *Décret n.º 2006-119 du 6 février 2006 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n.º 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires)*.