



Universidades Lusíada

San-Bento, Mariana Gomes Lalanda

Estado vegetativo persistente : uma proposta de solução legal

<http://hdl.handle.net/11067/6476>

Metadados

Data de Publicação	2021
Resumo	<p>A presente dissertação, alicerça-se na realidade do Estado Vegetativo Persistente (doravante E.V.P.), equacionando-se a possibilidade de uma assimétrica tutela jurídica para o vegetante, seus familiares e credores, quando confrontada com a tutela jurídica reservada ao morto presumido, seus familiares e credores. Propomo-nos aferir da possibilidade de uma personalidade jurídica atípica do vegetante, imposta pela incapacidade de facto, decorrente da irreversível inconsciência e impossibilidade do ...</p> <p>The present dissertation is based on the reality of the Persistent Vegetative State (hereinafter EVP), considering the possibility of an asymmetric legal protection for the vegetant, his family and creditors, when faced with the legal protection reserved for the presumed dead, his relatives and creditors. We propose to assess the possibility of an atypical legal personality of the vegetant, imposed by the de facto incapacity, resulting from the irreversible unconsciousness and impossibility of u...</p>
Palavras Chave	Direito, Direitos de personalidade - Direitos fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana, Estado vegetativo persistente - Eutanásia
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-12-25T20:58:26Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA
CENTRO UNIVERSITÁRIO LUSÍADA - NORTE

Mestrado em Ciências Jurídico-Civilística

ESTADO VEGETATIVO PERSISTENTE
UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO LEGAL

Mariana Lalanda

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientadora: Professora Doutora Sandra Passinhas

Porto

Janeiro de 2022

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Immanuel Kant

Agradecimentos

Acreditamos que a humildade é a base de todas as virtudes e, bem assim, todas as conquistas, por insignificantes que sejam, ou por epopeicas que se imponham, não provêm de um homem só. E no exercício da humildade, impõe-se a gratidão e o reconhecimento daqueles que tornaram este projeto possível.

À Professora Doutora Sandra Passinhas, por me guiar num projeto exequível dotado de rigor científico-jurídico, numa orientação pautada pelo respeito pelos meus valores, contexto profissional e familiar, enaltecendo quer a disponibilidade, quer a eloquência do discurso. Uma orientação reflexa da sobriedade e capacidade de trabalho que declinaram na correção constante e exaustiva em busca da perfeição, sendo que os erros e imprecisões que poderão subsistir, além de tradutores da minha condição humana, serão, sempre e indiscutivelmente, da minha total responsabilidade. Enaltecer ainda a sua hospitalidade e abertura transpondo os nossos encontros para momentos de aprendizagem e descoberta.

Agradecer aos meus avós, Eduarda e João, pelo património de valores e pela capacidade de trabalho que sempre me inculcaram, fazendo-me acreditar que por vezes a utopia é possível. Por me ampararem desde sempre, e pela oportunidade de aceder à educação e formação profissional, sendo intocável o respeito e gratidão por tudo o que me deram, que me acompanhará para sempre e que irrefutavelmente me permitiu aceder ao mundo de oportunidades dos comuns mortais.

Ao meu avô João, cuja ausência me indicou o caminho do mundo do Direito, e cuja presença, ainda que não corpórea, me fez levantar após as inúmeras quedas.

À minha família, pela compreensão e perdão da minha ausência ao longo do meu percurso académico e profissional, sendo cúmplices na prossecução da minha realização pessoal.

Ao Manuel, à Beatriz e à Natacha pela côr que trazem aos meus dias, por cinzento que se levantem.

A todos aqueles com que me cruzei, integrando os seus malogrados processos de doença, com os quais aprendi o real valor da saúde e da vida relativizando todos os demais caprichos mundanos, ansiando até ao meu último suspiro que, de alguma forma, os tenha amparado em angustiante confrontação com a injustiça do Direito Natural.

À Thatiane pelo habitual e incansável apoio.

Índice

Agradecimentos	III
Índice	V
Índice de tabelas	VII
Resumo	VIII
Abstract.....	IX
Palavras-chave	X
Abreviaturas.....	XI
Introdução	1
1. Dignidade da Pessoa Humana.....	5
1.1. Conceito	6
1.2. Direitos Fundamentais	20
2. Morte.....	28
2.1. Conceito e Critérios de Morte.....	28
2.2. Morte presumida	43
3. Personalidade jurídica vs. capacidade jurídica	59
3.1. Conceito e delimitação temporal	60
3.2. Direitos de personalidade	70
3.3. Tutela geral da personalidade	75
4. Estado vegetativo persistente (E.V.P.).....	81
4.1. Noção.....	83
4.2. Diagnóstico	86
4.3. Prognóstico e tratamento	92
4.4. Tutela Jurídica no E.V.P.	97
4.4.1. Eutanásia	98
4.4.2. Diretivas antecipadas de vontade (DAV) - testamento vital.....	114
4.4.3. Regime do maior acompanhado.....	131
4.4.4. Efetiva	146
5. Proposta de tutela jurídica no E.V.P.	167
Conclusão	179
Bibliografia.....	185

Jurisprudência citada	195
Legislação citada	197
Anexos	199

Índice de tabelas

Tabela 1.....	152
Tabela 2.....	157
Tabela 3.....	158
Tabela 4	174

Resumo

A presente dissertação, alicerça-se na realidade do Estado Vegetativo Persistente (doravante E.V.P.), equacionando-se a possibilidade de uma assimétrica tutela jurídica para o vegetante, seus familiares e credores, quando confrontada com a tutela jurídica reservada ao morto presumido, seus familiares e credores. Propomo-nos aferir da possibilidade de uma personalidade jurídica atípica do vegetante, imposta pela incapacidade de facto, decorrente da irreversível inconsciência e impossibilidade do uso da razão daquele. Analisaremos ainda, e confirmando-se aquela atipicidade, se a mesma poderá afastar uma analogia com o regime da morte presumida.

Dissecaremos a materialidade das realidades em apreço e indagaremos da possibilidade da criação de um regime *iure constituendo* se se demonstrar como inviável a analogia com o regime jurídico aplicável ao morto presumido, equacionando-se, ainda, se a existência de uma personalidade jurídica atípica pode afastar a tutela a esta reservada.

A morte, enquanto inevitabilidade da condição humana, determina quer a sua finitude, quer a cessação da personalidade jurídica e seus consequentes efeitos, pelo que, interrogamo-nos da possibilidade destes se despoletarem quando consolidado o E.V.P.. Indagámos ainda, a hipótese de uma personalidade jurídica do vegetante despojada de capacidade de exercício e de gozo de direitos, cuja tutela surge no respeito pelos direitos fundamentais e de personalidade compatíveis com um núcleo essencial da mesma.

Além dos casos previstos na lei de restrição da capacidade jurídica (regime da menoridade e do maior acompanhado), problematizaremos se o indivíduo em E.V.P., clinicamente atestado, consolida-se como uma absoluta e irreversível incapacidade de facto.

Qualquer dilema ético convoca a moralidade e bioética, impondo o respeito pela dignidade da pessoa humana, pela vida, enquanto pressuposto lógico daquela, e pela assertividade imposta pelo Direito. Assim, propomo-nos à busca de conclusões válidas com vista à prossecução de um tratamento justo e equitativo, quando confrontadas as realidades do E.V.P. e do morto presumido no que à tutela jurídica se convoca.

Abstract

The present dissertation is based on the reality of the Persistent Vegetative State (hereinafter EVP), considering the possibility of an asymmetric legal protection for the vegetant, his family and creditors, when faced with the legal protection reserved for the presumed dead, his relatives and creditors. We propose to assess the possibility of an atypical legal personality of the vegetant, imposed by the de facto incapacity, resulting from the irreversible unconsciousness and impossibility of using his reason. We will also analyze, and confirming that atypicality, whether it can remove an analogy with the regime of presumed death.

We will dissect the materiality of the realities in question and ask about the possibility of creating a regime *iure constituendo* if the analogy with the legal regime applicable to the presumed dead is shown to be unfeasible, considering, still, the existence of an atypical legal personality can rule out the protection to this reserved.

Death, as an inevitability of the human condition, determines both its finitude and the cessation of legal personality and its consequent effects, so we wonder about the possibility of these being triggered when the EVP is consolidated. of the vegetative person deprived of the capacity to exercise and enjoy rights, whose protection arises from respect for fundamental and personality rights compatible with an essential core of the same. In addition to the cases provided for in the law of restriction of legal capacity (minority and accompanied adult regime), we will question whether the individual in E.V.P., clinically attested, is consolidated as an absolute and irreversible incapacity in fact.

Any ethical dilemma calls for morality and bioethics, imposing respect for the dignity of the human person, for life, as a logical presupposition of that, and for the assertiveness imposed by the Law. Thus, we propose to search for valid conclusions with a view to pursuing fair and equitable treatment, when confronted with the realities of E.V.P. and the presumed dead in which legal protection is summoned.

Palavras-chave

Estado Vegetativo Persistente, morte presumida, dignidade humana, direitos de personalidade, diretivas antecipadas de vontade, eutanásia, maior acompanhado.

Abreviaturas

Ac. - Ac.

Al. - Alínea

C.C. – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDHBioMed – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina

Cfr. - Conforme

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

C.P.- Código Penal

C.P.C. – Código de Proc. Civil

C.R.C. – Código de Registo Civil

C.R.P- Constituição da República Portuguesa

CSM – Conselho Superior da Magistratura

Cv - Convenção

DAV – Diretivas Antecipadas de Vontade

DRE – Diário da República Eletrónica

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

E.V.P. – Estado Vegetativo Persistente

IAS – Indexante de apoios Sociais

OMS – Organização Mundial de Saúde

p. – página

PCP – Partido Comunista Português

Pgdl - Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa

pp. – páginas

RNCCI- Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados

SS – seguintes

SNS – Serviço Nacional de Saúde

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SVI- Sistema de Verificação de Incapacidades

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRE – Tribunal da Relação de Guimarães

T.C.E. – Traumatismo Crânio-Encefálico

TUE – Tratado da União Europeia

Vol. -Volume

Vs.- Versus

Introdução

A dissertação que aqui ganha forma, surge no âmbito do mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, ministrado pela Universidade Lusíada – Centro Universitário Lusíada-Norte.

Propomo-nos, com a presente dissertação, equacionar a problemática da realidade do E.V.P., de forma a entender se esta poderá ser assumida como causa de extinção da capacidade de exercício e de gozo de direitos. Equacionamos ainda, a possibilidade desta extinção fazer despoletar os efeitos jurídicos da cessação da personalidade jurídica decorrentes da morte real em sintonia com o regime aplicável ao morto resumido.

Num mundo de inigualável avanço tecnológico e científico, surge de forma precisa o diagnóstico diferencial de E.V.P., alicerçado em meios complementares de diagnóstico e avaliações clínicas criteriosas. Assim, a inconsciência e incapacidade de facto do vegetante, assumem-se como incontestáveis ao contrário de uma simples presunção. Nesse entendimento, sempre se equacionará a possibilidade de se despoletarem os efeitos pessoais e patrimoniais da morte, tal como se impõem aquando da declaração judicial de morte presumida (embora, e sem grande relevância prática, neste não ocorra a dissolução do casamento), cuja capacidade jurídica se presume extinta pela presunção da cessação da personalidade jurídica decorrente da, também, presumida morte.

Equacionaremos a hipótese de equiparação de uma total incapacidade de facto do vegetante à presumida cessação da personalidade jurídica do morto presumido, surgindo assim uma proposta de solução legal que, alicerçada naquela equiparação, seja capaz de tutelar condignamente a realidade em apreço, porquanto irrepentinável a consciência e o uso da razão pelo vegetante. Fica ainda salvaguardado o respeito pelos direitos decorrentes da tutela geral da personalidade, impondo-se o apreço pelo corpo que, ainda que incapaz de exercício e de gozo de direitos, é digno de tutela pela manutenção da personalidade jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Justifica-se, para alicerçar dogmaticamente a presente dissertação, um aprofundamento conceptual e teórico que permita o desenvolvimento de um raciocínio dedutivo e crítico-jurídico sobre a realidade que nos propomos indagar.

Começaremos por conceptualizar o princípio da dignidade humana, aludindo aos direitos fundamentais, dela emergentes, sem prejuízo de se fazer distinção entre estes e os direitos humanos.

Conceptualizaremos a morte e decalcaremos os critérios legalmente vigentes para a sua determinação, sem deixar de explanar o regime jurídico da morte presumida.

Prosseguiremos com explanação alusiva à personalidade e capacidade jurídicas, com referência aos seus conceitos e delimitação temporal, impondo-se a referência lógica aos direitos de personalidade e tutela a estes reservada. Identificaremos os direitos de personalidade que compõem o núcleo essencial e irrenunciável da personalidade jurídica do vegetante. Equacionaremos ainda, a possibilidade da extinção da capacidade de exercício e de gozo de direitos em momento anterior à cessação da personalidade jurídica, impondo a autonomização das figuras, fundada na não contemporaneidade e não equiparação daquelas.

Avançaremos com a exposição da realidade do E.V.P., decalcando o seu diagnóstico, prognóstico e tratamento, sem prejuízo de explanarmos a tutela àquele reservada, com referência à figura da eutanásia, aos regimes jurídicos das diretivas antecipadas de vontade, do maior acompanhado e à tutela efetiva do vegetante. Uma exposição crítica conquanto se decalcam os pressupostos objetivos e subjetivos daqueles expedientes jurídicos concluindo, quer pela sua aplicabilidade (ou inaplicabilidade) à realidade em apreço, quer pela eventual precarização da tutela reservada ao vegetante imposta pela desadequação dos mesmos.

Finalmente, e antes de qualquer conclusão, arriscaremos numa proposta de solução legal com vista à tutela jurídica eficaz ao indivíduo em E.V.P.. Uma proposta que, tendo em conta a materialidade da realidade do E.V.P. e do morto presumido, se concretizará, analogicamente ao regime da morte presumida ou numa solução *iure constituendo*.

Ao longo da presente dissertação, apresentaremos os contributos da jurisprudência que, direta ou indiretamente, possam suportar quer um raciocínio dedutivo, quer a elaboração de conclusões válidas, sem prejuízo da dificuldade do amparo de douda fonte jurisprudencial no que concerne à realidade em apreço pela evidente ausência de sistematização.

Após a exposição criteriosa dos conceitos e das realidades em confronto ao longo do presente trabalho, estaremos em condições de concluir sobre o tema central do mesmo, *in casu*, “Estado vegetativo persistente – uma proposta de solução legal”.

Não nos alharemos de concretizar a equidade que a realidade em apreço reclama, impondo-se ainda acautelar o corpo que acolhe a personalidade jurídica, cuja extinção das capacidade de exercício e de gozo de direitos se precipitaram em momento anterior à própria cessação daquela.

Equacionaremos a possibilidade de um regime legal que, em colaboração com o Estado, e imposto pelas obrigações constitucionalmente assumidas por este, acautele devida e condignamente o vegetante. Deve assim ser garantido a este a manutenção dos cuidados de saúde em respeito pelos seus direitos à vida, à saúde, à integridade física e à proteção social, decorrentes da manutenção da sua personalidade jurídica.

É evidente que a tutela jurídica de qualquer ser humano se funda na sua personalidade jurídica e não na sua capacidade de exercício ou de gozo, antecipando-se assim, ainda que subtilmente, a não equiparação entre aquelas. É também em sintonia com tal entendimento que se afirma a necessidade de manter os cuidados ao vegetante, enquanto dotado de personalidade jurídica, cuja tutela se impõe, diferentemente do que acontece com o morto presumido.

Neste contexto, é inevitável a confrontação da tutela jurídica reservada aos sucessíveis, cônjuge ou unido de facto e credores do morto presumido com a tutela reservada aos sucessíveis, cônjuge ou unido de facto, e credores do vegetante.

Assim, e enquanto no regime da morte presumida se presume a cessação da personalidade jurídica, e bem assim a extinção da capacidade jurídica daquela decorrente, no E.V.P. a ausência de capacidade de facto, mais do meramente presumida, surge como factualidade e fatalidade medicamente confirmada e diagnosticamente documentada. Assume-se no vegetante a irreprestinação da suscetibilidade de ser titular de relações jurídicas. Somos por isso do entendimento que, quando a medida da capacidade de exercício e de gozo de direitos é perpétua e irreversivelmente inócua, devem as mesmas assumirem-se como extintas, defendendo-se a sua autonomização em relação à personalidade jurídica, cuja cessação se protela para o momento da morte real do vegetante.

Presumindo-se a inexistência da capacidade de facto, bem como a extinção da capacidade de exercício e da capacidade de gozo de direitos do vegetante¹, indagámos a possibilidade daquelas se autonomizarem da personalidade jurídica, conformando-se esta como garante da justiça material que a realidade convoca e que nos parece, por ora, insuficientemente tutelada quando confrontada com a tutela reservada ao morto presumido.

Aceitando tal presunção, impõem-se as respetivas consequências jurídicas no Direito da Família, no Direito das Sucessões, no Direito das Obrigações. Defende-se assim, quer a dissolução do casamento ou cessação da união de facto, quer a abertura da sucessão do vegetante, antecipando-se a partilha ao momento da morte deste, em respeito pela *ratio* do fenómeno sucessório, com expressão legal no artigo 2024º, nº1 do C.C..

Equacionaremos a possibilidade do chamamento dos sucessíveis do vegetante à titularidade das relações jurídicas patrimoniais transmissíveis deste, e a extinção das relações jurídicas estritamente pessoais, incompatíveis com a ausência da capacidade de facto do mesmo.

Interrogar-nos-emos da possibilidade da efetiva proteção social do agregado familiar do vegetante, pela atribuição das prestações sociais a que estes teriam direito aquando da morte real deste.

Estamos convictos de uma explanação alicerçada na doutrina e na jurisprudência, sem prejuízo dos contributos da ciência, da bioética e da moral. Uma exposição guiada pelo reconhecimento do valor da dignidade humana, do respeito pela autonomia decorrente da personalidade jurídica e do respeito pela igualdade que deve existir desde o nascimento completo, e com vida, até ao momento depois da morte.

¹Relembremos que é insuprível a capacidade de exercício e de gozo relativamente aos direitos pessoais, tais como o direito a casar, perfilhar, testar, entre outros.

1. Dignidade da Pessoa Humana

Neste ponto, conceptualizaremos a dignidade da pessoa humana tomando posição sobre a sua conformação enquanto princípio axial ou como verdadeiro direito subjetivo, sem prejuízo de aludirmos às teorias explicativas daquele conceito. Aceitamos como complexo definir *strictu sensu* a dignidade da pessoa humana, quer pela sua polissemia, quer pela sua dimensão cultural, política, social e jurídica àquela conducente. No entanto, assumimos como exequível delimitar um núcleo mínimo capaz de identificar os direitos decorrentes da dignidade humana e, bem assim, fazer face aos dilemas bioéticos prementes.

Prosseguiremos então com a conceptualização dos direitos fundamentais, aludindo à sua origem, funções e tutela àqueles reservada, enunciando os que, pela sua essencialidade, mais se relacionam com a realidade do E.V.P., mormente o direito à vida, à integridade física, à saúde, ao desenvolvimento da personalidade e à proteção social.

Explanaremos ainda algumas questões bioéticas, decorrentes do respeito pela dignidade humana, com as evidentes consequências jurídicas impostas no respeito pela autonomia e autodeterminação reconhecidos a qualquer ser humano.

A crescente globalização e evolução tecnológica levaram ao desafio constante do conteúdo e limites da dignidade humana, enquanto gradientes das inúmeras questões bioéticas que ecoam pelo mundo, sendo tal premissa mais evidente a partir das barbáries da 2ª Guerra Mundial. Relembramos que, *se as circunstâncias históricas (por exemplo, os genocídios na segunda guerra mundial) explicam o aparecimento de uma reflexão sobre os Direitos do Homem, não são elas, contudo que trazem, ipso facto, a justificação, a legislação e a fundamentação dos Direitos. É, dissemos, a dignidade enquanto dimensão ética do ser humano que está na base desta fundamentação* (Renaud, 1999, p. 141).

Concordamos que a dignidade da pessoa humana funda-se na essência do ser humano e na sua infungibilidade, pelo que, deve o conceito ser percecionado despido de qualquer divindade, assumindo-se a pessoa humana como autónoma e livre de qualquer

crença, num real hino à laicização, capaz de influir no processo de vida/morte enquanto garante da qualidade de vida².

Reconhecemos quer o valor imutável e intemporal da dignidade da pessoa humana, quer o direito à proteção desta, com clara expressão nos vários diplomas legislativos nacionais ou internacionais. A dignidade da pessoa humana surge assim como valor *ius cogens*, concretizando-se como direito natural pela precedência do conceito à própria juridicidade.

São os desafios contemporâneos que impõe um diálogo multicultural de forma a que, no respeito pelas diferentes concepções normativas da pessoa, decorrentes de concepções distintas de dignidade da pessoa humana, se possa antecipar um vetor comum em relação a esta. Alcançaremos um núcleo essencial de direitos fundamentais excluído da livre disposição do legislador, cuja tutela oponível *erg omnes* se defende, concretizando-se a defesa da dignidade humana como limite e tarefa de qualquer Estado de Direito Democrático³.

1.1. Conceito

Etimologicamente, o termo dignidade provém do latim, sendo a palavra *dignitas* entendida como alguém merecedor de honra e estima, porquanto o *substantivo dignitas, com origem etimológica latina da palavra dignidade, significava mérito, prestígio, consideração, excelência, enfim, qualificava o que era digno e que merecia respeito ou reverência. (...). Tinha sempre conotação positiva* (Garcia, 2003, p. 34).

A dignidade da pessoa humana, como conceito polissémico e multicultural, assume-se como valor reconhecido a qualquer ser humano, sendo complexa a sua

² Neste sentido, García Toma, infirma que *los hombres poseen dignidad en virtud de su atributo de humanidad. Dicha noción plantea un elemento constitutivo del ser humano, mínimo, propio, inalienable e invulnerable, que todo ordenamiento constitucional está compelido históricamente a asegurar* (Garcia Toma, 2018, p.14).

³ Antecipa-se a possibilidade da existência de um conceito universal de dignidade da pessoa humana, identificando-se um núcleo comum dotado de um conteúdo mínimo irrenunciável e irrestritível, enquanto conquista civilizacional alicerçada no respeito inabalável pela liberdade e igualdade dos cidadãos impedindo a repristinação dos massacres da história (MC.Crudden, 2008, pp. 931-944).

conceptualização. Reconhece Cabral, aludindo à dificuldade de conceptualização da dignidade, que acontece com esta algo semelhante à conceptualização do tempo, porquanto e nas palavras de Santo Agostinho, referindo-se àquele, *se não nos interrogam, todos sabemos o que é; mal nos perguntam, entramos em dificuldade* (Cabral, 2000, p. 273).

De acordo com o mesmo autor, o conceito de dignidade tem origem em diferentes culturas, sendo que o seu significado atual se aproxima à origem romana do termo, *in casu*, o valor interior do ser humano como superior aos demais seres vivos, evidenciando-se uma conotação sociopolítica e ética.

Pode o conceito da dignidade da pessoa humana aproximar-se de uma abordagem mais livre ou mais racional, consoante as ideologias políticas ou religiosas, justificando-se assim, quer a heterogeneidade do termo, quer a negação da universalidade do mesmo, com os inevitáveis reflexos nos vários instrumentos jurídicos nacionais e internacionais (Cabral, 2000, p. 275).

Concretiza Jorge Miranda que, *não é exatamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana ou em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta a humanidade entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa «baseada na dignidade da pessoa humana», a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos* (Miranda, 1986, p. 132).

Em Portugal, de acordo com alguma doutrina, a dignidade da pessoa humana, além de alicerce do Estado de Direito Democrático reconhecido constitucionalmente, é um direito fundamental (Otero, 2007, p. 563).

Discordamos de Otero, sendo nosso entendimento que a dignidade da pessoa humana impõe-se como valor axial normativo e, bem assim, como denominador normativo comum constitucional e internacional, alicerce de qualquer Estado de Direito Democrático.

A amplitude do conceito, decorrente da sua conformação cultural, impede-o de se constituir como um verdadeiro direito subjetivo, impondo-se como autêntico princípio *ius cogens*. Opomo-nos ainda, que a dignidade da pessoa humana se conforme como um direito fundamental, sendo uma decorrência da condição de qualquer ser humano,

independentemente do seu reconhecimento pelo Estado, insurgindo-se ademais como pilar dos direitos fundamentais, sem prejuízo da sua efetivação depender da tutela por aqueles conferida.

A partir da Constituição de 1976, declara-se expressamente a dignidade da pessoa humana como alicerce de todo o ordenamento jurídico português, plasmando-se no artigo 1º da C.R.P. que *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)*. Assim, a dignidade da pessoa humana concretiza-se como valor máximo constitucional, centro e fim do Direito, impondo-se, jurisprudencial e doutrinariamente, como fonte de direitos, liberdades e garantias pessoais e de direitos económicos, sociais e culturais⁴ (Miranda, 1999, p. 470).

Em homogenia, Teresa Joaquim, refere que assumimo-la como (...) *uma ideia-força que atualmente possuímos e admitimos na civilização ocidental, que é a base dos textos fundamentais sobre Direitos Humanos* (Joaquim, 1999, p. 4), pelo que limitamo-nos a concordar que a dignidade da pessoa humana impõe-se como um verdadeiro e inegável *dever-ser* jurídico (Botelho C. S., 2015, p. 493).

Adotamos uma conceção flexível e mutável da dignidade da pessoa humana, produto da incontestável heterogeneidade cultural, de onde aquela emerge e onde se reflete, impondo-se assim como valor axial de qualquer ordenamento jurídico, sem afastar a sua validade universal e respeito pela igualdade entre os cidadãos⁵.

⁴ Em Ac. do STJ de 29 de novembro de 2016, lê-se em sumário que, os (...) *direitos ao repouso, ao sono e à tranquilidade são emanação dos direitos fundamentais de personalidade, à integridade moral e física, à proteção da saúde e a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, corolários da dignidade humana. Por outro lado, são tarefas fundamentais do Estado a prossecução da higiene e salubridade públicas, o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a efetivação do direito ao ambiente, prevenindo e controlando a poluição e os seus efeitos e promovendo a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana.*

⁵ Prova da validade universal da dignidade da pessoa humana é a sua positivação nos inúmeros diplomas legislativos, dispondo-se no artigo 2º do TUE, que a *União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.*

De facto, *honrar a dignidade humana é fomentar uma cultura de respeito absoluto pela vida humana desde o seu início e até ao seu fim natural*⁶, pelo que bem se compreende a convocação do termo aquando do debate de questões polémicas relacionados com o princípio e fim de vida, como o aborto ou a eutanásia (Serrão, 2010, p. 198).

Somos impelidos a concordar que o conceito assume um sentido ético e ontológico, enaltecendo-se o valor do ser humano não como um meio, mas como um fim em si mesmo, pelo que, Kant, impõe ao indivíduo *age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio* (Kant, 1988, p. 69).

Seguidor dos estoicos, Kant assume a dignidade da pessoa humana como decorrente das capacidades intrínsecas do indivíduo e da sua racionalidade. Aceitando a precedência do ser humano ao próprio Direito, afirma ainda que havendo *alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática* acrescentando ainda que *a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade.* (Kant, 1988, p. 52).

Ou ainda o artigo 5º, nº2 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos que expressamente infirma que *ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.*

Sem deixarmos de transcrever também o artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em que se lê que *todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos.*

⁶ E bem assim, aceita-se a tutela ao vegetante para além da extinção da sua capacidade de exercício e de gozo de direitos, impondo-se aquela até à sua finitude biológica, ainda que não concomitante ou contemporânea daquelas.

Aceitando a autonomia e a racionalidade como pressupostos da dignidade humana, interrogamo-nos da possibilidade desta não ser reconhecida a qualquer ser humano quando, e no caso específico do E.V.P., o indivíduo além de perpetuamente inconsciente seja, ademais, insuscetível do uso da razão.

A propósito do conceito de dignidade da pessoa humana, Giorgio Resta, assume as suas dimensões subjetiva e objetiva. Esclarece o autor que, na concepção subjetivista, a dignidade surge como atributo da liberdade, impedindo a violação daquela por qualquer terceiro. É a liberdade determinante para circunscrever o que é danoso (ou não) para a dignidade de cada um. Contrapondo, e de acordo com a concepção objetivista, a liberdade surge como atributo da dignidade e, bem assim, capaz de ser limitada por terceiros, cuja tutela pelo próprio não poderá ser renunciada⁷ (Resta, 2002).

Se conceptualizarmos a dignidade da pessoa humana de acordo com a corrente atualista, *o valor moral é atribuído às operações em si (pensar, raciocinar, sentir) e para o indivíduo apenas na medida em que ele realiza essas operações* (Cattorini & Reichlin, 1997, p. 263). Impõe-se assim, na esteira de Locke, que o pressuposto da dignidade humana é a consciência biológica e não a sua mera existência. Concretiza-se, deste modo, a concepção comparativa da dignidade no merecimento do respeito pela dignidade proporcionalmente às capacidades, ou estatuto, de cada qual (Locke, 1999, pp. 310-320).

De facto, a origem etimológica latina do conceito de dignidade humana reflete a teoria comparativa, atualmente e predominantemente arredada, sendo dotados de dignidade, todos os seres humanos independentemente das suas habilidades, atributos, défices ou incapacidades.

Em oposição, a teoria igualitária assume que a *dignidade humana, é a dignidade do ser humano: de todo e qualquer ser humano individual e concreto, em qualquer circunstância e em qualquer fase da sua existência, isto independentemente de ser titular de direitos ou encontrar-se adstrito a obrigações*⁸ (Otero, 2007, p. 377).

⁷ Sempre se aceitará a dignidade humana como alicerce de um núcleo essencial de direitos, cujo reconhecimento, e irrestritibilidade manifesta é irrefutável.

⁸ Também se entende que a dignidade é intrínseca ao ser humano, dispensando a autoconsciência ou compreensão da própria existência, alicerçando-se que *um homem continua sendo homem mesmo quando cessa de funcionar normalmente* (Comte-Sponville & Ferry, 1999, p. 126).

Entendemos que, de acordo com esta corrente, deverá ser reconhecido ao indivíduo em E.V.P. a dignidade da pessoa humana, garantindo-lhe a respetiva tutela jurídica num hino à teoria igualitária ou não comparativa da dignidade, alicerçada no personalismo ético⁹.

Tendo em conta que a dignidade da pessoa humana é intrínseca a cada indivíduo, impõe-se a conjugação do preceito com o princípio da universalidade e da igualdade vertidos nos artigos 12º e 13º da C.R.P., com a extensão prevista no artigo 15º daquela lei fundamental. Uma dignidade que, de acordo com o personalismo ético, decorre da condição de ser humano, independentemente de qualquer manifestação extrínseca de comportamentos humanos como a compreensão, a linguagem verbal ou não verbal ou qualquer outra manifestação de consciência.

Parece-nos que, a conceção objetivista da dignidade humana, assume-se mais protecionista, no entanto, tendencialmente desigualitária com a inevitável estigmatização e ulterior restrição da autodeterminação da pessoa.

Concordamos com Mac-Crorie quando afirma que, *o conceito de dignidade se apresenta desvinculado de qualquer conceção mundivisional fechada e heterónoma acerca do sentido existencial e ético da vida, não podendo servir para a imposição constitucional de um qualquer absolutismo valorativo* (Mac-Crorie, 2004, p. 169). Facilmente entendemos, que a autodeterminação pessoal, decorrente da dignidade da pessoa humana, deverá ser concretizada desvinculada de qualquer ideologia política, social, económica ou religiosa, conhecendo apenas as restrições da ordem pública e dos bons costumes, também estas inertes àquelas, sob pena de inversão do raciocínio.

É também a dignidade da pessoa humana que convoca o princípio da responsabilidade e que clama pela primazia daquela face às conquistas tecnológicas que a podem fazer perigar. Neste sentido, lembramos que a evolução científica é própria da humanidade, sendo inegável quer o seu contributo, quer o perigo que dela advém para a própria espécie humana. Impõe-se assim, a ponderação no exercício do poder tecnológico,

⁹ A teoria igualitária ou não comparativa da dignidade humana é acolhida na maioria dos países ocidentais, assumindo-se como uma verdadeira conquista civilizacional.

sem deixar de reconhecer a importância ética deste que não pode esvaziar a essência da humanidade (Jonas, 2006, p. 349).

Em homogenia, enalteçamos que *(à) medida que a ciência transfere para as mãos do Homem poderes antes reservados à fatalidade da natureza, no que respeita ao nascer, viver e morrer, pergunta-se até que ponto estamos autorizados a exercer esses poderes e em que medida aquilo que é tecnicamente possível será eticamente aceitável* (R. Faria em L. Archer, 1996, p. 20). De facto, os avanços tecnológicos nos domínios da biomedicina permitiram alterar, ou pelo menos conformar, o decurso natural do processo de morrer do ser humano.

Não pode o Direito ficar indiferente às evoluções tecnológicas e mutações da sociedade, impondo-se a sua adaptação, sob pena de semantização da tutela jurídica, com as inevitáveis consequências jurídico-constitucionais, sem prejuízo do respeito pela moral e bioética que as diferentes questões clamam.

Na DUDH, verte-se no preâmbulo que, *considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;* enaltecendo-se logo no artigo 1º que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.*

Decorrem em especial do referido diploma os seguintes direitos, que aqui vertemos pelo interesse para a realidade em apreço, *in casu*, o direito à vida, o direito à integridade física e moral (impondo-se a proibição de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes), o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à saúde.

Na mesma fonte internacional, eleva-se o conceito ao valor mais alto, conformando-o como pressuposto e garante de todos os direitos fundamentais reconhecidos a qualquer ser humano. Esclarece-se ainda, no artigo 2.º do TUE, que a União se funda *nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem.*

Alicerçados no artigo 1º da DUDH, que expressamente refere *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência (...)*, assumimos a dignidade da pessoa humana como vetor essencial da igualdade, independentemente da consciência ou capacidade do uso da razão, impondo-se

assim a garantia e promoção dos direitos fundamentais. No entanto, afirma-se naquela fonte internacional, ainda que subtilmente, que é o uso da razão que alicerça a consciência jurídica.

De forma semelhante, Miranda, afirma que *dotados de razão e consciência - eis o que, para além das diferenciações económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. Dotados de razão e de consciência - eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos* (Miranda, 1999, pp. 474-480).

Tomando posição, parece-nos que, não terá Jorge Miranda, com a sua reflexão, pretendido afastar a dignidade daqueles que, por inúmeras factuais e fatalidades, encontram-se despojados de consciência ou do uso da razão quando afirma que *a dignidade justifica a procura da qualidade de vida bem como pressupõe a autonomia vital e autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas* (Miranda, 1999, p. 477).

Sempre se aceitará que a busca pela qualidade de vida, bem como o seu conceito, a autodeterminação e autonomia do indivíduo têm, logicamente, subjacente um estado de consciência e de uso da razão que são incompatíveis com o E.V.P. Não existindo estas, enquanto precedentes daquelas, não poderá a dignidade da pessoa humana ser afastada, sem prejuízo de se aceitar a impossibilidade de uma consciência jurídica, na medida que o *dever-ser* reclama por uma referência normativa daquelas dependente.

Na realidade do indivíduo em E.V.P., parece-nos, pelos conteúdos já vertidos, que estes conceitos e reflexões deverão ser entendidos *cum grano salis*, porquanto, e independentemente de lacunosa a consciência e o uso da razão, capaz de conceber o conceito de qualidade de vida, garante-se ao vegetante um núcleo essencial de direitos fundamentais. Assim, mantém o vegetante um núcleo de direitos oponíveis *erg omnes* que decorrem da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo do desenvolvimento da personalidade do indivíduo pressupor a consciência e autodeterminação como requisitos da efetivação daqueles pelo seu titular.

É inegável que *mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada*¹⁰(Sarlet, 2008, p. 56). Entendemos então, que a dignidade, enquanto valor intrínseco da pessoa humana, ser relacional, autónomo e responsável, assume-se compatível com os incapazes do uso da razão, como no caso do sujeito em E.V.P., permitindo-se tal compatibilidade pela *atribuição por extensão de uma qualificação eminente* (Lepargneur, 2002, p. 177).

Concordando com Pessini, a *opção de fundamentar o conceito de dignidade num enfoque relacional personalista desenha uma imagem mais abrangente do ser humano e evita o reducionismo antropológico que radicaliza e absolutiza a autonomia, tendo como consequência a negação de dimensão relacional (o outro) e a abertura para a solidariedade* (Pessini, 2005, p. 67).

Estamos convictos que a dignidade da pessoa humana assume-se como um atributo de cada pessoa, impondo-se coletivamente pela sua simbiose com a liberdade e igualdade, concretizando-se ademais como pilar quer dos direitos, liberdades e garantias, quer dos direitos económicos, sociais e culturais.

Parece-nos, à semelhança da tutela jurídica universal, que a dignidade da pessoa humana é decorrente da condição de ser humano, sendo inconcebível que fossem intuteláveis o direito à vida e à integridade física dos inconscientes ou insuscetíveis do uso da razão, sem prejuízo das inúmeras indagações e dilemas éticos que a falta de consciência acarreta no início e fim de vida, mas que, de *per si*, não deverão declinar no esvaziamento da essência humana. Não pode a evolução humana levar à relativização da essência da mesma ou dos valores éticos e morais que a alicerçam, ditando-se uma harmonia transcultural acerca de um núcleo essencial do conceito, sendo o mesmo raciocínio extensível a todos indivíduos por mais indignas ou infames que sejam as suas condutas.

Neste entendimento, reclamamos pela igualdade de direitos existenciais reconhecidos a todos os seres humanos, independentemente das suas características físicas, intelectuais, psicológicas, ideológicas ou morais que conformam a sua individualidade,

¹⁰ Para Boscán, *los derechos del enfermo, sobre todo en su condición de persona vulnerable que no por ello pierde su integralidad, individualidad y autonomía* (Boscán, 2015, p. 166).

sem prejuízo do recurso ao princípio da proporcionalidade para dirimir o conflito de direitos igualmente positivados e dignos de tutela¹¹.

Concordamos com a definição de dignidade humana enquanto valor universal e, bem assim, como *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos* (Sarlet, 2008, p. 61).

Permite-se assim, e em respeito pelo princípio da responsabilidade, a restrição de direitos como forma de garantir a paz social, sem que por isso se prescindia da dignidade da pessoa humana em igualdade para com os demais indivíduos, concretizando-se o respeito pela dignidade humana como um verdadeiro dever de solidariedade com expressão num *dever-ser* jurídico.

¹¹ Em Ac. do STJ de 29 de novembro de 2016, verte-se em duto sumário que os *direitos fundamentais, enquanto princípios que são, não se revestem de carácter absoluto, antes são limitados internamente, para assegurar os mesmos direitos a todas as outras pessoas, e também externamente, para assegurar outros direitos fundamentais ou interesses legalmente protegidos que com eles colidam, mediante a harmonização entre uns e outros, a qual sempre implicará o sacrifício, total ou parcial, de um ou mais valores.*

(...) Os conflitos entre o direito fundamental de um sujeito e o mesmo ou outro direito fundamental ou interesse legalmente protegido de outro sujeito não de ser solucionados mediante a respetiva ponderação e harmonização, em concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro e realizando, se necessário, uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual.

(...)A essência e a finalidade deste princípio da proporcionalidade é a preservação, tanto quanto possível, dos diversos direitos fundamentais com amparo na Constituição e, em concreto, colidentes, através da sua harmonização e da otimização do meio escolhido com a observação das seguintes regras ou subprincípios: (i) a sua adequação ao fim em vista; (ii) a sua indispensabilidade em relação a esse fim (devendo ser, ainda, a que menos prejudica os cidadãos envolvidos ou a coletividade; (iii) a sua racionalidade, medida em função do balanço entre as respetivas vantagens e desvantagens.

Em suma, a dignidade humana *estaria baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio. Esse projeto de autorrealização exige, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa. Essa autorrealização pessoal, que seria o objeto e a razão da dignidade, só é possível através da solidariedade ontológica com todos os membros da nossa espécie. Tudo o que somos é devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios* (CNECV, 1999:26).

Assim, *tanto na esfera internacional, como na esfera estadual, o homem, enquanto ser dotado de razão e de capacidade de autodeterminação, aparece erigido a valor axiológico fundamental dos ordenamentos jurídico-constitucionais, em consonância com a ideia kantiana de que cada homem é um fim em si mesmo*¹² (Botelho C. S., 2017, p. 98).

O princípio da dignidade da pessoa humana, assume assim uma dimensão jurídico-política, impondo-se como atributo individual, garante da liberdade e autonomia de cada indivíduo¹³, bem como mitigador da concepção absoluta da dignidade humana, de forma a se concretizar como um equilíbrio reflexivo quando aquela se confrontar com o respeito pela autodeterminação e autonomia do ser humano.

Concertamos em aresto, que a dignidade da pessoa humana não se concretiza como um direito específico, mas como alicerce de todos os direitos fundamentais, cujo exercício pelo seu titular, vale perante entidade públicas ou privadas, erigindo-se assim como

¹² Lembra-nos Sarlet que, *a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção* (Sarlet, 2008, p. 66).

¹³ Eloquenteemente, infirma-se que *por ser ínsita a todo ser humano y exclusiva del mismo, ello se traduce en lo siguiente: Capacidad de decidir libre y racionalmente; Isonomía y homología intrínseca con todos los miembros de la especie humana; Capacidad de determinar una identidad propia y forjadora de un proyecto de vida; Exigencia de respeto, custodia, protección, tutividad, promoción y defensa a todas y cada una de las personas; Exigencia de justificar la organización y funcionamiento de la sociedad y el Estado, en pro de la plena realización de sus miembros* (Toma, 2018, p. 15).

pressuposto de direitos e fundamento axiológico de todo o regime normativo constitucional¹⁴.

Em suma, *a dignidade da pessoa humana poderá traduzir-se na qualidade moral que infunde respeito aos outros e dá ao próprio consciência do seu valor, pois, o homem é ser único e insuscetível de ser repetido, dotado de consciência e vontade, porque é pessoa e daí resulta a sua dignidade*¹⁵(Januário & Figueira, 2009, p. 26).

Em congruência, e de acordo com Mac-Crorie, *é duvidoso que se possa afigurar uma lesão da dignidade de uma pessoa quando esta não considera existir qualquer lesão, devendo prevalecer a vontade pois é em primeira linha o indivíduo que deve determinar o que é ou não violador da sua dignidade* (Mac-Crorie, 2013, p. 245).

Transcrevemos os vetores orientadores da conceptualização do conceito de dignidade de pessoa humana, cuja leitura, ainda que célere, permitirá o alcance da dimensão axiológica daquela. Assim, assumem-se como diretrizes:

1) *A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;*

2) *Cada indivíduo vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;*

¹⁴ Em comentário ao artigo 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob epígrafe *a dignidade do ser humano* e com redação *A dignidade do ser humano é inviolável, deve ser respeitada e protegida*, se lê que esta constitui não só um direito fundamental em si mesma, mas também a própria base dos direitos fundamentais. Já a *Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948* consagrava a dignidade do ser humano no seu preâmbulo: *Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.*

¹⁵ Arriscamos concordar com um conceito de dignidade da pessoa humana como *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos* (Sarlet, 2008, p. 63).

3) *O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;*

4) *Só a dignidade justifica a procura de qualidade de Vida;*

5) *A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;*

6) *A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas (Miranda, 2018, p. 210).*

De forma eloquente, Botelho, dissipa dúvidas pugnano pela assunção da dignidade da pessoa humana como princípio de cariz funcional, porquanto pode: *i) ser o fundamento de vários direitos que obtiveram consagração constitucional, assumindo assim aquilo a que se vem designando como função normogenética. Um exemplo da dignidade como fundamento de direitos sociais é o direito à habitação, que se baseia na dignidade humana; ii) Operar como um limite à aplicação dos direitos fundamentais e à discricionariedade do legislador; iii) Funcionar como critério hermenêutico, que servirá de fundamento constitucional para a invocação de direitos fundamentais materiais (e não formais), para a resolução de conflitos relativamente à titularidade de direitos fundamentais e, por último, para precisar, em concreto, o alcance dos mesmo; iv) Desafiar a vertente criadora da nossa jurisprudência, à qual incumbirá descortinar o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana no momento atual em que vivemos. Neste domínio, entende-se que se “é compreensível que se seja prudente e parcimonioso quanto à densificação do conteúdo de um princípio que, como este, tem em si implicada uma fortíssima carga axiológica” tal não pode significar “ser-se silente”; v) E, entre outras virtualidades, vigorar, neste domínio, o “postulado geral in dubio pro dignitate” (Botelho C. S., 2017, pp. 273-274)¹⁶.*

Estamos em condições de concluir que, quer consideremos a dignidade da pessoa humana como um direito, o que não nos parece configurável pela sua indeterminação,

¹⁶ A dignidade da pessoa humana comporta, concomitantemente, uma dimensão positiva e negativa na medida em que impõe, respetivamente, um dever de omissão de violação da dignidade humana e um dever de prestar com vista à proteção e promoção daquela (Sarlet, 2008, p. 72);

ambiguidade e polissemia, quer a configuremos como um verdadeiro princípio axial, sempre concordaremos como conceito, cuja convocação é obrigatória perante os constantes desafios colocados pela globalização e pela bioética, quer no início, quer no fim da vida.

Afirma-se a dignidade da pessoa humana como fonte e garante de direitos humanos e fundamentais que se estende para além da morte, sendo tuteláveis aqueles cujo o exercício seja ainda compatível com a finitude humana, como por exemplo, o direito ao bom nome e à honra¹⁷.

Mais afirmamos que, os atuais dilemas bioéticos terão de apelar ao conceito de dignidade de pessoa humana para sua resolução, porquanto, e ainda que, aquele se assuma como *ius cogens*, sempre se aceitará como um conceito mutável e inestático, cuja relativização decorre da sua permeabilidade à influência contextual e cultural. São as diferentes soluções jurídicas, no que às questões polémicas concerne¹⁸, expressão da mutabilidade e polissemia do conceito da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, o homem impõe-se como razão e fonte de princípios constitucionais, alicerçando o *dever-ser*, concretizando-se como o epicentro à volta do qual radica o Direito. Por conseguinte, deve o Estado perseguir a realização dos valores do ser humano enquanto ser único e insuscetível de avaliação pecuniária, sendo a dignidade da pessoa humana um verdadeiro critério interpretativo auxiliador do aplicador do Direito, sem deixar de balizar a função legislativa¹⁹.

¹⁷ Para Sarlet, quando se fala – *no nosso sentir equivocadamente* – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna (Sarlet, 2008, p. 71).

¹⁸ A título de exemplo, enunciamos temáticas como o aborto, eutanásia, reprodução medicamente assistida, transplantação de órgãos, entre outras.

¹⁹ Assume-se o homem enquanto fundamento da dignidade da pessoa humana pelo que, *o fundamento não é um princípio, mas a justificação radical dos próprios princípios* (Comte-Sponville & Ferry, 1999, p. 90).

1.2. Direitos Fundamentais

Tendo em conta a temática central da presente dissertação, e a sua conexão umbilical com a dignidade da pessoa humana, aceitamos a pertinência da explanação relativa aos direitos fundamentais. Faremos apelo ao contributo jurisprudencial, permitindo um melhor alcance relativamente àqueles direitos fundamentais, cuja temática mais convoca, *in casu*, o direito à vida, à saúde, à integridade física, ao livre desenvolvimento da personalidade e à proteção social.

Antes de qualquer incursão, impõe-se a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, antecipando, desde já, que estes incluem aqueles, mas o inverso já não se verifica, porquanto existem direitos fundamentais com vista à tutela de pessoas coletivas, sendo que os direitos humanos, como a própria qualificação introduz, se restringem às pessoas singulares. Ademais, a tutela decorrente dos direitos humanos impõe-se internacionalmente, encontrando-se vertida em inúmeros diplomas de carácter universal, assumindo-se os direitos humanos como verdadeiros *ius cogens*, sendo inegável o seu carácter extrajurídico.

Os direitos fundamentais avocam-se como uma parcela dos direitos humanos reconhecidos a qualquer ser humano, correspondendo ao catálogo de direitos que o legislador constitucional, em determinado momento histórico, assumiu positivizar, investindo o Estado, e demais cidadãos, num rol de obrigações positivas e negativas.

Podemos então assumir, num primeiro aresto, que a diferença reside essencialmente no plano das fontes e da titularização, assumindo-se os direitos humanos com validade transfronteiriça, integrando as fontes de Direito Internacional. Os direitos fundamentais, assumem guarida interna e positivação constitucional, sendo resultado de um longo percurso de conquista civilizacional face ao poder do Estado, submetendo-o ao Direito.

Neste entendimento, aceita-se que, *os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas, que sobrepassam ao mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana* (Sarmiento, 2004, p. 403).

De forma eloquente, Oliveira, esclarece a necessidade de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, entre direitos públicos subjetivos e direitos da personali-

dade, aceitando que embora relacionados, e não excludentes, não se confundem, ainda que tenuemente, entre si. Prossegue a mesma fonte que, *do ponto de vista histórico, e, portanto, empírico - os direitos fundamentais decorrem dos direitos humanos. No entanto, os direitos fundamentais correspondem a uma manifestação positiva do direito, ao passo que os direitos humanos se restringem a uma plataforma ético-jurídica. O que se observa é que há uma verdadeira confusão, na prática, entre os dois conceitos. Saliente-se, entretanto, que os direitos humanos se colocam num plano ideológico e político. Estes últimos se fixam, em última análise, numa escala anterior de juridicidade. No que pertence aos direitos públicos subjetivos, importa ressaltar que, malgrado os direitos fundamentais também se mostrarem como direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, nem todo direito público subjetivo desfruta do status constitucional de um direito fundamental.* (Oliveira M. V., 1999). De forma mais sucinta, mas não menos sábia, Lopes, afirma que *direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente* (Lopes, 2001, p. 41).

De facto, esbate-se tenuemente a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, o que sempre alicerçamos se dever à essencialidade comum traduzida nas características que compartilham. Assim, são características de ambos os direitos supramencionados: a fundamentabilidade, a universalidade, a inalienabilidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação, conformando-se assim, e independentemente da sua categorização, como direitos essenciais a qualquer ser humano reconhecidos universalmente²⁰, não podendo ser alienados, embora, em certos casos, se possa abdicar da sua tutela ou efetivação.

O legislador constitucional português, numa posição mitigada, esbate a ideia de um catálogo de direitos fundamentais rígido e meramente interno, assumindo, e positivando, o respeito pelos direitos fundamentais que se conformem materialmente dignos daquela catalogação, ainda que atípicos e positivados em fontes internacionais.

²⁰ Sem prejuízo das diferenciações positivas de forma a alcançar um tutela acrescida a grupos particularmente vulneráveis.

Parece-nos assim aberta a porta a uma homogenia em termos de tutela, sendo esta a primeira evidência da concretização da teoria material no que aos direitos fundamentais concerne²¹. Podemos então conceptualizar direitos fundamentais como *aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes se equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal* (Sarlet, 2007a, p. 85).

A identificação de um direito como fundamental há-de-se determinar pelo preenchimento, em termos conceptuais, de três elementos: *i) o elemento subjetivo – implicando a subjetivação nas pessoas e não segundo normas organizatórias e objetivas, pessoas essas integradas no Estado-Comunidade, por contraposição ao Estado-Poder, que atua através dos seus agentes e titulares de órgãos; ii. o elemento material – retratando uma vantagem, não uma obrigação ou dever, relacionada com um valor ou um bem que se afigura constitucionalmente protegido e iii. um elemento formal – ancorando essa posição no Direito Constitucional, com as características de supremacia e rigidez que definitivamente o individualizem no seio da Ordem Jurídica* (Gouveia, 2015, p. 39).

É incontornável que, os direitos fundamentais, insurgem-se como axial normativo de todo o ordenamento jurídico, imposto pela necessidade de conformidade constitucional de todos os diplomas infraconstitucionais. Concretiza-se assim, um hino à unidade jurídica, transpondo-se a tutela dos direitos fundamentais para o direito privado, enquanto aliado do respeito pela dignidade da pessoa humana, com evidência em diversos ramos daquele direito em geral e na tutela geral da personalidade em especial.

Os direitos fundamentais são então fundamento de todo o ordenamento jurídico, esbatendo-se a distinção entre direito público e privado, sem prejuízo das suas consequências jurídicas. Debruçando-nos sobre o catálogo de Direitos, Liberdades e Garantias, sempre

²¹ Artigo 16º, nº1 da C.R.P. (*Âmbito e sentido dos direitos fundamentais*) - *Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional.*

aceitaremos uma tutela iminentemente pública, sem prejuízo da renúncia à mesma pelo seu titular, excetuada a natureza processual nos crimes públicos.

Somos então do entendimento de um complexo normativo concretizador dos direitos fundamentais vertidos no diploma constitucional de tal forma que, *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos* (Sarlet I. W., 2008, p. 37).

Relativamente à função dos direitos fundamentais, Canotilho, defende a multiplicidade funcional destes, concretizada na função de defesa, liberdade, prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação. No que à função de defesa da dignidade da pessoa humana concerne, que aqui transcrevemos por razões óbvias, concretiza doutra fonte doutrinária que *os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)* (Gomes Canotilho, 2003, p. 408).

Relativamente às funções de prestação social e de não discriminação, assumimos o exercício da equidade, incumbindo ao Estado minimizar as desigualdades entre os cidadãos, adotando como referencial o mínimo de existência congruente com a dignidade humana, o que sempre obrigará à efetivação dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, independentemente das suas escolhas políticas, religiosas, sexuais, entre outras.

A função de proteção de terceiros assume também forma nas normas jurídico-civis, regulando as várias instâncias da vida privada, *in casu*, Direito das Obrigações (com especial enfoque na limitação da autonomia privada), Direito da Família, Direito das Sucessões, Direitos Reais.

Não nos dispersando do que aqui nos trouxe, faremos apenas alusão às duas primeiras gerações de direitos fundamentais, porquanto, e sem qualquer carácter pejorativo, as ademais concepcionadas, quiçá utopizadas, pouco relevam para o tema em apreço.

Relativamente à primeira geração de direitos fundamentais, sempre se poderão reconduzir às funções de defesa e liberdade daqueles, impondo-se os direitos civis e políticos com vista a resguardar os indivíduos do Estado interventor e limitador. Uma geração de direitos fundamentais que tem no horizonte a salvaguarda da integridade física, psíquica e moral de qualquer cidadão, como por exemplo a efetiva tutela do direito à vida, propriedade privada, segurança, liberdade de expressão e de crença. Ademais, estão os direitos fundamentais de 1º Geração fortalecidos com um regime jurídico próprio, sem que deixe de se referir a possibilidade do conflito entre diferentes direitos fundamentais, impondo-se convocar o princípio da proporcionalidade para resolução do litígio apreciado em concreto.

Neste sentido, o Ac. do STJ de 19 de outubro de 2010, evidenciando em sumário que, *I - A tutela da integridade pessoal (física e moral) está umbilicalmente ligada à consagração constitucional absoluta da dignidade da pessoa humana, especialmente revelada no art. 25º pela declaração da sua inviolabilidade, sendo o sono e o repouso essenciais à vida, não só na vertente da saúde, mas também da própria existência física. II - Embora o direito à integridade pessoal não seja, em absoluto, um “direito imune a quaisquer limitações”, não pode, sem mais ou em abstrato, afirmar-se que os direitos ao sono e ao repouso que o integram estejam, como que por natureza, excluídos do respetivo núcleo essencial. III - Hão-de ser a espécie e grau de ofensa, na ponderação, em concreto, do princípio da proporcionalidade, a ditar se o direito, originariamente absoluto e inviolável, pode suportar alguma limitação ou compressão em ordem à compatibilização ou harmonização, em co-exercício com outros direitos constitucionalmente reconhecidos. IV - Tratar-se-á de averiguar se há dois direitos que se encontram em conflito ou colisão impondo uma harmonização ou concordância que, em termos práticos e em concreto conduzam a uma conciliação de exercibilidade em que saia respeitado o núcleo essencial de cada um desses direitos conflitantes. V - Confrontando-se, de um lado, o direito ao repouso, de personalidade, absoluto, inviolável e inscrito no quadro dos direitos, liberdades e garantias, e, do outro, valores comunitários constitucionalmente protegidos (art. 266º C.R.P.), designadamente a realização do interesse público na urgente realização de uma obra, invocado pelo*

Governo em despacho de Secretário de Estado, no prosseguimento do qual se violaram direitos fundamentais dos Autores, este último sai postergado pelo direito, também fundamental, que consagra a responsabilidade civil por atos violadores de direitos, liberdades e garantias levados a efeito pela Administração e seus agentes (art. 22º C.R.P.).

Relativamente à defesa do desenvolvimento da personalidade, com evidência da tutela civil, *in casu*, no âmbito do Direito da Família, afirma-se no sumário do Ac. do STJ de 26 de janeiro de 2021, que, *I - O direito ao conhecimento da paternidade biológica (direito de conhecer e ver reconhecida a ascendência biológica e a marca genética de cada pessoa), decorrência dos direitos de identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, assume a natureza de direito fundamental. II - Enquanto direito fundamental impõe que os meios legais se mostrem adequados à sua plena concretização por forma a lograr obter, eficazmente, a coincidência entre o vínculo jurídico e o biológico. III - A existência de limitação temporal ao exercício deste direito, ainda que assente num princípio de proporcionalidade de direitos/interesses conflitantes, faz desmerecer a sua essência (direito pessoalíssimo e, por natureza, imprescritível) e põe em causa o equilíbrio que pretende instituir colocando em patamar equivalente interesses/valores (focalizados na segurança jurídica do investigado e das suas relações familiares protegendo a estabilidade da mesma) que, sem poderem ser desprezados, não poderão ser equacionados e tutelados de igual forma.*

No que à tutela dos direitos fundamentais de segunda geração concerne, esta é concretizada na mera expectativa dos cidadãos relativa à capacidade do Estado para em mitigar as desigualdades e promover o desenvolvimento da personalidade do ser humano. Uma tutela efetivada pelas tarefas do Estado na forma de normas programáticas, cuja realização dependerá das reais capacidades monetárias do Estado. São assim direitos que se relacionam com o direito a uma vida condigna, alicerçada no princípio da igualdade decorrente da dignidade da pessoa humana e, bem assim, relativos ao bem-estar social, econômico e cultural.

Em último aresto, realçamos o direito à saúde²² como determinante para a efetivação do direito à vida, à integridade física e moral do ser humano, impondo-se também co-

²² Artigo 64.º C.R.P. (Saúde)

mo verdadeira tarefa do Estado, integrando o catálogo de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, sendo tal inevitabilidade decorrente da interdependência entre os diferentes direitos fundamentais, independentemente da geração que integrem.

Neste entendimento, o Ac. do TC de 11 de abril de 1984, lembrando que, *II - O direito a saúde, enquanto direito social típico, não pode considerar-se como direito fundamental de natureza análoga aos "direitos, liberdades e garantias", pelo que não está abrangido pela alínea c) do artigo 167 da Constituição, na sua versão originária, não integrando, portanto, a competência legislativa reservada da Assembleia da República. III - Na versão primitiva da Constituição não era inconstitucional a revogação, por via de um decreto-lei, de uma lei de bases (naturalmente, desde que fora do domínio reservado da Assembleia), ainda quando tal lei cometesse explicitamente ao Governo a obrigação de a desenvolver legislativamente. IV - Sendo o direito a saúde um verdadeiro e próprio direito*

1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à proteção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;

d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;

e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;

f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

*fundamental, e o serviço nacional de saúde uma garantia institucional da realização desse direito, uma vez criado esse serviço por lei, ele passa a ter a sua existência constitucionalmente garantida, pelo que é inconstitucional a lei que venha extingui-lo ou revoga-lo. V - O artigo 17 do Decreto-Lei n. 254/82, de 29 de Julho, na medida em que revoga a maior parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, traduzindo-se na extinção desse serviço, con-
tendo com a garantia do direito a saúde consignado no artigo 64 da Constituição.*

Concluimos que os direitos fundamentais surgem como garantias constitucionais, de carácter interno, enquanto decorrência do Estado de Direito, pelo que aceitamos um catálogo refletor do contexto histórico, cultural, ideológico e religioso em que se insere, sem prejuízo de se aceitar a sua mutabilidade que, evitando a semantização do regime, ocorrerá sempre de forma muita parcimoniosa por via da rigidez²³ constitucional, imposta pelos limites à revisão da Lei Fundamental.

Claramente identificamos um catálogo de direitos fundamentais que, não se conformando como verdadeiras posições subjetivas, mas como garantes destas, impõem deveres ao Estado concretizados no catálogo dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Tendo em conta precedência, essencialidade e indispensabilidade dos direitos fundamentais que integram o catálogo dos Direitos, Liberdades e Garantias impõe-se um regime jurídico com tutela robustecida.

Assim sendo, fica o Estado investido enquanto intervencionista e protecionista, como promotor e guardião da igualdade entre os cidadãos, sendo os direitos fundamentais pressupostos de qualquer sociedade democrática, bem como decorrentes do enaltecimento do ser humano como centro de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais são assim fundamento e limite de qualquer constituição.

²³ Somos do entendimento que as revisões constitucionais acriteriosas culminariam no manifesto prejuízo, quer da certeza e segurança jurídica, quer de uma verdadeira identidade cultural.

2. Morte

Aqui chegados, torna-se incontornável conceptualizar a morte, os critérios (médicos e legais) que a determinam, os efeitos pessoais e patrimoniais que dela decorrem, sem deixar de explanar o regime da morte presumida, porquanto, àquela equiparada, determina a cessação da personalidade jurídica.

Impõe-se ainda uma referência às questões que, relacionadas com a finitude humana e, no que à sua determinação concerne, convocam a bioética e a moral.

A morte, além de incontornável, é parte integrante da vida. De facto, morrer é sempre mais provável que nascer, conquanto se se está vivo, inevitavelmente se há-de morrer. Inconformados, mas ultrapassando tal inevitabilidade, questionamo-nos sobre o processo de morrer, pelo que havendo de morrer, de que maneira será?

Determina-se, nos termos do artigo 68º, nº1 do C.C., que *a personalidade cessa com a morte*²⁴, sem que se nos afigure como contraditório admitir que a personalidade jurídica do vegetante, ainda que possa subsistir de forma inócua no indivíduo em E.V.P., possa permitir, quer a dissolução do vínculo conjugal ou cessação da união de facto, quer a abertura da sucessão.

Torna-se ainda pertinente, e pela materialidade subjacente, explanar o regime da morte presumida, enaltecendo as semelhanças e as diferenças relativas à realidade da pessoa em E.V.P., para que, autonomamente, se possam confrontar ambas as realidades e perceber da ausência, ou não, de tutela desta última. Impondo-se, no caso afirmativo, por razões de igualdade e equidade, criar um regime jurídico análogo, ou *iure constituendo*, de forma a colmatar uma eventual lacuna.

2.1. Conceito e Critérios de Morte

A morte, enquanto limitação do ser humano, faz parte da vida, tal como desde sempre nos habituamos, e concordamos, a ouvir desde os mais eruditos, aos mais indigentes²⁵. Aceitámo-la pela sua indiscutibilidade, não contestando ademais a sua

²⁴ Determinando-se a cessação da personalidade como decorrência lógica e imediata da finitude humana.

²⁵ Já diz a cantilena popular:

imprevisibilidade, sem prejuízo de apenas a vivenciarmos-la na pessoa do outro, e da sua iminência constante nos relembrar da nossa dimensão corpórea e terrena. Mas, mais do que recear a morte, tememos a forma como ela se apresentará, receando ademais que além da finitude humana, o processo de morrer nos aniquile também a dignidade humana.

Ao contrário de assumir a morte enquanto mistério inquietante, Epicuro de forma peculiar, mas até sensata afirma que, *é tolo portanto quem diz ter medo da morte, não porque a chegada desta lhe trará sofrimento, mas porque o aflige a própria espera: aquilo que não nos perturba quando presente não deveria afligir-nos enquanto está sendo esperado. (...) a morte, o mais temido dos males, não nos diz conseqüentemente respeito; pois enquanto existimos a morte não está presente, e quando a morte está presente nós já não existimos. Nada é, portanto, nem para os vivos nem para os mortos visto que não está presente nos vivos, e os mortos já não são* (Epicuro).

A morte é parte integrante da vida, assumindo-se não apenas como o momento em que finda a existência de qualquer comum mortal, mas também e inevitavelmente, como uma banalidade. Não obstante, não se concretizar como uma futilidade, a morte consolida-se como uma indiscutibilidade para o ciclo de vida de todos os seres vivos. De tal forma, que estranharíamos sim a eternidade do indivíduo. Centrado na certeza e vulgaridade da morte, Saramago, divagando sobre a morte constata que *no dia seguinte ninguém morreu. O facto, por absolutamente contrário às normas da vida, causou nos espíritos uma perturbação enorme, efeito em todos os aspectos justificado, basta que nos lembremos de que não havia notícia nos quarenta volumes da história universal, nem ao menos um caso*

*À morte ninguém escapa,
Nem o rei, nem o bispo, nem o papa,
Mas hei-de escapar eu se tiver algum vintém,
Compro uma panela,
Meto-me dentro dela
E tapo-me muito bem.
Então vem a morte e diz:
-Aqui, aqui não está ninguém.
-Adeus, meus senhores,
Passem todos muito bem.*

para amostra, de ter alguma vez ocorrido fenómeno semelhante, passar-se um dia completo, com todas as suas pródigas vinte e quatro horas, contadas entre diurnas e noturnas, matutinas e vespertinas, sem que tivesse sucedido um falecimento por doença, uma queda mortal, um suicídio levado a bom fim, nada de nada, pela palavra nada (Saramago, 2009, p. 11).

Assim, a morte e a vida, além de conceitos antónimos, são logicamente realidades excludentes, pois só está morto quem não está vivo, e só se morre porque se estava vivo. Conformamo-nos com a morte, sem deixar de antecipar e agonizar, o processo de morrer como irrepetível, egoísta e sem qualquer carácter construtivo. Indubitavelmente, aceitamos que quer a conceção da morte, quer a sua aceitação, têm subjacentes influências sociopsicológicas, ideológicas, culturais, geográficas e religiosas que declinarão no sentido daquela, perante o conceito de dignidade humana. Influências, que na sua maioria, apaziguarão as angústias dos inquietos e resilientes perante uma finitude inevitável. De forma peculiar, Woody Allen, citado por Ferraz Gonçalves, ironiza que *não é que eu tenha medo da morte; eu apenas não quero estar lá quando isso acontecer* (Gonçalves, 2007, p. 245).

A morte dá sentido à vida, quer do próprio, quer dos seus próximos, porquanto estes são também resilientes à aceitação daquela, ou tão só do seu processo. Afirmamos a vulnerabilidade e finitude do ser, sem deixar de assumir a morte como processo natural e expetável que convoca a bioética e suscita questões jurídicas quando aquele processo é alterado, quer por força da autodeterminação e autonomia da pessoa, quer pela necessidade do respeito pela dignidade da pessoa humana.

Assim, e embora seja irrefutável a busca pela imortalidade alicerçada na resiliência da longevidade, a morte pode muitas vezes ser desejada tão ferozmente como a vida, *in casu*, em situações de sofrimento atroz irreversível, interminável e insuportável.

O conceito de morte, além de sociocultural e puramente individual, torna-se inexoravelmente dependente da evolução científica, impondo-se mutações nos critérios de morte. De facto, e não amiudamente, é o momento da morte protelado à custa das novas técnicas de ressuscitação e manutenção da vida.

Concordamos com o conceito de morte proposto em 2014 pela OMS, assumindo-a como *a perda permanente da consciência e de todas as funções do tronco cerebral. Pode*

decorrer da cessação irreversível da circulação, ou de lesão encefálica catastrófica. No contexto da determinação da morte, 'permanente' refere-se a perda de função que não pode recuperar espontaneamente e não é recuperável por qualquer intervenção (Shemie, 2014, p. 792).

Para Cristina Lima, a morte tem sido definida como *a perda de fluidos vitais; a separação da alma; a perda irreversível da capacidade de integração do corpo; a perda irreversível da capacidade de consciência e integração social* (Lima, 2005, p. 6).

Por sua vez, para Ziegler, a morte conforma-se como uma catástrofe fisiológica, *visto que o organismo que compõe o corpo somático deixa de fornecer apoio físico à consciência que governa o corpo. Até então, tudo funciona, porém, no final das mutações da morte, o corpo se desfaz, por meio de Proc. de transformação bioquímica* (Ziegler, 1977, p. 271).

Para o Direito, a morte surge como o reconhecimento jurídico de um facto incontornável, consubstanciando-se como um termo certo que acontecerá em tempo indeterminado e que ditará efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais. Assim, a morte é premente no Direito da Família, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões, impondo-se inclusive como pressuposto da abertura da Sucessão, nos termos do artigo 2024º do C.C..

Os avanços da biomedicina e biotecnologia tornaram cada vez mais diluído o conceito de morte física, também conhecida no mundo jurídico como morte real²⁶. Também é cada vez mais complexo definir com exatidão o momento da morte, determinante no que ao regime da comoriência concerne, sendo que a coexistência de critérios de morte distintos pode adensar tal dilema. Têm os avanços da biomedicina concorrido para esbater tal incerteza. Um rigor que se transporta também para a determinação da hora da morte, porquanto tal facto, apesar de não amiudadamente se assumir como supérfluo, assume-se pelo contrário e, cada vez mais, com enorme relevância²⁷. Não ficou o legislador indiferente a este *timing*, tal como se verte no artigo relativo à presunção

²⁶ Em confronto com a morte presumida ou mesmo com a presunção de morte àquela equiparada.

²⁷ Relembramos a importância do momento da morte para efeitos do direito de representação no fenómeno sucessório.

de comoriência, nos termos do nº2 do artigo 68º do C.C.. Assim, quando *certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo.*

Neste sentido, o Ac. do STJ de 6 de outubro de 1994, sumariando que, *a prova da morte compreende não só que a morte ocorre, mas também a prova do momento em que a morte se verifica, dado o seu interesse no âmbito da sucessão.*

É inexorável que o momento da morte apenas concretiza a transição da vida para a morte, impondo a finitude do processo de morrer iniciado desde o momento do nascimento completo e com vida.

Para Villas-Boas, médica e jurista, a morte é um processo, distinguindo-se a morte biológica da morte clínica. A morte biológica é aferida pela integridade das células e órgãos individualmente inspecionados, enquanto a morte clínica é descrita como a finitude da pessoa humana. Tendo em conta a realidade do E.V.P., concordamos com a autora quando alicerça que a morte clínica é anterior à biológica, bem como *a supera em relevância socialmente atribuída para a finalidade de caracterizar a extinção da vida* (Villas-Bôas, 2005, p. 18). Acrescentamos que é a finitude da pessoa, e não a morte biológica desta, o fator juridicamente relevante, pela inevitabilidade da cessação da capacidade de facto²⁸.

Arriscamos que, independentemente da cessação da personalidade jurídica, é a cessação da capacidade de exercício e de gozo de direitos, decorrentes da incapacidade de facto, uma inevitabilidade da morte clínica, e não da morte biológica, que se aceita como precipitante, e contemporânea, desta última.

A morte, enquanto fenómeno, impõe-se desde o nascimento completo e com vida. É assim um processo gradual decorrente da própria finitude biológica que atinge o seu auge no momento em que se passa da condição de ser humano vivo a ser humano morto. Sendo um momento cuja importância assume relevância a nível jurídico, social e ético, facilmente se perceberá a necessidade de estabelecer critérios conducentes a uma determinação rigorosa, científica, criteriosa e irreversível.

²⁸ Defendemos a contemporaneidade da morte biológica e a cessação da personalidade jurídica, bem como a contemporaneidade da morte clínica com a cessação da capacidade de facto.

Em termos gráficos, Hipócrates 500 a.C., citado em obra de Ziegler, descreve visualmente a morte²⁹ como uma fisionomia de *testa enrugada e árida; olhos cavos; nariz saliente, cercado de coloração escura; têmporas deprimidas; cavas lívidas e plúmbeas; pêlos das narinas e dos cílios cobertos por uma espécie de poeira de um branco fosco; fisionomia nitidamente contornada e irreconhecível* (Ziegler, 1977, p. 320).

Relativamente aos critérios de morte, torna-se também incontornável que os mesmos foram sofrendo mutações impostas pelos avanços da medicina e dos exames de medicina legal, pautando-se sempre pela objetividade, porquanto, não se pode estar morto para uns, e vivo para outros.

Antes de qualquer indagação, antecipamos a coexistência de critérios de morte diferentes, baseados em falências orgânicas distintas, tendo em comum a impossibilidade da viabilidade humana perante tal falências apreciadas por si só.

A coexistência de critérios distintos para determinação da morte pode declinar no protelamento do momento em que a mesma acontece, sendo tal facticidade possível pela manutenção da viabilidade biológica, com recurso a meios de suporte avançado de vida capazes de manter a função respiratória. Mantida a função respiratória, garante-se a função cardíaca pela preservação e manutenção daquela, diferindo a expetável paragem cardiorrespiratória imposta pela hipoxemia, resultante da falência ou insuficiência respiratória.

Determinar a falência respiratória ou cardíaca, com as evidências físicas que aquelas acarretam, parece algo simples e comumente identificável pelo homem médio através do *rigor mortis*.

No entanto, e perante uma falência meramente de causa encefálica, a evidência do acontecimento fica reservada aos senhores da medicina, devidamente apetrechados das provas clínicas e exames complementares de diagnóstico, cuja interpretação lhes fica guardada, ainda que por vezes suscetível de discordância.

²⁹ Naquele que ficou vulgarmente conhecido como a face hipocrática para descrever o rosto do defunto.

De acordo com Faria, citado por Archer, até finais do século XIX, a determinação da morte baseava-se na paragem respiratória com a imponente e sintomática, lividez e cianose do cadáver, impondo-se a afamada, e já supra descrita, face hipocrática. A partir dessa época, com os conhecimentos decorrentes da descoberta da circulação sanguínea e da auscultação, passou a determinação da morte a basear-se na paragem cardio-respiratória (R. Faria em L. Archer, 1996, pp. 372-377).

Assim, a declaração de morte estava unicamente dependente daquela função que, estando mantida, considerava-se a pessoa viva independentemente do funcionamento dos restantes órgãos. Esta conceção, desemboca no conceito de morte clínica, enquanto estado em que todos os sinais de vida, como reflexos, respiração e batimentos cardíacos, cessam (Kovács, 2010, p. 10). De facto, ambas as funções, precipitam-se mutuamente, pois sempre concordaremos que a paragem cardíaca conduz à paragem respiratória e vice-versa.

No entanto, em simultâneo com os avanços na determinação da morte, evoluíram também as técnicas de reanimação e de suporte avançado de vida, protelando o momento da morte e “complexizando” a determinação do mesmo, com recursos que extrapolam a mera paragem cardiorrespiratória. Uma finitude eminente, muitas vezes, substituída por medidas de suporte avançado como os casos dos ventiladores, ou mesmo as unidades de diálise, que impedem a falência de certos órgãos em especial, e a do corpo humano em geral, sem que se vislumbre qualquer benefício no recurso àquelas.

Facilmente antevemos que, na ausência destes suportes que substituem as funções vitais, estes doentes estariam mortos. Podem os meios de suporte avançado de vida protelar o momento da morte, alicerçada no critério de morte cerebral, pela factualidade da incompatibilidade da vida sem recurso a estes meios substitutivos das funções vitais³⁰.

Levemente alcançamos que, *do desenvolvimento da reanimação cardiorrespiratória e das técnicas e dispositivos de suporte da vida resultou em que alguns doentes com a função respiratória artificialmente mantida tinham perdido totalmente a função cerebral. Pela definição cardiorrespiratória de morte estes doentes estariam vivos* (Gonçalves, 2007, p. 245).

³⁰ As técnicas de suporte avançado de vida deslocam o momento da morte sem que consigam impedir a morte clínica, mas tão só a biológica.

A manutenção da vida, pelo recurso a técnicas de suporte avançado de vida perante lesão irreversível do tronco cerebral, suscita, desde sempre, inúmeros problemas jurídicos, éticos, socioeconómicos e deontológicos, pelo que é muitas vezes convocada a bioética para tentar amenizar a controvérsia deles decorrentes.

A isquémia do tronco cerebral, assume-se como uma das formas como a morte se apresenta, impondo o recurso a critérios biomédicos para atestar da sua irreversibilidade.

Concordamos que, afastada qualquer subjetividade ou emotividade, ventilar um cadáver, não traz qualquer benefício, nem ao próprio, nem aos seus familiares, nem aos profissionais de saúde, sem deixarmos de antecipar os inconvenientes relacionados com a gestão dos recursos de saúde disponibilizados pelos países (Pallis, 1990, pp. 441-496).

Neste sentido, aceitamos que os *meios hospitalares de reanimação artificial são escassos e altamente dispendiosos. É obrigação do médico saber geri-los, afetando-os aos doentes em situação grave, mas com possibilidades de recuperação, pois não é moralmente aceitável que esses recursos sejam desperdiçados em ações terapêuticas sem esperança* (Antunes & Lesseps, 1985).

Em homogenia, verte-se em parecer do CNECV, sobre Critério de Morte, que *a manutenção de cadáveres com suportes ventilatório e circulatório artificiais é uma atitude "terapêutica" inútil, e priva doentes em situação crítica, mas não irreversivelmente lesados do ponto de vista cerebral, de viver ou de o virem a fazer com a qualidade indispensável* (Freitas, 1995, p. 2).

Concordamos que protelar o momento da morte, fazendo-a depender apenas da manutenção/interrupção das medidas de suporte avançadas, atualmente possíveis, pode tornar-se um processo extramente oneroso a todos os níveis, mormente, emocionalmente para os familiares e economicamente para o sistema de saúde.

É ainda criticável, pela evidência que o direito à saúde, constitucionalmente consagrado, tem como fundamento uma intervenção justificada tão só quando aquela é ainda reprecinável. Deve então convocar-se o princípio da proporcionalidade de forma a

antecipar a possibilidade de perigar o mesmo direito à saúde de outros, como consequência de uma gestão ineficaz dos recursos de saúde disponíveis³¹.

Tornou-se emergente reconceptualizar a morte, tornando-a compatível com a nova realidade, como forma de fazer face aos conflitos que emergiam dos novos desenvolvimentos da medicina e da falta de bom senso dos seus intervenientes, perigando a gestão de recursos médicos e, bem assim, a saúde e a vida dos demais.

Em 1959, Mollaret definiu morte cerebral como o estado dos doentes que tinham perdido as funções cerebrais, incluindo as funções vegetativas, (Mollaret, 1959, pp. 3-15), sendo esta realidade distinta da que se assume como temática central da presente dissertação.

Por sua vez, a Comissão Ad Hoc da Harvard Medical School, propôs em 1968, que fosse declarada a morte de um indivíduo em coma irreversível, antes de se desligarem os meios de suporte de vida, o que sempre se concordará, porquanto se impõe a certeza da irreversibilidade daquela condição.

Assumida a condição supérflua dos meios dispendiosos para a manutenção da função cardiorrespiratória, dita-se a definição e concretização do coma irreversível, como estado de arreatividade acompanhado pela ausência de movimentos, respiração ou reflexos, acrescido de eletroencefalograma sem qualquer resquício de atividade cerebral (School, 1968, pp. 85-88). Em similitude, na Inglaterra, o critério de morte cerebral equivale ao critério de morte do tronco cerebral, pela evidência que ambos implicam a cessação da atividade daquele órgão (R. Faria em L. Archer, 1996, p. 372).

Facilmente depreendemos que, é ao tronco cerebral que compete comandar a execução das chamadas funções vegetativas: respiração, deglutição, regulação dos ciclos de sono e de vigília, essenciais à manutenção da vida, pelo que, à morte do tronco cerebral, segue-se a assistolia imposta pela ausência de estímulo respiratório (Pallis, 1990, pp. 441-496).

³¹ Aceitamos que nenhuma vida humana vale mais do que outra, no entanto, a proporcionalidade é concretizada na viabilidade de reabilitação da saúde do enfermo. Mais do que eficiência, impõe-se a eficácia na gestão dos recursos de saúde.

Este novo conceito, alicerçado na perda irreversível da atividade cerebral e da inevitável inviabilidade da vida humana sem aquela, exceto se suportada artificialmente, permitiu que se deixasse de manter, indefinidamente, os indivíduos ventilados quando estes não colheriam qualquer benefício das tecnologias de suporte avançado de vida.

A conceptualização da morte cerebral, como expressão do consensualismo imposto pelas evidências da medicina, é ainda nos dias de hoje adotada na maioria dos países de todo o mundo. Um entendimento maioritário decorrente da evolução dos critérios de morte, determinando-se, com rigor, que a irreversibilidade da função cerebral impõe a declaração de morte cerebral e a cessação dos meios de manutenção da função cardiorrespiratória. A convocação destes critérios de morte só acontece, como logicamente se perceberá, se não aconteceu a morte biológica, pelo que, perante uma paragem cardiorrespiratória, a morte cerebral será uma inevitabilidade quase concomitante e/ou decorrente daquela.

Pode ainda suceder, enquanto morte clínica e não biológica, a morte cerebral superior ou neo-cortical, cuja relevância para o tema em estudo sempre demonstraremos.

Independentemente da causa, traumática ou neurodegenerativa, a morte neocortical assume-se como a perda da consciência, cognição e percepção do mundo com incapacidade de socialização que, embora seja clínica e imagiologicamente evidente, não se encontra dependente de testes específicos para o seu diagnóstico.

Assim, e apesar de subsistirem *interconecções entre córtex cerebral, áreas subcorticais e tronco cerebral(...)* de acordo com este critério, os indivíduos podem ser declarados mortos com reflexos do tronco presentes e respiração espontânea; é também possível classificar como mortos os doentes com estado vegetativo persistente (Lima, 2005, p. 10).

Para Veatch, em todos os casos em que se atesta uma total abolição permanente e irreversível da consciência, como acontece no E.V.P., dever-se-ia declarar a morte, pela evidência de morte neocortical³². Para o autor, a morte surge como *a perda do que é*

³² Para Veatch, assumir a morte neocortical, como critério de morte, e bem assim despolotadora dos efeitos da morte, impõe aceitar a ausência de capacidade de experiência consciente como bastante para estabelecer a finitude da pessoa humana, equiparando-a à cessação da personalidade jurídica. Equacionamos

significativo para a existência humana e, bem assim, defende que a ausência de consciência e percepção da realidade retira, na totalidade, o valor à vida (Veatch R. M., 1975a, pp. 13-30). Parece-nos tal entendimento, e em primeiro aresto, perigoso pela possibilidade de se permitir levemente matar, ou deixar morrer, aqueles que daquela condição padeçam³³.

Para a mesma referência, numa conceção filosófica, a morte surge concomitantemente com a perda irreversível da consciencialização do mundo, uma vez que o ser humano deve ser entendido como uma unidade irrepetível no que à capacidade para as funções orgânicas e mentais se recorta (Veatch R. M., 1975a, pp. 13-30). No mesmo entendimento, Henry Beecher, citado por Veatch, assume a morte neocortical como aquela que impõe a cessação irreversível das funções cerebrais superiores, sendo estas essenciais, porquanto relativas à *personalidade do indivíduo, a sua vida consciente, a sua singularidade, a sua capacidade de recordar, julgar, raciocinar, atuar, desfrutar, preocupar-se(...)*³⁴ (Veatch, 1993b, pp. 18-24). Para estes autores, sem a base fisiológica capaz do exercício da personalidade, deveria o indivíduo considerar-se morto, apesar do corpo se manter vivo³⁵.

Somos do entendimento que, ainda que se admita uma total ausência de consciência, estaríamos sempre perante alguém com total incapacidade de exercício e de

se a declaração de morte neocortical determinaria também a cessação da tutela geral da personalidade do vegetante, afastando o regime do artigo 70º e ss do C.C..

³³ Discordamos, em absoluto, da perda total do valor à vida, mas numa interpretação atualista, em conformidade com o respeito pela dignidade da pessoa humana, ousamos defender, perante a realidade do E.V.P., não a declaração de morte do vegetante, mas a ocorrência dos efeitos da morte real decorrentes da incapacidade de facto irreversível.

³⁴ Noutro entendimento, infirma-se que *la persona humana cuenta copulativamente con una sustancia material (cabeza, tronco, extremidades), una composición pluricelular y un sistema de órganos (circulatorio, respiratorio, digestivo, endocrino, excretor, nervioso y locomotor), lo cual se ve acompañado de una capacidad de raciocinio para entender el mundo que lo rodea y conocerse en sí; autodeterminación para optar y elegir en torno a aquellos asuntos vinculados con su vida; amén de dotado de la capacidad de asumir emoción, pasión, creatividad; y de una sociabilidad que más allá de los fines de defensa apunta a acerar sus potencialidades en compañía de sus congéneres* (Toma, 2018, p. 14).

³⁵ Ousamos arriscar um desfasamento entre a finitude biológica e a finitude psíquica.

gozo de direitos. No entanto, apesar da morte neocortical, aceita-se o indivíduo dotado de personalidade jurídica decorrente da dignidade da pessoa humana e, bem assim, digno dos direitos compatíveis com a sua condição, mormente o direito à vida, à integridade física, à saúde e à proteção social.

Por conseguinte, parece-nos demasiado radical permitir matar o vegetante ou lesar a sua integridade física, desconsiderando o corpo que alojou a pessoa, outrora, dotada de capacidade jurídica. Relembramos o valor da dignidade da pessoa humana, sendo que é esta a fonte de direitos humanos, e não a autoconsciencialização ou uso da razão (que podem não existir originária ou supervenientemente).

Em homogenia com a nossa posição, sempre se dirá que, assumir a morte cortical como sinónimo de morte, não é, no presente, aceite em nenhum país do mundo.

Equacionamos a possibilidade da morte cortical despoletar a cessação da capacidade de exercício e de gozo de direitos, pela incontestável incapacidade de facto do vegetante. Acreditamos na autonomização daquelas da personalidade jurídica, permanecendo esta até ao momento da morte biológica, porquanto decorrente da dignidade da pessoa humana e garante dos direitos fundamentais àquela reconhecidos.

Em Portugal, e numa primeira tomada de posição, por Portaria 29688 de 17 de julho de 1964, declarava-se que, *na verificação de óbito para efeito de colheita, no corpo de pessoa falecida de tecidos ou órgãos (...) se proceda, obrigatoriamente, à pesquisa da ausência de oscilações à eletrocardiografia e à arteriotomia radial esquerda.*

Mais tarde, por evolução da medicina, aceitou-se a falibilidade destes métodos enquanto exclusivos para a determinação de morte, pelo que, em adenda surgiu, acompanhando as tendências mundiais, a Portaria 156/71 de 24 de março de 1971, derogando a anterior pelo reconhecimento das suas falhas e limitações. Afirmava-se expressamente em ulterior Portaria que, *se na maioria dos casos, a paragem circulatória caracteriza fielmente a terminação da vida, os progressos verificados nos últimos anos, nas técnicas de reanimação respiratória e cardio-circulatória, demonstram que é possível manter-se a irrigação sanguínea de alguns órgãos e tecidos, mesmo quando o sistema nervoso central sofreu lesões irreversíveis, incompatíveis com a vida humana.*

Ainda mais tarde, e como legislação vigente sobre esta temática, foram positivados na Lei 141/99, de 28 de agosto, os critérios para verificação da morte, assumindo-se no

artigo 2º que a *morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral*³⁶, ou seja, ainda que na sequência, ou mesmo anteriormente, à morte biológica. De salientar que a presente legislação não explicita quais as diligências a levar a cabo para a determinação da morte, remetendo-as para as competências médicas vertidas em Diário da República n.º 235/1994, Série I-B de 1994-10-11, com sumário adstrito à Declaração da Ordem dos Médicos prevista no artigo 12º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril.

Refere-se em douto documento que a *certificação de morte cerebral requer a demonstração da cessação das funções do tronco cerebral e da sua irreversibilidade*.

I - Condições prévias

Para o estabelecimento do diagnóstico de morte cerebral é necessário que se verifiquem as seguintes condições:

- 1) Conhecimento da causa e irreversibilidade da situação clínica;*
- 2) Estado de coma com ausência de resposta motora à estimulação dolorosa na área dos pares cranianos;*
- 3) Ausência de respiração espontânea;*
- 4) Constatação de estabilidade hemodinâmica e da ausência de hipotermia, alterações endócrino-metabólicas, agentes depressores do sistema nervoso central e ou de agentes bloqueadores neuromusculares, que possam ser responsabilizados pela supressão das funções referidas nos números anteriores.*

II - Regras de semiologia

1 - O diagnóstico de morte cerebral implica a ausência na totalidade dos seguintes reflexos do tronco cerebral:

- a) Reflexos fotomotores com pupilas de diâmetro fixo;*

³⁶ Em parecer sobre o Critério de Morte pelo CNECV, elucida-se que a *resposta é que o critério de morte definido pela irreversibilidade das funções do tronco cerebral deve ser o adotado, pelas razões seguintes: a) só as estruturas nele existentes permitem a integração das diferentes funções vitais e permitem, portanto, a unidade e reação que caracterizam o funcionamento do corpo como um todo; b) em indivíduos inconscientes, a disfunção irreversível do tronco cerebral é de avaliação mais rápida, fíavel e segura do que a das restantes estruturas, nomeadamente as talâmicas e corticais; c) não é aceitável admitir como critério de morte o mau funcionamento, ou mesmo o não funcionamento (próteses ventilatórias e cardíacas) de órgãos que podem ser substituídos por transplantes* (Freitas, 1995, pp. 2-3).

- b) Reflexos oculocefálicos;*
- c) Reflexos oculovestibulares;*
- d) Reflexos corneopalpebrais;*
- e) Reflexo faríngeo.*

2 - Realização da prova de apneia confirmativa da ausência de respiração espontânea.

III - Metodologia

A verificação da morte cerebral requer:

- 1) Realização de, no mínimo, dois conjuntos de provas com intervalo adequado à situação clínica e à idade;*
- 2) Realização de exames complementares de diagnóstico, sempre que for considerado necessário;*
- 3) A execução das provas de morte cerebral por dois médicos especialistas (em neurologia, neurocirurgia ou com experiência de cuidados intensivos);*
- 4) Nenhum dos médicos que executa as provas poderá pertencer a equipas envolvidas no transplante de órgãos ou tecidos e pelo menos um não deverá pertencer à unidade ou serviço em que o doente esteja internado.*

Em Ac. do STJ de 31 de março de 2009, lê-se que o conceito legal de morte resulta do definido na Declaração da Ordem dos Médicos prevista no artigo 12.º da Lei n.º 12/93 de 22 de Abril (“Critérios de morte cerebral” – Diário da República, I-B de 11 de Outubro de 1994) e coincide com a perda de funções do tronco cerebral; 9) Este critério normativo vem sendo geralmente adotado (inclusivamente pela doutrina católica, na sequência da declaração de João Paulo II de 29 de Agosto de 2000, proferida no Congresso Internacional da Sociedade de Transplantes); 10) Embora prossigam estudos médicos, neuropsiquiátricos, de psicólogos e teólogos, a propósito de experiências quase morte, de peri morte ou de transição (e até há quem defenda que a morte cerebral não significa a morte do ser humano) deixando intactas certas áreas sensoriais e afetivas imediatamente após a constatação da morte cerebral, não existe ainda rigor científico que possa suportar essas teses.

Entendemos que não existem dúvidas relativamente à possibilidade de assumir o E.V.P. como concretização da morte neocortical, consubstanciando-se numa forma de

morte clínica, alicerçada no alheamento total da realidade que o rodeia, incompatível com qualquer resquício de capacidade de facto.

Assim, apesar do E.V.P. não preencher os requisitos para preenchimento do diagnóstico de morte cerebral, uma vez que o vegetante além de ventilar espontaneamente, mantém outras funções cerebrais mínimas e residuais, acreditamos ser irreprestável, quer a consciência pelo vegetante, quer a sua capacidade de exercício e de gozo de direitos daquela dependente.

Perante o diagnóstico de E.V.P. será de assumir a extinção da capacidade jurídica do vegetante, pelo que, devem-se assumir também os efeitos pessoais e patrimoniais previstos para a cessação da personalidade jurídica³⁷. Defendemos ainda, que só assim se alcança uma tutela igualitária quando confrontada a mencionada realidade com o regime da morte presumida, sem prejuízo de, pelo que tudo o que supra se expôs, se manter ao vegetante a tutela geral da personalidade, com as devidas adaptações. Relembramos que, perante a declaração judicial de morte presumida, produzem-se os efeitos da morte real³⁸, sendo que naquela a cessação da personalidade jurídica apenas se presume, impondo-se, enquanto decorrência da mesma, a extinção da capacidade jurídica, mediamente presumida através da presunção da cessação daquela.

Antagonicamente, a morte neo-cortical existe, e não se presume, porquanto sendo irreversível o E.V.P., concetualizado nos termos supra, também se afirmará como irreprestável a sua capacidade de facto, devendo o vegetante, seus sucessíveis, cônjuge ou unido de facto e credores, terem o mesmo tratamento jurídico que os seus homólogos no que ao regime da morte presumida concerne, sem prejuízo das respetivas adaptações impostas pelas especificidades materiais das realidades confrontadas.

³⁷ Assim, *a falta de critérios fidedignos de constatação de morte neo-cortical, por oposição aos facilmente executáveis testes de morte do tronco cerebral, e a eventual reversibilidade do Estado Vegetativo Persistente, impedem a adoção de um conceito de morte baseado exclusivamente na perda de função cortical, por destruição dos hemisférios cerebrais (...)* Embora se possa tratar de uma situação pior do que a própria morte, a morte neo-cortical reflete apenas um estado de perda de personalidade e nunca um conceito aceitável de morte de um ser humano (Nunes, 1996).

³⁸ Com exceção da dissolução do vínculo conjugal, possibilitando-se a situação de bigamia legal.

Ademais, defendemos a dissolução do vínculo conjugal e cessação da união de facto, pugnando pela equiparação absoluta relativa aos efeitos previstos para a morte real ou biológica.

2.2. Morte presumida

Prosseguimos com a análise do regime jurídico da morte presumida, previsto nos artigos 114º e ss do C.C.. Iremos conceptualizar a realidade da morte presumida, bem como expor o seu fundamento e efeitos dela decorrentes.

Uma exposição a que não ficará alheia a crítica jurídica, bem como os contributos da jurisprudência (ainda que amiúdes) e da doutrina que nos deixará em condições de, em sede própria, concluir pelas similitudes e diferenças com a realidade do E.V.P.. Percorrido este caminho, estaremos também em condições de perceber da possibilidade (ou não) de uma aplicação analógica daquele regime à realidade do vegetante, com vista a uma tutela compaginável com o conceito de dignidade humana e com o respeito pelo princípio de igualdade dela decorrente.

A morte presumida, cujos efeitos, embora não se equiparem, como em sede própria constataremos, aproximam-se aos da morte real, nos termos do artigo 68º do C.C., consiste no reconhecimento judicial da morte do ausente. O referido reconhecimento, impõe hiatos temporais distintos de acordo com a idade do ausente aquando da data das suas últimas notícias, o que, logicamente entendemos e concordamos. De facto, e assumindo-se a morte como mera presunção, sempre se aceitará aquela como mais provável a partir dos 85 anos quando confrontada com a mesma possibilidade aquando do desaparecimento em idade anterior à maioridade³⁹.

Estranhamente, e apesar de uma esperança média de vida superior nos dias de hoje, o Código Civil de Seabra⁴⁰, sem consagrar expressamente o regime da morte presumida

³⁹ De acordo com o nº2 do artigo 114º do C.C., a *declaração de morte presumida não será proferida antes de haverem decorrido cinco anos sobre a data em que o ausente, se fosse vivo, atingiria a maioridade*, pelo que, aceitamos a maioridade como causa suspensiva para início da contagem do tempo necessário para requerer a morte presumida.

⁴⁰ *O Código Civil de 1867 foi o primeiro Código Civil em Portugal. Foi aprovado em 1867 e entrou em vigor em 1868, durante o reinado de Dom Luís I de Portugal. Designava-se também Código de Seabra,*

(pelo que tacitamente se impunha quando finda a curadoria definitiva), assumia no artigo 78^{o41}, o termo da curadoria definitiva decorrido o prazo de dez ou vinte anos, consoante o ausente tivesse ou não filhos, respetivamente, ou ainda quando o ausente atingisse a idade de noventa e cinco anos⁴². O regime da ausência previsto naquele diploma, alicerçado na necessidade, quer de prover acerca dos bens do ausente carecidos de administração (cuja lacuna se pudesse demonstrar desastrosa para aquele património), quer de impor a segurança do comércio jurídico, era em muito semelhante ao positivado no código vigente.

No entanto, tendo em conta as dificuldades de comunicação naquela época, imponha-se em póstumo código, prazos mais dilatados, quer para requerer a curadoria definitiva, quer para a sua extinção. No referido código, não se consagrava regime homólogo ao atual artigo 112^o, al. d), que atualmente determina a cessação *op legis* da curadoria definitiva, mas sempre se presumiria a morte do ausente, impondo-se o fenómeno sucessório, nos termos do artigo 87^o daquele diploma legal, entretanto revogado.

Relativamente ao regime atual, apontamos, em confrontação com aquele código póstumo, duas diferenças cruciais, *in casu*, a ausência de qualquer referência aos efeitos pessoais decorrentes da perpetuação da ausência no código de Seabra (mas que se imponham no que à não dissolução do vínculo conjugal concerne pela excecionalidade do regime da ausência), e no, atual código, a imprecisão⁴³, em termos temporais, para requerer

dado que foi elaborado por António Luís de Seabra e Sousa, 1.º Visconde de Seabra. O Visconde de Seabra foi Ministro, Juiz-Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e Reitor da Universidade de Coimbra, tendo sido encarregado de elaborar um novo Código que reunisse e actualizasse toda a legislação civil do Reino. Foi aprovado pelas Cortes por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Entrou em vigor na Metrópole em 22 de março de 1868. (wikipedia, s.d.)

⁴¹Numa interpretação atualista, sempre se assumirá o referido preceito como o pressuposto para a declaração da morte presumida, homólogo do atual artigo 114^o n^o1 do C.C..

⁴² Custa-nos a acreditar que alguma vez o regime da curadoria definitiva cessasse com base no pressuposto etário, porquanto *na última metade do século XX, de 1950 até 2000, a esperança de vida em Portugal subiu de 55,8 para 73,3 anos no caso masculino e de 61 para 80,3 anos no caso feminino* (Oliveira & Mendes, 2010, p. 120).

⁴³ Neste sentido, o Ac. do TRL de 22 de fevereiro de 2008, afirmando que, *a nomeação de curador provisório pressupõe que se apure, com razoável certeza, a verificação dos respetivos pressupostos,*

a curadoria provisória, limitando-se o atual código a exigir que se desconheça o paradeiro do ausente, bem como a inexistência de representante legal daquele⁴⁴.

Ademais, no que ao Código Civil de 1867 concerne, ainda que de forma peculiar e distinta do atual Código Civil, era a existência de filhos do ausente determinante para a antecipação dos efeitos jurídicos da ausência, permitindo-se no caso afirmativo a cessação da curadoria definitiva com entrega dos bens aos sucessíveis, dez anos mais cedo que no caso de resposta negativa. Arriscámos assumir um paternalismo do legislador em relação aos filhos do ausente que não se aceita quando confrontado com total despreocupação, quiçá desdém, com a tutela do cônjuge do ausente, cuja existência sem filhos em nada relevaria para procedência do regime nas mesmas circunstâncias.

Sendo dispensável a pré-existência da instituição da curadoria provisória, ou da ulterior curadoria definitiva (que também dispensa a pré-existência de curadoria provisória), para propositura de ação de estado com vista a requerer a declaração de morte presumida, e não sendo este o ponto central da presente exposição, não nos alongaremos mais do que o razoável, com vista a um entendimento superficial, mas não supérfluo, para melhor compreensão do regime. Assim, focar-mos-emos essencialmente no regime da morte presumida e seus efeitos, sem deixar de, em aresto, lembrarmos os pontos dos quais não prescindimos expor para melhor entendimento daquele.

A curadoria provisória surge como regime centrado na preocupação com a administração dos bens do ausente, pelo que, só poderá ser procedente no caso de não existir um representante legal daquele, ou este não querer, ou não puder, exercer o mandato. De acordo com Baudry-Lacantinerie et Fourcade *não há que providenciar sobre os bens e direitos do não presente, já porque não se deve tolher a ninguém a faculdade de se ocultar, já porque um individuo que, seguramente, está vivo, tem a obrigação de zelar os seus próprios interesses, pondo-os a coberto dos efeitos do seu afastamento* (Gonçalves L. C., 1929, p. 56).

nomeadamente a de que é efetivamente desconhecido o paradeiro de interessados conhecidos, e/ou que existem outros interessados cuja identificação é desconhecida.

⁴⁴ Estaremos assim em condições de arriscar a impossibilidade de curadoria provisória perante o desaparecimento de menores de 18 anos ou maiores de 16 anos não emancipados, cuja representação legal é assumida ao abrigo do poder-dever das responsabilidades parentais.

A curadoria provisória é assim assumida como transitória e pontual, movida pelo zelo com o património do ausente. A legitimidade para a requerer é tradutora da expectativa verosímil do regresso do ausente, de onde se retira que a interferência da lei na esfera jurídica daquele, numa fase inicial, não se justifica se o mesmo não possuir qualquer património a acautelar ou se se encontrar devidamente representado para o efeito.

Relativamente à curadoria definitiva⁴⁵, esta é possível no regime vigente a partir dos dois ou cinco anos contados desde as últimas notícias do ausente, dependendo da existência, ou não, de representante legal. Na curadoria definitiva, impõe-se o raciocínio que, pelo perpetuar do tempo desde as últimas notícias do ausente, consolida-se de forma mais densa a possibilidade daquela se dever a morte de quem desapareceu sem deixar rasto.

Assim, entende-se que os interesses patrimoniais, em confrontação com o regime da curadoria provisória, transferem-se para a esfera jurídica dos herdeiros legitimários, legítimos ou legatários⁴⁶, tal como se retira da legitimidade ativa para suscitar tal regime, da imposição na abertura de testamentos e entrega de bens aos legatários e outros interessados e aos herdeiros, da imposição para o cumprimento das obrigações⁴⁷ do ausente

⁴⁵ No Código Civil de Seabra, os prazos eram mais dilatados, sendo que, a curadoria provisória tinha duração máxima de quatro anos e a curadoria definitiva entre quatro a vinte anos. Distingua aquele código a ausência presumida até aos quatro anos (artigos 55º e 64º), da ausência declarada a partir dos quatro anos e menos de vinte, não havendo filhos, ou de dez anos havendo filhos (artigos 64º, 79º, 87º e 91º), e ainda da ausência de mais de vinte anos, não havendo filhos ou dez, havendo filhos, ou tendo o ausente completado 95 anos (artigos 79º, 87º e 91º). Denotámos que a morte presumida não era expressamente positivada, embora na terceira fase da ausência, a livre disposição dos bens do ausente, acrescida da distinção dos regimes mediante a existência de filhos, tivesse subjacente a necessidade de prover ao sustento destes enquanto responsabilidade do chefe de família (indefinidamente ausente).

⁴⁶ Entendemos que, com o pacto renunciativo, introduzido pela Lei 48/2018 de 14 de agosto, o cônjuge do ausente não tem legitimidade para requerer a curadoria definitiva, exceto se investido na condição de legatário decorrente de deixa testamentária, porquanto se retira da interpretação literal do disposto no artigo 1700º, nº1, al. c) do C.C., dispondo que *a convenção antenupcial pode conter (...) c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.*

⁴⁷ Sob pena de abuso de direito dos curadores definitivos, que esvaziariam as expectativas dos credores do ausente, além da incongruência jurídica com o princípio da indivisibilidade do repúdio prevista no artigo 2064º, nº 2 do C.C., que se deve assumir já de forma antecipada.

que não se alterariam no caso de confirmação da sua morte⁴⁸ e, finalmente, da possibilidade do cônjuge do ausente, não separado de pessoas e bens, poder requerer a partilha e exigir alimentos⁴⁹.

Centrando-nos novamente no regime da morte presumida, concordamos com a sua conceptualização como a *última fase da ausência consiste na declaração de morte presumida, a qual assenta no prolongamento anormal da ausência e representa a inversão da probabilidade que se estabelecia quanto à vida do ausente. Esta situação justifica a alteração substancial que se vai operar quanto ao tratamento dos bens do ausente: estes não são mais sujeitos a uma curadoria, mas entregues a quem a eles teria direito por efeito da morte do ausente, sobretudo aos seus herdeiros. Existe uma verdadeira presunção, ainda que ilidível, de morte. Os dois requisitos desta fase consistem, assim, na ausência qualificada e no decurso de certo período de tempo da ausência. O facto de o Código Civil dizer expressamente que a morte presumida pode ser decretada mesmo não tendo havido prévia instauração de curadoria provisória ou definitiva, não constitui requisito de declaração de morte presumida a instauração de qualquer das outras fases da ausência (cfr. artigo 114.º do Código Civil). A lei estabelece um regime geral e dois regimes especiais, fundados na longevidade ou na menoridade do ausente. O regime geral da declaração de morte presumida traduz-se na exigência de, sobre a data das últimas notícias do ausente, haver decorrido dez anos. Este prazo pode, no entanto, ser encurtado ou alongado em função das especificidades de regime. Assim sendo, se a ausência se verificar quando o ausente é já idoso, a lei reduz o período referido para cinco anos, se ausente, sendo vivo, tivesse, entretanto, completado 80 anos. O prazo de duração da ausência é alongado se a ausência ocorrer na menoridade do ausente. A morte presumida*

⁴⁸ De acordo com Ac. da Relação do Porto de 15 de julho de 2009, (...) *tendo-se aberto a sucessão de modo que os curadores definitivos recebam os seus bens, está subjacente uma probabilidade de a situação progredir para a declaração de morte presumida que não pode ser desconsiderada. Daí que todas aquelas obrigações que pelo falecimento do ausente se devessem extinguir não se aniquilando para já, fiquem com a respetiva exigibilidade suspensa à espera de um de dois eventos: ou da confirmação da morte, caso em que elas se extinguem efetivamente, ou do surgimento de notícia que o ausente está vivo, caso em que a dita suspensão fica sem efeito.*

⁴⁹ Nos termos dos artigos 100º, 101º, 102º, 103º, 106º à contrário sensu e 108º, todos do C.C..

só poderá ser decretada, neste caso, depois de terem ocorrido cinco anos sobre a data em que o ausente, sendo vivo, atingiria a maioridade. Tal como nas demais fases da ausência, a morte presumida tem de ser decretada em Proc. judicial, só apresentando legitimidade para o efeito as pessoas que podem requerer a justificação da ausência. A declaração de morte presumida produz os mesmos efeitos do que a morte ainda que com algumas ressalvas (cfr. artigo 115.º do Código Civil)⁵⁰.

Atentando à definição proposta, enalteçemos a sensibilidade do legislador no que à esperança média de vida concerne, vertendo-a no encurtamento do prazo para requerer a declaração judicial de morte presumida, sendo esta possível, desde o momento em que o ausente completaria 85 anos, pelo que não é despiciendo o facto de ser menos provável a sobrevivência a eventuais causas fortuitas, ou mesmo naturais, naquela faixa etária.

Podemos, desde já, antecipar que a declaração judicial de morte presumida, assume-se como garante da necessidade de consolidar as situações relativas ao estado das pessoas e em relação às relações jurídicas constituídas. Enalteçemos ainda a relevância de doura declaração pelos efeitos pessoais e patrimoniais dela decorrentes, equiparando-os aos da morte real, nos termos do artigo 68º, nº1 do C.C.. São assim, nos termos legais, incontornáveis a cessação da união de facto, a abertura da sucessão e a extinção das obrigações que se extinguiriam pela morte do ausente⁵¹. Apesar de não ocorrer a dissolução do casamento, permite-se ao cônjuge do morto presumido o exercício de uma autêntica bigamia legal.

Assim, o processo de justificação de ausência, regulado nos artigos 881º a 885º do C.P.C, alicerça-se na necessidade de suprir o registo de um facto sem, e não obstante a inexistência de prova material, se ter a certeza de que o mesmo ocorreu na realidade.

⁵⁰ Definição constante no site <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/declaracao-morte-presumida1>, consultada a 02/10/2021.

⁵¹ Artigo 1789.º do C.C.- (Causas de dissolução): *O casamento dissolve-se pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.*; Artigo 8.º da Lei 7/2001 de 11 de maio, *dissolução da união de facto: 1 - A união de facto dissolve-se: a) Com o falecimento de um dos membros; (...)*

Artigo 2024.º do C.C. (Noção): *Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a conseqüente devolução dos bens que a esta pertenciam.*

Presume-se assim o falecimento de alguém, de quem nunca mais se soube o paradeiro ou sequer se encontrou o corpo, impondo-se, quer a conversão da curadoria definitiva, quando a mesma foi requerida nos termos legais em declaração de morte presumida, quer a possibilidade de requerer aquela mesma declaração, nos idênticos termos, independentemente de curadoria instituída.

A morte presumida, assume-se como a extinção da pessoa física, por mera declaração judicial, perante um contexto indiciário de morte do ausente consolidado pelo decorrer do tempo nos termos do artigo 114º do C.C.. De acordo com o nº3 daquele preceito legal, a declaração judicial de morte presumida, tal como suprarreferimos, não pressupõe qualquer regime de curadoria, mas fixa a data do presumível óbito no fim do dia das últimas notícias. A fixação da data de óbito do ausente tem, inevitavelmente, reflexos nos negócios jurídicos (principalmente naqueles que se extinguiriam por morte do ausente) e na sucessão dos bens deixados por aquele, agora morto presumido por via da sentença judicial.

Mais do que um interesse privado, a certeza e a consolidação da morte de qualquer indivíduo, impedindo que a situação de desaparecimento se imponha como uma eternidade da personalidade jurídica, emerge da necessidade da sociedade. Assim, pelas consequências que aquela incerteza pode assumir, em vários campos do ordenamento jurídico, enaltece-se a necessidade de amparo legal de uma ausência que perdura indefinida e perpetuamente.

Relativamente às ressalvas, no que aos efeitos da declaração de morte presumida se faz referência, especificando o preceituado no artigo 115º do C.C., somos relegados para a situação de bigamia legal. Assim, ao contrário do que acontece perante a morte real ou a presunção de morte, a morte presumida não dissolve o casamento, sem que, no entanto, se impeça o cônjuge do morto presumido de voltar a casar.

Estranhamos a relutância do legislador civil em não dissolver o casamento, uma vez que, o cônjuge do morto presumido é investido no mesmo estatuto que o cônjuge sobrevivente nos casos da morte real, nos termos do artigo 68º do C.C., sem qualquer prejuízo sucessório.

Ademais, apesar de se manter o casamento com o ausente presumidamente morto, tal como o legislador o positivou após a reforma do C.C. de 1977, nada impede que o

cônjuge daquele volte a casar⁵². Relembramos que estes efeitos pessoais decorrentes da declaração de morte presumida só são dignos de querela jurídica perante o casamento, porquanto não se estende, ainda que aberrogantemente, à situação de eventual bigamia na união de facto, como logicamente se perceberá, pelo que, não existe qualquer impedimento em casar a quem não está casado⁵³.

Em respeito pela justiça material, perante a declaração de morte presumida, deverá impor-se a cessação da união de facto, bem como os seus respetivos efeitos previstos na Lei 7/2001 de 11 de maio.

De acordo com anotação de González ao C.C., distingue-se a presunção de morte, vertida no artigo 68º, nº2 do C.C., da morte presumida nos termos do artigo 114º do mesmo diploma legal. Concordamos com o autor quando afirma que, na presunção de morte, pela elevada probabilidade de ocorrência do óbito decorrente das circunstâncias factuais em que desapareceu o indivíduo (que o tornam quase inilidível), após proferimento da decisão judicial, é imediatamente lavrado o assento de óbito. Já no caso da declaração de morte presumida, (...) *dada a debilidade da presunção (...) apenas se deve produzir o averbamento da correspondente declaração no assento de nascimento do ausente (alínea o) do nº1 do artigo 69º do Código do Registo Civil*. *Efetivamente, se nesta hipótese se lavrasse também o assento de óbito, haveria necessidade de (sendo o ausente casado) proceder, em seguida, ao respetivo averbamento ao assento de casamento (alínea c), nº1 artigo 70º do Código do Registo Civil) o que patentearia uma imagem falsa: a dissolução de um casamento que, segundo a lei, deve permanecer!* (González, 2011, p. 142).

Não evitamos explanar, ainda que brevemente a querela jurídica imposta pela reforma ao Código Civil de 1977, no que à alteração dos artigos 115º e 116º, nº 2 se impõe, cuja complexidade é, à primeira vista, menor do que se pudesse julgar. Assim, de acordo com a redação vigente até à reforma de 1977, disponha o artigo 115º que a *declaração de*

⁵² Equacionamos a possibilidade de cessarem os efeitos decorrentes da proteção legal reservada ao unido de facto se, entretanto, constituir nova união de facto, sob pena de abuso de direito.

⁵³ Mais frequentemente, no raciocínio inverso, a união de facto, consolida-se pela impossibilidade de um dos unidos de facto não poder contrair novo casamento sob pena de bigamia.

morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte, pugnando-se op legis por uma equiparação absoluta relativa aos efeitos, patrimoniais e pessoais decorrentes da morte real prevista nos termos do artigo 68º do C.C.. Ademais, disponha o nº 1 do artigo 116º do C.C. que o cônjuge do ausente casado civilmente pode contrair novo casamento⁵⁴; neste caso, se o ausente regressar, ou houver notícia de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias, considera-se o primeiro matrimónio dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida⁵⁵. Acrescentando o nº 2 que, sendo católico o casamento do ausente, o seu cônjuge só pode celebrar novo matrimónio se as leis canónicas o permitirem, relegando tal efeito para decisão em instância eclesiástica de acordo com as respetivas leis.

Ora, com a reforma de 1977, passa o artigo 115º do C.C. a ter a redação introduzida pela Lei 96/77 de 25 de novembro ainda vigente, *in casu, a declaração de morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte, mas não dissolve o casamento, sem prejuízo do artigo seguinte⁵⁶.*

⁵⁴ Achámos um pouco despicienda a primeira parte do preceito, porquanto a sistematização torna possível as segundas núpcias do cônjuge do ausente pela dissolução do casamento deste com o ausente, imposta pela equiparação absoluta com os efeitos da morte, tal como positivado em preceito anterior.

⁵⁵ Na vigência do Código de Seabra, Almeida, hipotetizando quer a dissolução do casamento aquando da cessação da curadoria definitiva nos termos legais, quer a possibilidade de segundas núpcias do cônjuge do ausente, numa época em que se assumia a perpetuidade do casamento, equaciona sobre a solução jurídica perante o utópico regresso do ausente. Adianta assim, a possibilidade de se considerar o segundo casamento nulo, só sendo válido sob a condição do não regresso do ausente (condição resolutive). Hipotetiza ainda a possibilidade do primeiro casamento do cônjuge do ausente ser celebrado a termo, e sujeito à condição da dissolução imposta pela ausência de 20 anos. Qualquer uma das soluções seria sempre inadmissível por ser ilícito sujeitar o casamento a condição ou a termo (Almeida, 6, pp. 232-236).

⁵⁶ Repristina-se o espírito do Código de Seabra em que, apesar de não prever expressamente a morte presumida, subtilmente a faz operar pela convação da ausência declarada, sendo que os efeitos desta seriam sempre, e tão só, meramente patrimoniais. O carácter excecional do regime da ausência, e o respeito das regras de interpretação jurídica (*Lex specialis derogat legi generali*), impediam a analogia do regime previsto no nº1 do artigo 1º do decreto de 3 de novembro de 1910 que imponha a dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges.

Nessa mesma reforma civil, eliminado o nº 2 do artigo 116º permanece vigente a redação do anterior nº 1 daquele preceito (agora sem necessidade de numeração por artigo único) alicerçando a querela jurídica até hoje aclarada.

Relativamente à alteração do artigo 115º do C.C., em congruência com o supra exposto, limitamo-nos a concordar com as evidências tal como as expõe Gonzalez na sua anotação ao malogrado preceito. Afirma o autor que, *poder-se-ia pensar que não se produzindo a dissolução do casamento do ausente pela declaração da sua morte presumida, não haveria então razão para que os bens comuns do casal fossem partilhados e para que se abrisse sucessão relativa à meação do cônjuge ausente. A abertura da sucessão e a partilha dos bens comuns do casal deveriam ocorrer somente, por conseguinte, quando o referido casamento se dissolvesse (por divórcio requerido pelo cônjuge não ausente ou por morte)*⁵⁷. (...) ora, não se pode pretender que os bens comuns do casal fiquem indefinidamente sujeitos a um regime de gestão corrente. (...) resulta, para o ausente, a declaração da respetiva morte presumida acarreta a abertura da sucessão tanto no que toca aos seus bens próprios como no que tange à sua meação. Mas daqui resulta também a inutilidade absoluta da salvaguarda que este preceito institui (González, 2011, pp. 142-143).

Arriscamos afirmar que a caprichosa bigamia legal assumida *op legis*⁵⁸, aniquila a possibilidade de tornar inilidível o regresso do ausente, como se permanecesse, ainda que resquiciamente, a esperança do seu aparecimento. Realçamos a incongruência jurídica decorrente da relutância do legislador civil em dissolver o casamento do ausente aquando

⁵⁷ Não podemos deixar de lembrar que, independentemente do regime de bens, excetuando se existente um pacto renunciativo admitido nos termos legais desde 2018 (artigo 1700º, nº1, al. c)), o requerimento de divórcio sem consentimento do cônjuge ausente, consagrando um verdadeiro direito ao divórcio, nos termos do artigo 1781º, al. c) do C.C., assumir-se-ia na maioria das vezes demasiado oneroso. Com o divórcio seria o cônjuge do ausente afastado da classe dos sucessíveis legitimários, não sucedendo nos bens próprios do ausente e na proporção decorrente da meação do património comum, sem que na maioria das vezes não deixasse de se ferir o sentido de justiça de alguém que esperou, em regra dez anos pelo cônjuge do qual desconhece o paradeiro.

⁵⁸ O pleonasma não é involuntário, concretizando-se nas vestes de figura de estilo como forma de enaltecer a querela jurídica que aqui se expõe.

da declaração da morte presumida, porquanto os efeitos da mesma não se circunscrevem aos patrimoniais, nos termos do artigo 116º, permitindo ao cônjuge do ausente, sem dissolução do casamento com aquele, casar em segundas núpcias.

Assim, sem que haja qualquer prejuízo em termos sucessórios para o cônjuge do ausente ou sequer se impeça aquele de casar, ainda que ao abrigo de uma bigamia legal, julgamos perigar o respeito pela unidade jurídica. De facto, o cônjuge do morto presumido, ainda casado com este, porque não dissolvido o casamento entre ambos (nos termos legais), é chamado à partilha de bens na qualidade de herdeiro legítimo (na hipótese da inexistência de pacto renunciativo). A vocação sucessória do cônjuge do morto presumido decorre da dissolução do casamento por morte, concretizando-se como um dos efeitos desta⁵⁹, embora nos termos legais se mantenha o vínculo conjugal entre aquele e o presumido *di cuius*.

Em tom de sátira, se nos permitem, e sem qualquer perjúrio, porquanto dotado de razão, González insurge-se pelo não entendimento da relutância do legislador em manter o casamento do ausente após a declaração judicial de morte presumida deste. Nem tão pouco percebe o autor, a necessidade de positivizar uma situação de bigamia legal, sem que se retire em termos sucessórios qualquer conveniente, equacionando-se ademais a *ratio* da solução positivada (González, 2011, pp. 143-145).

De facto, surge uma situação de limbo, não se permitindo a dissolução do casamento com a declaração judicial de morte presumida, mas permitindo ao cônjuge do morto presumido celebrar segundas núpcias, mantendo as primeiras, depois de ser chamado à partilha, por via da sua vocação e capacidade sucessória, alicerçadas na dissolução do casamento por morte.

Ainda sobre estas ressalvas, surge-nos a redação do artigo 116º num autêntico desafio ao laicismo do Estado, enquanto Estado Democrático, pelo que, sempre se assumirá o Direito, *in casu*, o Direito Civil, oponível a todos os cidadãos ou residentes.

⁵⁹ Tão só arriscamos o enaltecimento e majoração do princípio da perpetuidade e indissolubilidade do casamento pelo legislador civil, com manifesto prejuízo da certeza relativa à definição do estado das pessoas.

A estupefação, quiçá em desrespeito pela unidade jurídica, é acrescida pela contradição entre o preceituado no artigo 115º e ulterior artigo 116º do C.C.. Assume-se o casamento não dissolvido, mantendo-se o vínculo conjugal, independentemente da sua natureza civil ou católica, nos termos do artigo 115º do C.C.. Em ulterior artigo, concretiza-se o regime do artigo 115º, tão só para o casamento civil, sendo que antes da referida reforma de 1977, assumia-se no nº 2 do artigo 116º, a possibilidade das segundas núpcias, em instância eclesiástica, se preenchidos os respetivos requisitos.

Em aresto, de acordo com Antunes Varela, imbuído do espírito da Igreja em relação ao divórcio, assume que o casamento não está dissolvido, mas tratando-se de casamento católico, o cônjuge do ausente só poderá celebrar novas núpcias quando a morte for dada como certa, o que nos parece, desde já e na maioria das vezes, muito pouco provável (Guerreiro & Vidigal, 1998).

De forma antagónica, Pereira Coelho defende que, *a declaração de morte presumida torna o casamento dissolúvel (...) O artigo 116º atribui esta faculdade ao cônjuge do ausente casado civilmente, mas a mesma doutrina valerá se o casamento for católico. Trata-se de um lapso da Reforma de 1977, que tendo suprimido o nº 2 do artigo 116º da antiga redação (que aliás já parecia estar revogada pelo artigo 36º, nº 2, C.R.P) não teve o cuidado de corrigir em conformidade a redação do nº 1 que corresponde ao atual artigo 116º* (Pereira Coelho & Oliveira, 1981, p. 260).

Tomando posição, aceitamos a posição de Varela, mas tão só no que às segundas núpcias católicas se impõe, pelo que, numa interpretação atualista, as núpcias civis seriam sempre possíveis nos termos legais.

Ademais, no respeito pela laicização do Estado e pelo princípio da igualdade, surge o artigo 115º do C.C. ,referindo-se ao casamento em geral, sem qualquer distinção relativa à sua natureza civil ou católica, pelo que, somos impelidos a concordar como mero lapso a redação inalterada do artigo 116º do C.C..

Um argumento que também clama por acolhimento, quando confrontado com a aplicação da lei no tempo, *in casu*, nos termos do artigo 12º, nº2 *in fine* do C.C. e com a Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro que alterou o regime do divórcio⁶⁰.

Em último aresto, com relevância prática para o que em sede própria elucidaremos, realçamos ainda o preceituado nos artigos 117º a 120º do C.C..

Concordamos com a solução positivada no art. 117º do C.C., que confere a plena titularidade dos bens do ausente, sem necessidade de qualquer caução, que a existir, por força do regime da curadoria, deverá ser devolvida, porquanto se presume que o ausente faleceu.

Relativamente ao disposto no art. 118º do C.C., verte-se expressamente a natureza ilidível da presunção da morte do ausente, podendo ser ainda ilidida a data da morte daquele, com as inevitáveis decorrências legais em relação ao fenómeno sucessório, bem como em relação às obrigações que não se extinguiriam por morte do ausente.

Uma ilidibilidade reiterada no art. 119º do C.C., perante a possibilidade de regresso do ausente, concretizando-se este regresso numa verdadeira condição resolutiva da partilha levada a cabo pelos putativos sucessores. Concordamos que, o regime vertido em douto preceito legal, assume-se como uma verdadeira sanção civil quando a inércia, que declinou na declaração judicial de morte, é imputada ao ausente, devendo este apenas receber o património no estado em que o mesmo se encontrar.

No sentido contrário, assumindo-se a má-fé dos sucessores, que se sabiam como putativos, porquanto conheciam da sobrevida do ausente, deverão estes ser responsabilizados pelos danos causados àquele, decorrentes da declaração judicial da sua morte. Embora se perceba a cautela jurídica, sempre se dirá como uma previsão normativa, tendo em conta a realidade atual, um tanto ao quanto “holidoesca”, porquanto utopicamente concretizável a sua estatuição.

⁶⁰ Artigo 12.º (Aplicação das leis no tempo. Princípio geral): nº 2. Quando a lei (...) dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

Finalmente, relativamente ao disposto no art. 120º do mesmo diploma legal, assumimo-lo como um hino ao princípio da unidade jurídica quando confrontado com o direito de representação previsto no artigo 2039º do C.C.. Antecipamos, no entanto, alguma inutilidade jurídica do preceito. Assim, havendo equiparação dos efeitos patrimoniais, decorrentes da declaração judicial de morte presumida ao efeitos da morte real, sempre aplicar-se-ia o regime sucessório *tout cour* e o direito de representação em especial.

Pelo supra exposto, a morte presumida surge da necessidade da sociedade em cimentar e consolidar o estado das pessoas, não se aceitando a incerteza perpetuada da vida ou morte de certo indivíduo, com todas as consequências jurídicas que se possam antever, alicerçando-se tal regime numa presunção ilidível da morte do ausente.

Em sentido contrário, de forma pragmática, Almeida, em comentário ao regime da ausência no póstumo Código de Seabra, que transcrevermos pela relevância do raciocínio que nos parece de aplicar analogamente ao atual regime da morte presumida, refuta a ideia de uma verdadeira presunção legal. De acordo com autor, não existe qualquer *praesumptio jūris* de morte, porquanto a existência do ausente é sempre incerta. Acrescenta que se a lei estabelecesse uma presunção legal de morte, *então, quando houvesse contradição entre as verdades natural e legal- o que sucederia quando o ausente estivesse vivo, mas legalmente presumido morto- a segunda prevaleceria, uma vez que reconhecida a legitimidade do Estado, reconhecida é também a soberania das leis: o que não sucede, porquanto o ausente tem a faculdade de recuperar os seus bens* (Almeida, Ano 6º, p. 217).

Prossegue a mesmo autor, negando também a existência de uma *praesumptio facti* de morte em qualquer fase da ausência, afirmando que apenas se trata de uma presunção⁶¹ que reveste a natureza de simples probabilidade ou suposição, alicerçadas na experiência de vida. Assume ainda que tal suposição, ou probabilidade, além de perpetuar a incerteza da existência do ausente, é juridicamente irrelevante⁶²(Almeida, Ano 6º, pp. 218-220).

⁶¹ Refere o autor que não se consolida uma verdadeira presunção, porquanto da ausência prolongada e injustificada do indivíduo (facto conhecido), não se firma a sua morte (facto desconhecido).

⁶² No nosso entendimento, o regime da morte presumida, afirma-se como verdadeira presunção legal, sendo a incerteza da morte do ausente concretizadora da natureza ilidível daquela presunção.

Arriscamos divergir com tal posição pois, pese embora se aceite e respeite o entendimento do autor em relação à morte presumida como uma mera suposição, negando a sua natureza presuntiva, factual ou legal, discordamos da irrelevância jurídica da mesma. De facto, já em douto Código de Seabra eram manifestas as consequências jurídicas, ainda que apenas patrimoniais, impostas pelo decorrer do tempo desde as últimas notícias do ausente. Uma relevância jurídica concretizada na efetivação da partilha, ainda que a título resolúvel, e no chamamento dos herdeiros à titularidade das relações jurídicas do ausente.

Mais, discordamos com a posição do autor, na medida em que não é a natureza ilidível da presunção que a afasta daquele conceito. Assim, uma presunção, ainda que ilidível, continua a consubstanciar o raciocínio dedutivo em que, de um facto conhecido, se firma um desconhecido, pelo que, a natureza da presunção, só releva em termos probatórios, não admitindo prova em contrário as presunções legais inilidíveis.

No atual Código Civil, concertamos por uma verdadeira presunção legal, tal como se denota da interpretação literal do artigo 115º, em conjugação com os requisitos para a declaração judicial de morte presumida. De acordo com aquele regime, conhecendo-se a ausência por dez anos (por via de regra) do indivíduo, infirma-se um facto desconhecido, *in casu*, a morte do ausente. Decorrem, da referida presunção legal, os efeitos jurídicos positivados em douto regime, em equiparação com os efeitos jurídicos da morte real, nos termos do artigo 68º do C.C., com a ressalva, ainda que irrelevante, da não dissolução do casamento.

Julgamos que, a natureza ilidível da presunção legal, tem como principal intuito a tutela do ausente no caso do seu regresso, porquanto nunca se consideraria inilidível tal presunção perante o reaparecimento do “morto”.

Poderia, ao invés, o legislador ter optado por presumir a vida do ausente, no entanto, e no caso deste nunca regressar, ou dele se ter notícias, conformar-se-ia a ridícula situação de se consolidar a eternidade jurídica da pessoa singular. Conformar-se-ia ainda uma verdadeira contradição com a finitude humana, com grave prejuízo para os sucessores, cônjuge ou unido de facto e credores do ausente, na medida em que, as diligências a assumir em conformidade com aquela suposição, declinariam na administração, também

eterna dos bens do ausente por simples representantes legais, estranhos⁶³ ao interesse na conservação do património daquele.

Somos assim do entendimento que o regime da morte presumida alicerça-se numa verdadeira presunção legal, que se impõe cumulativamente como *ratio legis* do regime, o que parece ter acolhimento na nova redação do artigo 115º do C.C.. Ainda que não se consolide a equiparação absoluta, com os efeitos decorrentes da morte real, encontra-se consolidada e expressamente positivada, a natureza presuntiva do preceito. Ademais, e nos termos do artigo 119º do C.C., ousamos afirmar que a possibilidade de se ressuscitar o morto presumido apenas tem efeitos na natureza da presunção, qualificando-a como ilidível.

Na utópica possibilidade do regresso do ausente, deverá tal factualidade declinar na afirmação da vida daquele, ao invés da sua morte, em contradição com a declaração judicial da mesma.

⁶³ Na hipótese de não ser requerida a curadoria definitiva, mantendo-se a curadoria provisória, cuja *ratio* alicerça-se no verosímil regresso do ausente.

3. Personalidade jurídica vs. capacidade jurídica

Pela relevância dos conceitos da personalidade e capacidade jurídicas, para a efetiva compreensão da realidade do E.V.P., impõe-se debruçarmo-nos sobre aquelas, vertendo o contributo da doutrina e da jurisprudência, sem prejuízo da crítica jurídica que ousaremos fazer. Uma exposição que assumimos como um desafio à atual convicção do legislador civil pela possibilidade da subsistência de uma personalidade jurídica atípica, caracterizada pela inexistência de capacidade de exercício ou de gozo de direitos, cuja extinção se precipitou à cessação daquela.

Sendo inócuas as capacidades de exercício e de gozo de direitos, decorrentes de um total alheamento da realidade e da ausência de consciencialização do vegetante do mundo exterior, deverão aquelas autonomizarem-se da personalidade jurídica, cuja cessação se relegará para o momento da morte biológica, nos termos do artigo 68º, nº1 do C.C..

A contemporaneidade da cessação da personalidade jurídica, com a finitude humana, assume-se como garante do respeito pelo corpo que acolhe aquela, imposto pela dignidade da pessoa humana, sendo esta inegável desde o nascimento completo e com vida até ao momento da finitude humana.

Face à inovação jurídica proposta⁶⁴, defendemos uma exposição essencialmente dogmática dos conceitos que nos conduza a um raciocínio dedutivo e juridicamente válido, alicerce da proposta legal que pretendemos equacionar, em prole de uma justiça material quando confrontada a realidade do vegetante com a realidade do morto presumido.

Assim, e apesar de antevermos um contributo jurisprudencial amiúde, quer pela especificidade da realidade do E.V.P., quer pela inovação supra antecipada, sempre se aceitará um contributo mediato e em conformidade com a doutrina (ainda que minoritária).

Serão assim decalcados os conceitos de personalidade e capacidade jurídicas, sem prejuízo da enunciação dos direitos de personalidade, após conceptualização dos mesmos, reservando-lhes, em sede própria, uma referência às suas características e tutela geral da personalidade com enfoque na que ao vegetante concerne.

⁶⁴ Assumimos também como controversa, promotora de ulterior e inevitável querela jurídica, a conceptualização de uma personalidade jurídica atípica, despida de qualquer capacidade de exercício ou de gozo de direitos.

Assim, emerge a necessidade de definir, não só a amplitude ou a possibilidade de restrição da personalidade e capacidade jurídicas, bem como o momento do seu início e da sua finitude, pelas consequências jurídicas que aquelas acarretam aquando da morte e da declaração judicial de morte presumida, àquela equiparada, com exceção da dissolução do casamento como já supra, e criticamente, explanamos.

Subsistindo a personalidade jurídica até à morte biológica ou morte cerebral, medicamente decretada nos termos legais, impõe-se a referência à tutela geral da personalidade. Cumpre-nos então perceber quais os direitos de personalidade que integram a cláusula geral de personalidade, bem como a possibilidade de autorrestricção desses mesmos direitos, afastando assim a tutela jurídica a ela reservada.

Uma abordagem que entendemos como, umbilicalmente, ligada aos conceitos de morte e dignidade da pessoa humana, enquanto pressupostos e limites temporais da personalidade e capacidade jurídicas.

Antecipamos de imediato a divergência na doutrina e na jurisprudência em relação aos conteúdos que nos propomos abordar, sem prejuízo das intermináveis querelas jurídicas em torno do início e fim da personalidade jurídica, cuja convocação da bioética se impõe como intransponível.

3.1. Conceito e delimitação temporal

O reconhecimento da personalidade humana encontra contemporaneidade no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo que, e à semelhança desta, se impõe como uma verdadeira conquista civilizacional.

A personalidade humana surge como evidência da reatividade aos massacres de outrora, entre os quais as atrocidades realizadas aquando da segunda guerra mundial, reiterando e transportando o homem para o centro e fundamento do Direito.

O desenvolvimento da personalidade, além de conformado como verdadeiro direito fundamental, surge como *ratio* e fundamento da dignidade humana, alicerçado na autodeterminação e autonomia dela decorrentes, que se reconhecem a qualquer ser humano única, e tão só, pela sua condição de pessoa.

A personalidade é definida por Carver e Scheier como uma *organização interna e dinâmica dos sistemas psicofísicos que criam os padrões de comportar-se, de pensar e de*

sentir característicos de uma pessoa. Esta definição de trabalho salienta que personalidade: é uma organização e não uma aglomerado de partes soltas; é dinâmica e não estática, imutável; é um conceito psicológico, mas intimamente relacionado com o corpo e seus processos; é uma força ativa que ajuda a determinar o relacionamento da pessoa com o mundo que a cerca; mostra-se em padrões, isto é, através de características recorrentes e consistentes; expressa-se de diferentes maneiras - comportamento, pensamento e emoções (wikipedia.org).

A personalidade é então produto das características endógenas de cada qual em confronto com as experiências de vida, impondo-se a influência das características exógenas no desenvolvimento daquela, sendo que as experiências de cada um serão, sempre, fruto das suas escolhas e, bem assim, também decorrentes da autonomia e autodeterminação que lhes são reconhecidas.

A personalidade jurídica impõe-se como conceito extrajurídico⁶⁵, dela emergindo a capacidade de gozo de direitos, distinta da capacidade de exercício de direitos ou capacidade de agir, que só se adquire com a maioridade ou emancipação. A capacidade de exercícios de direitos é definida como *a idoneidade para atuar juridicamente, adquirindo e exercendo direitos, assumindo e cumprindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou através de um representante voluntário* (Mota Pinto, 2005, p.220).

Concordando com Costa Gonçalves, começando por recordar a jovialidade da distinção entre capacidade e personalidade jurídicas na cultura jurídica europeia, assume que aquelas em nada se aproveitaram da conceptualização de outros tantos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito Civil levada a cabo pela Escola da Exegése e Pandectística. Lembra aquele autor, o monismo conceptual com recurso ao termo da capacidade jurídica utilizado como sinónimo de personalidade jurídica, porquanto, somos do entendimento que, a distinção entre os conceitos não seria naquela época sequer querelizada, adiantado ademais que a conceptualização dos termos não existia no período

⁶⁵ Em Ac. do STJ de 3 de março de 2014, sublinha-se que, *segundo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do C.C., deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.*

pré-codificação, quer na cultura jurídica europeia em geral, quer na cultura jurídica portuguesa em especial (Costa Gonçalves, 2015, pp. 121-124).

Para Cunha Gonçalves, *a personalidade ou capacidade jurídica é a precondição ou pressuposto de todos os direitos; e, por isso, ela encontra-se até nos recém-nascidos e nos dementes, ou em qualquer outro ente que ao qual a lei a reconhece; mas há uma capacidade de agir, que supõe a capacidade jurídica, sendo uma situação diversa. A personalidade é o homem jurídico num estado por assim dizer estático; a capacidade⁶⁶ é o homem jurídico no estado dinâmico* (Cunha Gonçalves, 1929, p.182).

Ousamos arriscar um entendimento em nada excludente da visão da doutrina, porquanto defendemos a não equiparação entre os conceitos, concretizando o dualismo conceptual. De facto, quando perpetuamente gorada a expectativa de ser titular de direitos ou obrigações, impõe-se como inócua qualquer capacidade de exercício ou de gozo de direitos. Assim, as capacidades de exercício ou de gozo de direitos, assumem-se como uma verdadeira capacidade de direito, tão só, e apenas, se verificadas a consciência e uso da razão que qualquer relação jurídica reclama.

Em sentido divergente, Manuel de Andrade defende que não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade, nem o contrário. Pode é a capacidade jurídica de uma pessoa ser mais ou menos circunscrita (Andrade, 2003, p.30).

Delimitando o problema, está em causa, *não quais os direitos e vinculações que a uma pessoa podem caber, mas a medida em que é admitida a exercê-los ou cumpri-los* (Diogo & Januário, 2007, p. 205). Entendemos em aresto que as capacidade de exercício e de gozo de direitos, pressupõem uma consciencialização e uso da razão do indivíduo, pelo que, não podem aquelas serem equiparadas à personalidade jurídica, reconhecida desde o nascimento completo e com vida, independentemente da concretização daquelas.

⁶⁶ A palavra capacidade deriva do latim *capacitas*, significando *espaço interior de um corpo vazio; grandeza desse espaço (com relação ao que pode conter); aptidão, competência; talento; pessoa entendida; probidade; faculdade que torna apto; possibilidade legal*. "capacidade", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa ([em linha], 2008-2021, <https://dicionario.priberam.org/capacidade> [consultado em 13-01-2022]).

Em homogenia, aceita-se a capacidade de gozo de direitos como a medida de susceptibilidade de titularidade de relações jurídicas, não resolvendo a questão da possibilidade de “atitularidade” daquelas mesmas relações, por gorada tal expectativa⁶⁷.

Citado por Costa Gonçalves, Savigny, numa clara expressão do monismo conceptual, afirma que o conceito de capacidade deve ser entendido como possibilidade de ser titular de direitos e, deste modo, ser parte em certa relação jurídica, defendendo que, *quem pode ser titular ou sujeito de uma relação jurídica? Esta questão tem que ver com a possibilidade de ter direitos, ou capacidade jurídica (...) e, bem assim, adensa-se a homogeneidade dos conceitos. Pelo contrário, num claro dualismo conceptual, Arndts, toma os conceitos por equivalentes, defendendo que a pessoa em sentido jurídico é um indivíduo que é ou pode ser sujeito de direitos. Nos casos em que alguém é reconhecido como tal, existe personalidade, capacidade jurídica* (Costa Gonçalves, 2015, p.122).

Entre nós, já o revogado Código de Seabra, adoptava a capacidade e personalidade jurídicas como conceitos sinónimos e realidades equiparadas. Também, Dias Ferreira, reitera a diluição concetual, afirmando que *no actual estado do direito philosophico se emprega mais particularmente a palavra pessoa, quando se quer designar o homem pelo lado juridico, ou se faz referencia propriamente á sua capacidade jurídica, comquanto não haja homens sem personalidade, isto é, sem possuírem direitos absolutos, e a faculdade jurídica de adquirirem os hypotheticos* (Costa Gonçalves, 2015, p.123).

Por sua vez, Miranda Barbosa, reflete que *a todas as pessoas, em nome da ineliminável dignidade se lhes reconhece, e como decorrência da capacidade de gozo (atinente não à suscetibilidade de pôr em movimento uma esfera de direitos, mas à titularidade desses mesmos direitos, traduzindo-se na suscetibilidade para ser titular de um círculo mais ou menos amplo de direitos e obrigações) que se lhes reconhece, têm capacidade de exercício* (Miranda Barbosa, 2019, pp. 1450-1451), pelo que, naturalmente caminham para a sua plenitude aquando da maioridade.

⁶⁷ A equivocidade terminológica é firmada por Pais de Vasconcelos quando relembra que, em homogenia, a doutrina alemã usa indistintamente os termos personalidade e capacidade de gozo, sem deixar de lembrar que no artigo 6º do póstumo Código de Seabra tão só se vertia o termo “capacidade” (Pais de Vasconcelos, 2003, p.69).

É do desenvolvimento da personalidade que se desemboca numa identidade, enquanto reflexo da infungibilidade de cada indivíduo, materializada no património de valores, ideologias e projetos de vida. Neste entendimento, sem se imiscuir do cunho jurídico, Capelo de Sousa, afirma que *podemos definir positivamente o bem da personalidade humana juscivilistamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autónomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, socioambientalmente integrados* (Capelo de Sousa, 2005, p. 117).

Parece-nos pertinente, no respeito pelo rigor jurídico, esclarecer como pleonástica o acoplamento do termo “livre” ao conceito de desenvolvimento da personalidade, já que, sendo a liberdade decorrente da dignidade da pessoa humana, sempre se assumiria aquela como um *prios*, garantida a jusante, independentemente desta ser reconhecida ou positivada a montante. Assim, aquele conceito, consolida-se como um verdadeiro direito à individualidade, no seu conteúdo positivo e negativo, cuja amplitude extravasa o livre desenvolvimento à personalidade assumido no artigo 26º, nº1 da C.R.P..

Relativamente à delimitação temporal da personalidade jurídica, antes de qualquer indagação, assumimos como realmente consensual a querela jurídica a ela reservada, quer no que ao seu início se impõe, quer no que à sua cessação⁶⁸ se pugna, e à qual não é a bioética alheia, sem prejuízo das consequências jurídicas decorrentes das diferentes posições.

O início da personalidade jurídica, encontra-se definido *op legis* nos termos do artigo 66º, nº1 do C.C., vertendo-se que *a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida*. Esbatendo as dúvidas dos mais séticos, acrescenta o nº 2, do mesmo preceito legal, que *os direitos que a lei vai reconhecer aos nascituros dependem do seu nascimento*.

O nascimento, surge assim como uma autêntica causa suspensiva, pelo que, a conceção humana, é juridicamente irrelevante se o nascimento não ocorrer naqueles termos. No entanto, a possibilidade de doação a nascituros faz acreditar que o artigo 66º,

⁶⁸ Não é propriamente controverso o momento da cessação da personalidade jurídica, mas os critérios de morte que a determinam.

nº 1 do C.C. se restringe à capacidade de gozo *strictu sensu*, afastando-a, numa interpretação teleológica, para quem a defende, da sua equiparação à personalidade jurídica, porquanto é compaginável ser titular de direitos em momento anterior ao previsto naquele preceito⁶⁹.

De forma distinta, mas ainda convocável, pelo raciocínio que queremos levar a bom porto, reconhecemos a dignidade humana ao nascituro, sem, no entanto, reconhecer-lhe personalidade jurídica pela insusceptibilidade lógica daquele ser titular de relações jurídicas. No que ao vegetante concerne, sempre concordaremos que, tal como ao nascituro, se lhe reconhece dignidade, mas tendo em conta, e diferentemente daquele, que efetivou a causa suspensiva do nascimento completo e com vida, somos obrigados a reconhecer-lhe, também, personalidade jurídica. O reconhecimento da personalidade jurídica ao vegetante é imposto pela factualidade de ultrapassada a condição suspensiva de aquisição daquela, *in casu*, o nascimento completo e com vida⁷⁰.

De facto, são a inconsciência e insusceptibilidade do uso da razão comuns quer ao vegetante, quer ao nascituro, mas enquanto este vê a sua capacidade de gozo sujeita a condição suspensiva do nascimento completo e com vida, aquele assumiu a sua condição de inconsciência como condição resolutive daquela mesma capacidade.

Acreditamos que a personalidade jurídica, decorre da dignidade da pessoa humana, impondo-se também, e cumulativamente, a conjugação desta com a concretização da efetivação da causa suspensiva do nascimento completo e com vida.

Neste entendimento, e ainda aplicável ao indivíduo em E.V.P., Engelhardt, citado por Costa Fernandes, defende que *os fetos, bebês, os débeis mentais, e os indivíduos em*

⁶⁹ Discordamos que o nascituro se assumia como titular de relações jurídicas, uma vez que, essa titularidade está sujeita a condição suspensiva, e não resolutive, do nascimento completo e com vida daquele. Assumimos o nascituro como titular, *nativitas causa*, de relações jurídicas.

⁷⁰ Pensamos que seria possível reconhecer personalidade jurídica atípica ao nascituro, nos mesmos termos que o defendido para o vegetante, porquanto, em ambos, permanecem inócuas as capacidades de exercício e de gozo de direitos. Nesse entendimento, seriam as questões controversas em relação ao início da vida alicerçadas na personalidade jurídica e na tutela geral da personalidade, ao invés de alicerçadas na dignidade da pessoa humana.

coma são exemplo de “não pessoas humanas” por lhes faltar autoconsciência e por isso não têm status, em si e por si, na comunidade moral (Fernandes, 2021, p. 187).

A personalidade jurídica, impõe-se ao Direito pela suscetibilidade do indivíduo ser titular de direitos e obrigações, o que nos fará, de imediato, equacionar o *quantum* de amplitude desta no sujeito em E.V.P., enquanto presumimos, o vegetante, insuscetível de qualquer relação jurídica decorrente do seu, clinicamente assumido, estado irreversível de inconsciência e impossibilidade do uso da razão. Aceitamos, ainda, como irreprestinável, a suscetibilidade de ser sujeito de relações jurídicas. Não queremos deste modo afastar a aquisição *ipso facto* da personalidade jurídica desde o nascimento completo e com vida, no entanto, não se nos afigura possível, ou sequer civilizacional, conceber a pessoa sem lhe reconhecer a respetiva personalidade, enquanto decorrência inegável da dignidade da pessoa humana, relegando o problema para a equiparação da personalidade jurídica com a capacidade jurídica⁷¹.

Concordamos com González, no seu comentário ao preceituado no artigo 66º do C.C., quando afirma que a personalidade jurídica é a aptidão de ser titular de direitos e deveres, sem deixar de a distinguir da capacidade jurídica enquanto medida daquela aptidão, aceitando-se subtilmente, a possibilidade da sua inexistência. Assume, ademais, a personalidade como um instrumento técnico-jurídico, alicerce de direitos e deveres que se impõe ao Direito pela sua decorrência da dignidade da pessoa humana, pelo que não pode ser negada (González, 2011, pp. 86-90).

A partir do século XX adensa-se a querela da distinção terminológica, dando origem ao dualismo conceptual, cuja influência doutrinal alemã foi manifestamente determinante. Alicerçado na natureza qualitativa da personalidade jurídica, Enneccerus/Kipp afirma que, *o conceito de direito (subjetivo), reconhecido pelo ordenamento como um poder relevante dirigido à satisfação de interesses humanos, requer um sujeito a quem o poder é conferido, um sujeito jurídico ou, como igualmente se*

⁷¹ Em Ac. do STJ de 03 de abril de 2014, lê-se que *segundo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do C.C., deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.*

diz no discurso jurídico, uma pessoa. A personalidade não é um direito subjetivo, mas sim uma qualidade jurídica, pressuposto de todos os direitos e obrigações, da capacidade jurídica (Costa Gonçalves, 2015, p.125).

Concordamos na íntegra com douda posição doutrinária, pelo que a personalidade jurídica surge como um conceito de natureza qualitativa imanente a qualquer indivíduo apenas, e tão só, pela condição de ser pessoa.

De forma distinta, ainda que tenuemente, alcançamos que a capacidade de gozo impõe-se como uma dimensão quantitativa, concretizada na medida da suscetibilidade de direitos e de deveres. Esclarece-nos, Uggiero, que *a capacidade jurídica (de gozo) é apresentada como a idoneidade para ser sujeito de direito e, neste sentido, identifica-se com o conceito de personalidade jurídica. A capacidade de agir, ou capacidade em sentido próprio, é tomada no sentido de exercício, pelo sujeito, de posições jurídicas, ou seja, tomada no sentido de capacidade jurídica* (Costa Gonçalves, 2015, p.126). Tenderíamos a concordar, porquanto, *em ambos os conceitos subjaz a consideração estática do sujeito, a sua qualidade de pessoa* (Costa Gonçalves, 2015, p.128). No entanto, entendemos que, perante um indivíduo insuceptível de consciência ou do uso da razão, não assiste qualquer idoneidade a ser titular de relações jurídicas, sem que deixemos de aceitar a consagração *op legis* da sua personalidade jurídica desde o seu nascimento completo e com vida.

Neste entendimento, concordamos que a personalidade jurídica surge como um *prios* em relação à capacidade, sendo que o inverso não acontece, pelo que, também se nos afigura possível que, no vegetante, esta possa permanecer lacunosa, porquanto inócua, decorrente da impossibilidade do uso da razão e da consciência que qualquer titularidade de relações jurídicas reclama.

Por conseguinte, e apesar dos esforços da dogmática e da doutrina, assume-se entre nós a concretização do dualismo conceptual, com reflexo na sistematização dos conceitos, ficando, até aos dias de hoje, por aclarar a distinção entre aqueles. Antagonicamente, permanecem os mais sétricos convictos da equiparação entre personalidade e capacidade jurídicas.

Defendemos a não equiparação entre os conceitos previstos nos artigos 66º e 67º do C.C., até pelo argumento sistematizador, estando a capacidade jurídica prevista e

delimitada conceptualmente em preceito distinto do reservado ao mesmo efeito para a personalidade jurídica. Se atentarmos ao argumento literal, aceitamos a capacidade jurídica como uma faculdade decorrente da palavra “podem”, em congruência com a ideia de suscetibilidade de ser titular de relações jurídicas. Porém, afigura-se-nos razoável, porque lógico, que a capacidade jurídica pode nunca vir a se concretizar, bem como, tornar-se supervenientemente inexecutável, não obstante se reconhecer doutra expectativa a qualquer indivíduo com nascimento completo e com vida.

De facto, no indivíduo em E.V.P., pode aquela expectativa ser definitivamente gorada, sendo irreprestinável a suscetibilidade de relações jurídicas, anteriormente possível, porquanto, outrora, compatível com um estado de consciência e suscetibilidade do uso da razão.

Antecipando um raciocínio dedutivo, deverá ser reconhecido ao vegetante a sua personalidade jurídica como imanente a qualquer pessoa por imposição da dignidade da pessoa humana⁷². É a personalidade jurídica garante da tutela geral da personalidade do vegetante, garantindo-lhe a efetivação dos direitos de personalidade compatíveis com aquela condição, restringindo-se estes, e no nosso entendimento, a um núcleo alicerçado na essencialidade humana. No mesmo raciocínio, serão sempre incompatíveis com aquela tutela, os direitos de personalidade decorrentes da autodeterminação e autonomia do indivíduo. Então, e se bem se reconhece a personalidade jurídica *ipso facto*, enquanto entidade pré-jurídica, também será de reconhecer, *ipso jure*, a atipicidade daquela, decorrente da insusceptibilidade de facto de capacidade de exercício e de gozo de direitos.

⁷² Para Oliveira de Ascensão, citado por Costa Gonçalves, *desde que uma entidade seja titular de situações jurídicas, é pessoa, seja qual for o número dessas situações. No limite, podemos dizer que quem tem tiver uma única situação é já pessoa. Se a tem é porque tem a suscetibilidade de ser titular. isto é muito importante para o esclarecimento dos casos duvidosos, pois basta a determinação de um direito para ter de se concluir que há personalidade jurídica acrescentando que quem tiver capacidade tem necessariamente personalidade, pois este conceito é prévio (...). É-se mais ou menos capaz, mas não se é mais ou menos pessoa* (Costa Gonçalves, 2015, p. 138).

Assim, impondo-se uma medida de capacidade inócua, deverá se determinar como inviável a possibilidade de concretizar a expectativa e faculdade, vertida no nº 1 do artigo 67º do C.C.⁷³.

Para Miranda Barbosa, a capacidade jurídica, pode ser descrita como a *idoneidade para atuar juridicamente, adquirindo e exercendo direitos, assumindo e cumprindo obrigações, por ato próprio ou através de um representante voluntário* (Miranda Barbosa, 2019, p.1450).

Relativamente à cessação da personalidade jurídica, não nos alongaremos, resignando-nos à ausência de qualquer querela doutrinária ou jurisprudencial, sendo pacífica a interpretação do artigo 68º nº1 do C.C. que determina a personalidade cessa com a morte, sem que se afaste a tutela geral da personalidade para efetivação dos direitos de personalidade que àquela sobrevenham.

De facto, e tendo em conta o tema em estudo, nada se nos afigura de incompatível a aceitação do hiato temporal da personalidade supra exposto, quer no que ao início concerne, quer no que à sua finitude se determina. A problemática impõe-se a montante e não a jusante.

Aceitamos, pela sua indiscutibilidade, a existência da personalidade jurídica nos termos legais, no que à sua delimitação temporal se impõe, sem prejuízo de pugnarmos pela não equiparação da capacidade jurídica àquela, já que, e concordando com a lei, esta deverá ser a medida daquela no que à expectativa de ser titular de direitos e obrigações concerne. Não se concretizando essa expectativa quantitativa, reconhecida no momento da aquisição da personalidade, ou impondo-se aquela como irreversivelmente, inconcretizável, deverá a personalidade jurídica considerar-se atípica pela extinção da capacidade jurídica, declinando na autonomização desta em relação àquela. Impõe-se assim, de forma mediata, os efeitos jurídicos decorrentes da firmada personalidade jurídica atípica, *in casu*, os efeitos, pessoais e patrimoniais, decorrentes da extinção da capacidade jurídica aquando da sua contemporaneidade e decorrência da cessação da personalidade jurídica, nos termos do preceituado nos artigos 68º, nº 1 e 115º, ambos do C.C..

⁷³ Artigo 67.º (*Capacidade jurídica*): *As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica.*

3.2. Direitos de personalidade

Começar pelo princípio, independentemente da temática ou da sua complexidade, sempre se adivinhou como uma estratégia sensata. Assim, a título introdutório, ousamos concordar com Menezes Cordeiro, aceitando que a contemporaneidade e jovialidade dos direitos de personalidade, no privatismo português, refletem não só a incultura jurídica, como também a obsessão pelo positivismo que marcou o século XX. Enaltecia-se então, a contradição entre uma tradição humanista, e a tardia tutela da personalidade, até então alcançada através de uma tutela publicista alicerçada no instituto do direito de petição, no direito penal e no direito constitucional. De acordo com o mesmo autor, a mudança de paradigma, imposta pelo liberalismo, assume as suas raízes nos ideais da Revolução Francesa, com evidência pelo acatamento pelo legislador constitucional português logo em 1821 e 1822, dedicando um catálogo aos direitos individuais dos cidadãos na Lei Fundamental⁷⁴ (Menezes Cordeiro, pp. 1229-1250).

Em 1933, assumia-se, na Lei Fundamental, um extenso catálogo de direitos e garantias individuais, cuja efetividade seria relegada à semântica por via da prática do regime do Estado Novo.

Em 1976, num claro espírito reacionário pós revolucionário, surge uma constituição com extenso catálogo de direitos fundamentais, dos quais decorrem os direitos de personalidade. Eram, os direitos de personalidade, concretizados em lei civil em respeito pela conformidade material com doura fonte, sem prejuízo do relevo já existente destes direitos no Código de Seabra, mas cuja operacionalidade dogmática, ficava aquém do desejável, fruto da capacidade analítica e sistematizadora presentes em póstumo diploma (Menezes Cordeiro, pp. 1229-1250).

Assim, aludindo a uma eventual curiosidade histórica, o derogado Código Civil de Seabra, concretizava os direitos de personalidade apelidando-os de direitos originários, cuja inalienabilidade e irrestritividade tendencial eram já evidentes, surgindo os direitos de

⁷⁴ Em termos epigráficos, a título de curiosidade, em 1821 o Catálogo de Direitos assumia a epígrafe *direitos individuais dos cidadãos*, sendo que, em 1822, vertia-se enquanto epígrafe *dos direitos e deveres dos cidadãos portugueses*. Claramente numa acalmia revolucionária se entende que além de direitos, a todos deverão ser impostos deveres.

personalidade em duto diploma legal de forma enunciativa no artigo 359º. Eram aqueles direitos enaltecidos como fonte de todos os outros, impondo-se em posteriores artigos a concretização da amplitude de cada um de *per si*. Eram então reconhecidos o direito de existência, de liberdade, de defesa, de associação, de apropriação e de defesa.

É notória a convação da *ratio* e conteúdo dos direitos de personalidade decalcados nos preceitos de póstuma legislação nos atuais e vigentes preceitos legais que concretizam o regime da tutela geral da personalidade. Concordamos com uma tutela não materialmente equidistante mas, tão só, sistematicamente distinta, quando confrontados ambos diplomas. É tal circunstância constatada em duto Código de Seabra pela positivação longínqua (em termos sistemáticos) da tutela de tais direitos originários, quando confrontada com a conceptualização e delimitação do seu conteúdo. Assim, só no artigo 2383º do referido diploma, homólogo do vigente artigo 70º do C.C., se estatui a reparação dos danos pela violação dos direitos originários, que podiam dizer respeito à personalidade física ou moral^{75 76}.

Em aresto, pelejamos por uma reparação dos direitos de personalidade, na forma de compensação, ainda que, formalmente, se imponha na forma de indemnização, aquando da violação de direitos de personalidade patrimoniais. De facto, a pessoalidade destes direitos extravasa o carácter patrimonial que alicerça qualquer indemnização, sem prejuízo de, e à semelhança desta, se concretizar no enriquecimento patrimonial do titular do direito de personalidade violado às custas do autor da violação daquele. À reintegração do direito de personalidade violado, acresce ao lesado a quantia pecuniária devida por aquela violação, excepto nos casos de tutela antecipatória⁷⁷, em que a indemnização só poderá fundar-se na ameaça.

Sendo a reparação decorrente da violação dos direitos de personalidade patrimoniais, defendemos a constituição de uma verdadeira, material e formal, obrigação

⁷⁵ A título meramente exemplificativo do raciocínio levado a cabo, vertemos o artigo 360º do Código de 1867, *o direito de existência não só compreende a vida e a integridade pessoal do homem, mas também o seu bom nome e reputação, em que consiste a sua dignidade moral.*

⁷⁶ O abuso de direito, surge como limite ao direito de ação, não se assumindo, nos termos do preceituado artigo 364º do Código de Seabra, como instituto autónomo.

⁷⁷ Sob pena de enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 473º do C.C..

de indemnizar.

Debruçando-nos criticamente sobre o tema, aceitamos um paralelismo entre a natureza qualitativa da reparação dos danos, *in casu*, compensação ou indemnização, a qualificação dos direitos de personalidade como não-patrimoniais ou patrimoniais e a possibilidade de consentimento de lesão daqueles ou renúncia à tutela efetiva dos mesmos.

Parece-nos então de fácil entendimento, a possibilidade de recurso ao abuso de direito, na modalidade *venire contra factum proprium*, daquele que, consentindo na violação do direito, vem exigir a reparação decorrente da reintegração do mesmo.

Pode ainda ser consentida a violação de um direito de personalidade, com vista à reparação de outro que, hegemonicamente, se impõe em relação àquele, pela convocação do princípio da proporcionalidade e, bem assim, aceitamos o consentimento da violação de todo e qualquer direito de personalidade quando, e a título meramente exemplificativo, conflitar com o direito à vida, sendo este pressuposto lógico de todos os demais.

Relativamente aos direitos de personalidade e à sua tutela, tal como hoje a conhecemos na sua consagração privatista, ultrapassada a ubiquidade da pessoa ser em simultâneo objeto e sujeito de direito^{78 79}, reconhece-se o contributo de Manuel de Andrade que, alicerçado, quer no Código Civil Italiano de 1942, quer no Código de Seabra, e no que ao conteúdo dos então *direito originários* concerne, propõe uma catalogação diferente, através de uma técnica de sistematização jurídica distinta. Defendia o autor, uma efetivação com expressão num único regime. Um regime em que se vertesse, quer a identificação dos direitos de personalidade, quer a sua tutela preventiva ou reparadora, aceitando-se como uma diferença mais formal que propriamente material (Menezes Cordeiro, pp. 1243-1246).

Estamos convictos que, a amplitude do regime dos direitos da personalidade conferida pela positivação de normas gerais, coloca a insuficiência daquela concretude como aliada para fazer face aos perigos decorrentes da tutela de direitos sobre a própria

⁷⁸ *Ius in se ipsum* - direito sobre si própria.

⁷⁹ Pontes de Miranda, esclarece que o *direito à personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo; é aquele poder in se ipsum, a que juristas do fim do século XV e do século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo, in corpus suum potestas* (Beltrão, 2010, p.216).

pessoa⁸⁰, adiantados outrora por Cabral de Moncada (Menezes Cordeiro, p. 1240).

Não amiudamente, surge o confronto entre direitos de personalidade e direitos fundamentais⁸¹ que, embora distintos, nem sempre é serena a sua destrição em particular.

Arriscando uma conceptualização alicerçada na legitimidade passiva, parte da doutrina, assume os direitos de personalidade como oponíveis entre particulares e com fonte no direito civil, enquanto os direitos fundamentais oponíveis frente ao Estado, assumindo-se a Constituição como fonte destes. A distinção é, essencialmente, assente na legitimidade processual passiva, emergindo da posição dos sujeitos da relação jurídica e das pretensões que aqueles pretendem fazer valer com o exercício do direito, relegando os direitos de personalidade para o direito privado e os direitos fundamentais para o direito público (Cifuentes, 1995, p. 225). Assim, podem certos direitos fundamentais serem densificados e concretizados em direitos de personalidade, assumindo-se a tutela daqueles de forma mediata. Aceitamos, ainda, a multijuridicidade convocada aquando da ofensa de um bem da pessoa, *in casu*, a tutela civil, penal, constitucional e até disciplinar, em respeito pela unidade jurídica com amparo no artigo 9º do C.C..

Os direitos da personalidade são predominantemente assumidos como liberdades ou direitos contra os outros. Numa contemporaneidade perigosamente amoral, e eticamente neutral, a proteção dos direitos de personalidade decorre do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente consagrada, concretizando o seu carácter irrenunciável, imprescritível e inalienável.

A inalienabilidade dos direitos de personalidade não prejudica a possibilidade do consentimento da sua violação ou renúncia da sua tutela, balizadas pela ordem pública, bons costumes e de acordo com o direito de personalidade violado. Sempre adiantaremos que, quanto mais ligado o direito de personalidade à essencialidade da pessoa, menor disponibilidade nas faculdades aludidas, com eventual transladação da tutela privada para a tutela pública.

⁸⁰ De acordo com Pontes de Miranda, *não se diga que o objeto é o próprio sujeito; nem se pode dizer que, nele, o eu se dirige ao próprio eu* (Beltrão, 2010, p.218).

⁸¹ Eloquentemente, Capelo de Sousa, relembra que *o direito geral de personalidade é sobretudo uma instituição de direito civil, embora juridicamente conexcionada com outros ramos da nomenclatura jurídica, particularmente com o direito penal e o direito constitucional* (Sousa, 1995, p.92).

A relação umbilical dos direitos de personalidade com a personalidade humana, reside na infungibilidade da pessoa humana, sem prejuízo de se estender a tutela daqueles para além da cessação desta.

Parece-nos, para já, e com a humildade que se impõe, uma visão demasiado reducionista, porquanto, existem direitos de personalidade que se conformam simultaneamente como direitos fundamentais (ex: direito à vida, integridade física, à saúde, entre outros). Aceitamos ainda a possibilidade da violação dos direitos de personalidade ser possível pelo Estado, bem como a violação de direitos fundamentais ser possível entre particulares, *in máximo*, com o crime de homicídio pela violação do direito à vida. Podem ainda existir direitos de personalidade que não se conformam como verdadeiros direitos fundamentais, como por exemplo, o direito de propriedade.

Independentemente da posição assumida, não deixaremos de convocar o conceito da dignidade da pessoa humana, aceitando que, a mutabilidade do mesmo, poderá sempre fazer ascender certos direitos de personalidade a direitos fundamentais, dotando-os de uma tutela reforçada, sem deixar de se lhes reconhecer a sua absolutidade. É da referida absolutidade que decorre a obrigação negativa, oponível *erg omnes*, no sentido de todas as pessoas se absterem de praticar atos que possam perigar o normal desenvolvimento da personalidade, sem prejuízo da restrição legalmente permitida, quando em conflito com outros direitos de personalidade, como consequência da interconexão característica destes direitos.

Aceitamos que a vida em sociedade concretiza a ubiquidade decorrente da absolutidade dos direitos de personalidade, porquanto, reúnem-se na mesma pessoa direitos de personalidade e obrigação de respeito por aqueles mesmos direitos de personalidade reconhecidos aos conterrâneos mundanos.

Os direitos de personalidade assumem-se como reais concretizações dos direitos fundamentais, pelo que, aceitamos a possibilidade de se estender a tutela àqueles reservada, aos direitos de personalidade existentes noutros ordenamentos jurídicos, em conformidade e respeito pelo preceituado no artigo 16º da C.R.P., estendendo assim o critério material previsto na consagração dos direitos fundamentais aos direitos de

personalidade⁸².

Os direitos de personalidade decorrem então, irrefutavelmente, das manifestações desta, sendo o seu exercício concretizado numa tutela com vista a um direito, não a ter, mas a ser pessoa.

3.3. Tutela geral da personalidade

Impõe-se agora verter o regime da tutela geral dos direitos de personalidade vigente, consagrando-se no artigo 70º do C.C., o direito à salvaguarda da integridade física e moral. Nos artigos 72º a 74º do mesmo diploma legal, fica ressalvado o direito ao nome, reservando-se os artigos 75º a 79º do C.C. à tutela relativa a cartas missivas confidenciais e direito à imagem, respetivamente. Finalmente, verte-se no artigo 80º do C.C., o direito à reserva da vida privada.

A tutela efetiva destes direitos concorre para o livre desenvolvimento da personalidade, em respeito pela autonomia e autodeterminação decorrentes da dignidade da pessoa humana, que no regime em apreço sobrevenham àquela, porquanto se permite a tutela geral da personalidade para além da finitude humana.

No nosso entendimento, alicerçados numa interpretação teleológica do artigo 71º daquele diploma legal, concordamos numa tutela dos direitos de personalidade além da morte compatíveis com a cessação da vida. Sempre se estranharia, e ridicularizando para melhor alcance de raciocínio, a proteção da integridade física do defunto, ainda que nas vestes do direito à saúde ou ao repouso enquanto concretizações daquela⁸³.

Adiantamos assim que, a tutela geral da personalidade, pode se protelar para além da existência do seu titular, como no caso do direito ao bom nome, cujo respeito e oponibilidade se mantém mesmo após a morte da pessoa. Aceitamos que a tutela geral da personalidade assume uma legitimidade atípica sempre que a natureza do direito de personalidade lesado se imponha, por razões óbvias, por pessoa distinta do seu titular.

⁸² Aceitamos a analogia conjugada com a interpretação jurídica, impondo-se que, a lei que permite o mais, também permite o menos de acordo com o argumento a *maiori ad minus*.

⁸³ Não se afasta a possibilidade de violação do direito à honra aquando do crime de profanação de cadáver, previsto e punível nos termos do artigo 254º do C.P..

Ademais, e sendo possível a tutela pelo titular do direito violado, acreditamos estar a legitimidade passiva restrita a este, sendo distinta a autonomização dos danos não patrimoniais, previstos no artigo 496º do C.C., enquanto dano próprio de pessoa diferente do lesado.

Relativamente à técnica legislativa, quis o legislador, de forma eloquente e num claro respeito pela dignidade da pessoa humana, imiscuir-se da enunciação exaustiva de todos os direitos de personalidade dignos de tutela civil, impondo-se uma cláusula geral de personalidade⁸⁴, cuja concretização surge como hino ao respeito pela pessoa, independentemente das suas características físicas, intelectuais, morais, convicções políticas, ideológicas e religiosas, com enfoque em determinados direitos em específico⁸⁵.

Relembramos ainda, a tutela penal, quando a ela houver lugar e se a ela não se renunciar, pela opção pela tutela civilística no respeito pela subsidiariedade daquela, desde que não assumida a natureza processual dos crimes públicos. Aceitamos assim a tutela geral da personalidade como um regime que seria, sempre, alcançável pela aplicação *tout cour* do regime da responsabilidade civil aquiliana, sem prejuízo da tutela antecipatória expressamente prevista no artigo 70º do C.C..

No entanto, parece-nos que, a sua consagração expressa, tem como principal contributo a elevação da essencialidade dos direitos de personalidade para o natural desenvolvimento daquela, numa clara concretização do artigo 26º da C.R.P., alicerçando-se como garante do humanismo do privatismo português.

É assim uma tutela com fundamento na dignidade humana, sem prejuízo de se aceitar a possibilidade das pessoas coletivas enquanto titulares de direitos de personalidade compatíveis com aquela ficção jurídica e natureza, mas cujo debate nos é alheio porquanto irrelevante para a realidade em apreço. Na esteira de Pinto Monteiro, concordamos, sem qualquer estranheza, que os direitos de personalidade e sua respetiva tutela, não se circunscrevem às pessoas singulares, podendo as pessoas jurídicas serem titulares de

⁸⁴ Artigo 70º, nº1 do C.C. *a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.*

⁸⁵ Concretizando o direito ao nome, à imagem, à reserva da vida privada com positivação nos artigos 72º, 79º e 80º do C.C..

direitos de personalidade compatíveis com a sua natureza ficcionada⁸⁶, *in casu*, o direito ao bom nome, à imagem e à reputação. Acrescentamos ainda, a legitimidade daqueles a quem a lei substantiva reconhece tal faculdade para prosseguir ou promover a ação de tutela da personalidade no caso de morte do lesado, sendo a causa de pedir reconduzida aos factos e fundamentos que legitimam o pedido.

Relativamente à legitimidade passiva, e como se depreende até intuitivamente, pertencerá ao autor do facto ilícito conducente à lesão do direito de personalidade, ou da ação capaz de tanto (no caso de tutela preventiva).

Relativamente ao consentimento do titular, com vista ao benefício alheio, no que à violação dos seus direitos concerne, relembramos a baliza vertida *op legis*, nos termos do artigo 81º, nº1 do C.C., *in casu*, a impossibilidade da ofensa dos princípios da ordem pública, sem prejuízo de se impor uma constante avaliação da atualidade do consentimento, sendo que, o nº 2 do mesmo preceito legal, lembra da revogabilidade de duto consentimento.

Em relação ao benefício próprio, assume-se regime homólogo, nos termos do artigo 340º do C.C., devendo, quer na primeira possibilidade, quer na segunda, e por ser aplicável o regime da responsabilidade civil, ser de convocar o regime do artigo 570º do C.C., no que à culpa do lesado concerne. Assim, para além de chamar à colação a ilicitude do consentimento pelo lesado e titular do direito de personalidade, deve a culpa deste ser convocada para efeitos da determinação do *quantum* indemnizatório.

O respeito pela autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente consagrados, desembocam, inevitavelmente, na dúvida razoável da possibilidade do ser humano dispor do próprio corpo ao ponto de aniquilar a própria vida, direito fundamental e direito de personalidade pressuposto de quaisquer outros.

Impõe-se assim perceber, se a tutela geral da personalidade deverá ser apenas oponível a terceiros ou se pode a dignidade da pessoa humana se conceber como fundamento e limite daquela, impostos pelo respeito pelos bons costumes e ordem pública que qualquer lesão ao direito à vida reclama.

⁸⁶ De acordo com o nº 2 do artigo 12º da C.R.P., *as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.*

Verte-se em regime previsto na cláusula geral da personalidade, *in casu*, no nº 1 do artigo 70º do C.C., o recurso ao regime da responsabilidade civil extracontratual na hipótese de violação ilícita de algum dos direitos de personalidade. São os direitos de personalidade, concretizados na sua panóplia de manifestações, pelo que a sua tutela reside na previsão normativa imposta pelo respeito pela integridade física e moral do titular daqueles. São frequentes as decisões jurisprudenciais decorrentes da violação do direito ao sono, ao repouso, ao bom nome, à honra, à imagem e reputação, entre outros, concretizando-se num hino à tutela geral da personalidade.

Relativamente à amplitude dos danos, no que à sua faceta qualitativa ou quantitativa se impõe, e pela aplicação do regime do artigo 562º do C.C., serão indemnizáveis os danos patrimoniais e não patrimoniais⁸⁷, desde que devidamente provados e sem prejuízo da convocação da correção imposta pelo regime do artigo 570º do mesmo diploma. Aceitamos a diferença qualitativa imposta na qualificação da obrigação de indemnizar no que se refere aos danos patrimoniais e não patrimoniais, devendo aqueles, assumirem-se como indemnização *tout cour*, e estes, como verdadeira compensação pela impossibilidade de reparação do dano, decorrente da insusceptibilidade de avaliação pecuniária imposta pela sua pessoalidade.

Para além da tutela que emerge da violação dos direitos de personalidade, podemos ainda antecipar uma tutela preventiva que, prescindindo daquela, se demonstra como acrescida e reservada àqueles direitos, concretizada *op legis* pelo regime da responsabilidade civil aquiliana.

Alerta-se para um duplo juízo crítico vertido no nº 2 do artigo 70º do C.C., pelo que se refere em duto preceito a possibilidade de requerer as medidas adequadas *às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*. É nosso entendimento que, tal preceito, conduz-nos a um duplo juízo de adequação, mormente o realizado pelo autor da ação, titular do direito de personalidade ameaçado e o juízo casuístico realizado pelo julgador.

⁸⁷ Pode ainda, constituir-se, de forma mediata, com respeito pelos direitos de personalidade do cônjuge e descendentes do lesado, a obrigação de indemnização autónoma destes, emergente dos danos não patrimoniais decorrentes da morte do lesado, nos termos do artigo 496º do C.C..

Aceitamos que, as medidas assumidas em juízo, poderão ser atenuantes ou preventivas, sendo que, neste último caso, confirmada a antecipação da violação do direito e não ocorrendo a sua violação, não se constitui a respetiva obrigação de indemnizar decorrente daquela, devendo o pedido ser alicerçado, tão só, na ameaça ao mesmo⁸⁸, pelo que, especulamos, um *quantum* indemnizatório inferior ao que seria devido no caso de efetiva lesão.

No caso das medidas antecipatórias, a procedência da ação impõe cessar a ameaça ao direito de personalidade.

Ademais, e no caso supra, prescinde-se também da culpa, pelo que, fica a responsabilidade civil decorrente daquelas medidas adequadas, dependente do preenchimento dos restantes pressupostos daquele regime, *in casu*, a atuação humana, voluntária e ilícita. A tutela antecipatória da personalidade, concretiza-se num regime de responsabilidade objetiva, o que aceitamos como emergente da necessidade de exponenciação da tutela reservada aos direitos de personalidade.

Relembramos que, tendo em conta o carácter preventivo ou atenuador da referida ação, fica o autor impedido de cumular, em processo especial, pedido indemnizatório de reparação de danos.

Em relação a esta restrição processual, urge pronunciar-nos em defesa da economia processual no que à ação com vista à atenuação dos danos concerne, porquanto, já consumada a violação, sempre se assumiria possível a cumulação do pedido indemnizatório se a tramitação processual não se conformasse manifestamente incompatível ou inoportável, sendo tal possibilidade um hino à efetivação da justiça e ao princípio da gestão processual.

Estas medidas, não afastam a possibilidade da aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, com regime previsto no artigo 829º-A do C.C., de forma a impelir o cumprimento das mesmas.

No que ao direito adjetivo se recorta, encontra-se a tutela especial de personalidade, constitucionalmente assegurada através da tutela jurisdicional efetiva, regulada nos artigos

⁸⁸ Não se verificando o dano estariam sempre por preencher os pressupostos da responsabilidade civil aquiliana.

878º a 880º do C.P.C, deixando de se conformar, desde a reforma de 1961, como processo de jurisdição voluntária, pelo que, sempre se compreenderá, como uma ação imbuída pelo princípio do inquisitório e da equidade.

Em jeito de conclusão, assumimos um regime substantivo e adjetivo conjugado com mote numa tutela robustecida dos direitos da personalidade, concretizando-se como garante da humanização do privatismo português, afastando-se para sempre de uma semantização jurídica, cujas evidências jurisprudenciais são inilidíveis.

4. Estado Vegetativo Persistente (E.V.P.)

A condição de E.V.P. é a realidade que alicerça a presente dissertação, levando à problemática da possibilidade desta ser assumida como causa da cessação da capacidade de exercício e de gozo de direitos, deslocando-a para momento anterior à morte real em geral e ao da cessação da personalidade jurídica em especial.

Equacionamos a possibilidade da autonomização das capacidades de exercício e de gozo de direitos da personalidade jurídica e da extinção das mesmas (decorrente da incapacidade de facto do vegetante) em momento anterior a esta. Indagámos ainda, a possibilidade da equiparação da extinção daquelas capacidades à cessação da personalidade jurídica, no que aos efeitos pessoais e patrimoniais concerne, em homogenia com o regime jurídico da morte presumida.

Ao longo da história, a definição e determinação de morte foram sempre motivo de controvérsia, em antítese à evolução científica no que ao diagnóstico e prognóstico do E.V.P. concerne, alicerçados na clínica e exames complementares de diagnóstico, permitenos consolidar uma condição de irreversível inconsciência e impossibilidade do uso da razão pelo vegetante. O corpo, torna-se um mero resquício biológico, onde se mantêm espontânea, e involuntariamente, apenas e tão só, as funções cardiorrespiratórias.

Uma posição alicerçada pela evidência do conceito de E.V.P., enquanto condição clínica de inconsciência e insusceptibilidade do uso da razão, de forma irreversível do vegetante. O E.V.P., como condição clínica afastada do conceito de doença incurável e terminal, coloca o morto-vivo numa situação de limbo jurídico, cuja tutela jurídica permanece, até hoje, injustificada e inquietantemente aquém da desejável.

Ao contrário do que acontece com o E.V.P., a doença terminal ou incurável é assumida como aquela em que a pessoa *se encontra em contexto de doença avançada e em fim de vida quando padeça de doença grave, que ameace a vida, em fase avançada, incurável e irreversível e exista prognóstico vital estimado de 6 a 12 meses*⁸⁹.

⁸⁹ Lei n.º 31/2018, de 18 de julho – Direitos Das Pessoas Em Contexto de Doença Avançada e Em Fim de Vida; Aprovada em 4 de maio de 2018; promulgada em 29 de junho de 2018 e referendada em 9 de julho de 2018.

A complexidade do diagnóstico diferencial, bem como o recurso a diferentes critérios para tal diagnóstico, ou ainda a multiplicidade de respostas sociais e de saúde para garantir os cuidados ao vegetante, tornam inestimável o número de pessoas em E.V.P. (Jennett, 2002a, p. 33). A mesma autora, especula, sem certezas e com margem de erro previsivelmente elevada, imposta pela discrepância entre os valores mínimos e máximos considerados, a possibilidade de existirem entre 40 a 180 casos por mil habitantes, no que se refere aos EUA, assumindo ainda que tal estimativa possa ser inferior no continente Europeu (Jennett, 2002a, p. 36).

Relativamente a Portugal, presumimos dificuldades homólogas que afastam a possibilidade de uma epidemiologia segura e criteriosa. Em 1992, surgiu um estudo que estimava que de entre 142 doentes em coma apenas um evoluía para E.V.P.⁹⁰ (Mendonça, 1992, p. 430), sem que tal valor se considerasse fidedigno, quando nos deparamos com mais de 300 casos de T.C.E. entre 1994 e 1996 (Santos, 2003, pp. 71-76). Estima-se ainda que menos de um doente em 15.000 a 75.000⁹¹ possa ficar além de 15 anos em E.V.P. (PVS, 1994, p. 1576).

Antecipamos a necessidade de uma epidemiologia criteriosa e segura que, a par da evolução da medicina, permita um debate ético, consolidado e manifestamente pertinente.

Torna-se inevitável conceptualizar a realidade do E.V.P., dando nota das suas principais causas, diagnóstico e prognóstico, sem deixar de expor os contributos da evolução científica, quer no que à certeza e irreversibilidade do diagnóstico concerne, quer no que à evidência de ausência de capacidade de facto se enaltece.

Cumpre-nos ainda exaltar que, a irreversibilidade do diagnóstico, permite alicerçar um regime jurídico, expectavelmente, mais em conformidade com a segurança jurídica do

⁹⁰ Embora pareça despiciendo o esforço legislativo na concretização de um regime que finde a situação de limbo jurídico no E.V.P., pela constatação de uma epidemiologia (cuja fidedignidade se duvida) refletora de um número amiúde de casos, não se nos afigura materialmente justo. De facto, a injustiça não se transpõe apenas para o vegetante, mas também para a sua realidade familiar e para os seus credores.

⁹¹ Parece-nos, sem prejuízo de se alcançar uma epidemiologia segura, um intervalo demasiado lato para se retirar qualquer conclusão válida, ou tão pouco se alcança qualquer impacto com a divergência assumida.

que um regime alicerçado na mera presunção legal de morte, concretizada na declaração judicial da morte presumida.

No seguimento da nossa explanação, surge a necessidade de verter as considerações sobre o tratamento ao doente em E.V.P., sua admissibilidade ou amplitude, sem deixar de fazer menção às inúmeras contradições alicerçadas em questões bioéticas que, com aquelas, se encontram conexas.

Finalmente, uma referência à tutela jurídica conferida ao vegetante e aos expetáveis sucessíveis, cônjuge ou unido de facto e credores, sendo que, antecipamos desde já, o tendencial protelamento desta para o momento da morte real imposta pela manutenção da personalidade jurídica do vegetante.

A realidade do E.V.P. é dotada de especificidades que problematizam e adensam os problemas de diagnóstico, prognóstico e tratamento, sem prejuízo das considerações que cada um deles suscita em termos éticos, morais e jurídicos. Dilemas que decorrem da condição da dignidade da pessoa humana do vegetante, dos direitos de personalidade e fundamentais que devem ser sempre convocados, desde a conceção até ao momento da finitude humana.

4.1. Noção

A Multi-Society Task Force descreve o Estado Vegetativo como *uma condição clínica desconhecida até a década de 70 do século passado, que deriva do avanço da medicina e da implementação e inovação tecnológica (principalmente meios de suporte de vida), e que apresenta um indivíduo desperto, mas inconsciente* (PVS, 1994, pp. 1499-1508). A esta condição, Jennett B., acrescenta que o vegetante *preserva os ciclos sono-vigília, pode manter os olhos abertos, fazer movimentos espontâneos e involuntários (caretas faciais, bocejos, sorrisos ...), e pode respirar sem a necessidade de ajuda artificial* (Jennett, 2005b, pp. 537-543). Assim, e mantidos os reflexos neurológicos dependentes da integridade do tronco cerebral, mantém-se a atividade cardiovascular, não se conformando a morte cerebral. Pode, então, protelar-se o momento da morte real do vegetante para momento muito semelhante ao indivíduo comum, desde que assegurados àquele, quer a alimentação e hidratação artificiais, quer os cuidados básicos, sem prejuízo da suscetibilidade do vegetante a processos infecciosos respiratórios decorrentes da

imobilidade e debilidade promovida pela cronicidade do internamento hospitalar e parahospitalar.

Em homogenia, Tablada e Curbelo, reportando-se à evolução histórica da compreensão da realidade do E.V.P., aceitando a mutabilidade do conceito, alertam para o denominador comum de uma clara e manifesta alteração da consciência. Acrescentam que, já em 1886, *Victor Horsley, filósofo e primeiro neurocirurgião na Inglaterra, alegou que o nível de consciência estava relacionado à integridade e funcionalidade do córtex cerebral e estabeleceu que o neopallidum diferenciava o homem dos animais*. Ademais descrevem a realidade como *uma entidade clínica caracterizada por inconsciência com preservação total ou parcial das funções do tronco encefálico e hipotálamo. Esses pacientes se recuperam de um sono semelhante ao coma e têm ciclos de sono-vigília com despertar, abrir e mover os olhos; apresentam reatividade limitada às posturas primitivas, além dos movimentos reflexos dos membros sem conseguir verbaliza* (Tablada & Curbelo, 2011, pp. 41-51). Pelo que, concordamos com a afirmação que *o paciente não apresenta nenhum sinal de interatividade ou de percepção do meio externo, a não ser por estímulos dolorosos, em que apresenta o aumento da pressão arterial, da frequência cardíaca e respiratória, além da resposta reflexa das funções viscerais*. (Tablada R. H., 2013) , concretizando a representação da morte neocortical já supra aludida.

Somos assim do entendimento de uma condição incompatível com qualquer resquício de capacidade de facto, o que sempre importará assumi-la *ipso iure* e aceitar a autonomização das capacidades de exercício e de gozo de direitos da personalidade jurídica, cuja cessação se protela para o momento da morte, defendendo-se a in contemporaneidade da cessação destas.

De facto, o E.V.P. é assumido por alguns autores como um estado que deve ser equiparado à morte biológica, porquanto, descrito como uma condição clínica de completa inconsciência de si e do ambiente, subsistindo tão só, quer os ciclos sono-vigília, quer as funções hipotalâmicas e do tronco cerebral. Nesse entendimento, a equiparação defendida deve acontecer sempre que ocorra uma abolição permanente e irreversível da capacidade para a consciência, pelo que, a morte concretizar-se-á como a perda do que é significativo para a existência humana (Veatch, 1975a, p. 19).

De acordo com Holdelin, o E.V.P., *combina o retorno à vigília com uma ausência total de função cognitiva. Os afetados mantêm o controle respiratório, os níveis de pressão arterial normais, mas não apresentam respostas motoras de localização discretas e também não pronunciam palavras compreensíveis* (Hodelín, 2005, pp. 1-3).

Em jurisprudência do STJ de 20 de fevereiro de 2013, assume-se concordância com a conceptualização do E.V.P. já vertida, enaltecendo-se que, por definição o *coma é um estado de inconsciência profunda*” e que *as pessoas em estado vegetativo persistente “perderam a capacidade de pensamento e consciência das coisas ao seu redor” [perda das funções cerebrais superiores], mantendo, tão-somente, as “funções não-cognitivas e padrões de sono normais” [funções chave como respiração e circulação permanecem relativamente intactas; contudo, nas situações de maior gravidade, as áreas do cérebro que controlam a respiração podem estar afetadas e pode ser necessário um ventilador artificial - um aparelho de respiração mecânica - para o doente permanecer vivo] e que “durante os períodos de vigília, a pessoa pode reagir à dor física e pode ter movimentos que não são intencionais.*

Também em Ac. do TRC de 16 de setembro de 2014, esclarece-se que *a consciência é o estado de alerta que permite ao indivíduo a percepção de si e do meio. Alterações da consciência são definidas como quantitativas e qualitativas. Alterações qualitativas modificam o conteúdo da consciência, como delírios, alucinações e perturbações que não afetam o estado de alerta. Alterações quantitativas, também conhecidas como nível de consciência, variam em um continuum entre o coma e o estado de alerta normal. Neste continuum descrevem-se o alerta, letárgico, estuporoso e o comatoso. Alerta é o indivíduo no estado de despertar normal. Estuporoso é o indivíduo irresponsivo, que pode ser desperto por estímulo vigoroso, e o comatoso é o estado vegetativo do qual o indivíduo não pode ser desperto mediante estimulação externa. Letárgico é o estado de lentificação psicomotora intermediário entre o estupor e o alerta.*

O estado vegetativo é uma desordem de consciência em que pacientes com dano cerebral severo permanecem num estado de vigília parcial em vez de consciência plena.

Estado vegetativo é fruto de um dano grave no córtex cerebral que controla o pensamento e a personalidade. Uma pessoa em estado vegetativo pode parecer acordada e ter reflexos, mas é amplamente aceito que ela não tem consciência do ambiente que a

cerca e é incapaz de sofrer mentalmente e sentir dor. Ou seja, a pessoa está viva, mas sem consciência ou discernimento de si mesma e do ambiente que a cerca.

4.2. Diagnóstico

De acordo com Jennett e Plum, o E.V.P. assume-se como *uma condição clínica caracterizada pela inconsciência, com preservação total ou parcial das funções de caule e hipotálamo. Esses pacientes se recuperam de um sono em coma, têm ciclos de sono-vigília com despertares, abertura dos olhos, bem como reatividade limitada a posturas primitivas, além de movimentos reflexivos dos membros, sem ser capaz de verbalizar. Esses doentes não estão inconscientes ou em coma no sentido usual da palavra, estão acordados sem consciência. Mantêm seus ciclos cardiovasculares, respiratórios, gastrointestinais (com incontinência fecal e urinária), renal, termorregulador, endócrino e alternado ciclos de sono-vigília* (Jennett & Plum, 1972, pp. 734-737).

Relembremos apenas que as avaliações deverão ser, logicamente, realizadas sem presença de qualquer terapêutica ansiolítica ou paralisante que possa alterar os reflexos do indivíduo, sendo também necessário que não existam exames complementares de diagnóstico compatíveis com a subsistência de causas tratáveis que possam tornar prestatável o estado de consciência e suscetibilidade do uso da razão pelo enfermo.

Tal como qualquer regime jurídico clama por segurança e certeza jurídicas, cada condição clínica reclama por um diagnóstico diferencial alicerçado na sintomatologia clínica e nos achados dos exames complementares de diagnóstico, sendo estes determinantes para as ulteriores decisões terapêuticas a assumir pela equipa multidisciplinar que compõe a equipa de cuidados diferenciados de saúde.

De acordo com Royal College of Physicians, o E.V.P. tem na sua génese uma multiplicidade de causas, sendo que na sua maioria se consolida após um período de coma, passando o indivíduo a um período de vigília por tempo indeterminado. Pode esta condição perdurar no tempo, mantendo-se apenas a abertura espontânea dos olhos, deslocando o diagnóstico para os casos de E.V.P.. Não se assistindo a qualquer recuperação daquela condição, como transitória e aguda, decorrente dos danos cerebrais irreversíveis causados por traumatismos crânio encefálicos graves, ou de forma menos frequente, na sequência de

doenças neurodegenerativas, degenerativas, metabólicas ou de malformações no desenvolvimento do sistema nervoso, consolida-se o E.V.P. (Physicians, 2003, pp. 1-3).

Assim, não existem dúvidas que o estado de coma não poderá ser confundido com o E.V.P., pois *a diferença principal entre o estado neurovegetativo persistente e o coma permanente é a presença do ciclo de sono e vigília preservado no primeiro, além da questão da irreversibilidade do quadro, que no coma não se dá, podendo evoluir para uma recuperação, acompanhada ou não por algum grau de sequela, ou evoluir para a morte, passando ou não pela morte encefálica* (Auma, 2016, p. 269).

O estado vegetativo é *claramente distinto da morte encefálica ou coma. Em geral, o doente em estado vegetativo não precisa de apoios tecnológicos para a manutenção de suas funções vitais e não pode de modo algum ser considerado doente terminal, mas sua condição pode se prolongar estável e indefinidamente por muitos anos* (Pessini, 2005, p. 65).

Em homogenia, Auma, explica que *a diferença principal entre o estado neurovegetativo persistente e o coma permanente é a presença do ciclo de sono e vigília preservado no primeiro, além da questão da irreversibilidade do quadro, que no coma não se dá, podendo evoluir para uma recuperação, acompanhada ou não por algum grau de sequela, ou evoluir para a morte, passando ou não pela morte encefálica* (Auma, 2016, p. 269).

Dissipando dúvidas que possam permanecer aos mais séticos, as *alterações quantitativas, também conhecidas como nível de consciência, variam entre o coma e o estado de alerta normal. Nesse meio, descrevem-se o alerta, letárgico, estuporoso e o comatoso. Alerta representa o indivíduo no estado de despertar normal. Estupor é o indivíduo irresponsivo, que pode ser desperto por estímulo vigoroso, e o comatoso é o estado vegetativo do qual o indivíduo não pode ser desperto mediante estímulo externo. Letárgico é o estado de lentificação psicomotora intermediário entre o estupor e o alerta* (Barboza, 2019).

Esbatendo a confusão que pudesse ainda persistir, Tablada, em artigo de revisão, alicerçado na sua experiência profissional e em bibliografia, sugere a categorização das principais causas do E.V.P., que explanamos para melhor compreensão do fenómeno:

I. Lesões agudas

1. Traumáticas

- *Traumatismos cranioencefálicos graves*
- *Politraumatismos complexos*
- *Traumatismos perinatais*

2. Não traumáticas

- *Encefalopatias isquêmicas hipóxicas*
 - *Asfixia perinatal*
 - *Paragem cardiorrespiratória*
 - *Doenças pulmonares*
 - *Hipertensão arterial mantida*
- *Doenças cerebrovasculares*
 - *Hemorragia intracraniana espontânea*
 - *Enfartes cerebrais*
 - *Hemorragia subaracnoídea*
- *Infeções do sistema nervoso*
 - *Meningite bacteriana*
 - *Empiema*
 - *Abscessos cerebrais*
- *Tumores do sistema nervoso*
 - *Glioblastoma multiforme*
 - *Astrocitoma*
 - *Meduloblastoma*
 - *Metástases*
- *Intoxicações e transtornos metabólicos agudos*

II. Transtornos metabólicos e degenerativos (alzheimer, doença de Huntington, doença de Creutzfeldt-Jakob...)

- *Em adultos*

III. Malformações congénitas

- *Anencefalia*
- *Hidrocefalia*
- *Hidrocefalia congénita*

– *Esquizofrenia*

– *Lisencefalia* (Tablada, 2013, pp. 3078-3080)

Uma das mais criteriosas descrições clínicas da condição *sub judice*, levada a cabo pela Multisociety Task Force no E.V.P., assume como critérios diagnósticos:

- *Nenhuma evidência de consciência de si mesmo ou do meio ambiente, e incapacidade de interagir com outras pessoas;*
- *Nenhuma evidência de reações comportamentais mantido, reproduzido, deliberado ou voluntários em face de estímulos visuais, auditiva, tátil ou nociceptiva.*
- *Vigília intermitente manifestada por ciclos de sono e vigília;*
- *Nenhuma evidência de compreensão ou expressão da língua.*
- *Funções hipotalâmicas e autonômicas do tronco cerebral suficientemente preservado a fim de permitir a sobrevivência, com o cuidados médicos e de enfermagem.*
- *Incontinência urinária e retal.*
- *Preservação variável de reflexos do caule encefálico (pupilar, oculocefalogir, córnea, vestibular, náusea), além de reflexos espinhal (PVS, 1994).*

Em termos de diagnóstico diferencial, a irreversibilidade do E.V.P., decorre, cumulativamente, da clínica apresentada (consolidada com os achados dos exames complementares de diagnóstico), e da evidência da perpetuação daquela clínica no tempo.

Em relatório sobre o E.V.P. promovido pelo CNECV, Lobo Antunes esclarece que, designa-se *estado vegetativo o quadro clínico inicial, estado vegetativo continuado quando o quadro persiste pelo menos 4 semanas e estado vegetativo persistente quando as alterações neurológicas persistem por mais de 3 meses após anóxia cerebral e 12 meses na sequência de traumatismo craniano* (Antunes, Freitas, & António Vaz Carneiro, 2005, p. 3).

Entendemos que perante *uma lesão cerebral traumática, ou não, o paciente pode perder o estado de alerta e cair em coma. Na maioria dos casos, com danos graves, a morte geralmente ocorre em poucos dias. Se o paciente evolui para a melhoria e é capaz de abrir os olhos, você acha que saiu do coma, mas se continuar indiferente ao meio ambiente, diz-se que evoluiu para um Estado Vegetativo. O comum é que o paciente em estado vegetativo recupera a consciência gradualmente e entrar em um estado mínimo de consciência, seguido por um período de amnésia pós-traumática. Na maior parte do casos*

em que o paciente se recupera após várias semanas, mas em algumas ocasiões pode permanecer em um estado com "despertaes", mas sem evidência de consciência, e assim por diante permanecer por vários meses e até anos. Com isso estado é chamado vegetativo e o epíteto é adicionado de "persistente" dependendo do tempo que o paciente fique assim (Esper, Campuzano, Clark, & Heredia, 2012, pp. 162-170).

O estado vegetativo, pode assumir duas formas, nomeadamente, estado vegetativo persistente e estado vegetativo permanente, tendo como único fator de distinção o tempo de evolução que varia de acordo com a extensão da lesão cerebral e com a causa da mesma.

Neste enquadramento, e para efeitos de consolidação da condição de E.V.P., se a lesão cerebral não decorre de causa traumática, considera-se o tempo para aquela desde o início da lesão até ao terceiro mês. Pelo contrário, assumindo-se a lesão cerebral de causa traumática, como nos traumatismos cranianos, determina-se aquela consolidação desde a lesão até um ano de evolução, momento a partir do qual se deve assumir o estado vegetativo irreversível e, bem assim, irrepresentáveis a consciência e suscetibilidade do uso da razão pelo vegetante.

O facto da diferença temporal para consolidação do E.V.P. divergir consoante o tipo da causa subjacente àquele é facilmente perceptível. Perante uma lesão traumática, torna-se necessário dar tempo às estruturas cerebrais afetadas para recuperarem da lesão e, bem assim, permitir uma eventual revascularização periférica, impondo-se perceber, *à posteriori*, se ocorrerá recuperação das funções entretanto extintas em consequência do traumatismo (Esper, Campuzano, Clark, & Heredia, 2012, pp. 162-170).

De acordo com a mesma fonte, deve-se atender a três critérios que permitem o diagnóstico diferencial:

1. *Não deve haver evidência de resposta a estímulos verbais, auditivos, táteis, visuais ou nocivos.*
2. *Nenhuma evidência de compreensão linguística ou expressão.*
3. *Vigília intermitente, caracterizada pela abertura espontânea dos olhos, com ciclos de sono-vigília (Esper, Campuzano, Clark, & Heredia, 2012, p. 164).*

É assim determinante estabelecer um diagnóstico diferencial entre estado de consciência mínima e estado vegetativo persistente, pelo que, a mesma referência,

esclarece que o *estado de consciência mínima está relacionado à falta de resposta profunda. Caracteriza-se por ciclos de sono-vigília, movimentos reflexos não intencionais e, pelo menos, deve apresentar um dos seguintes sintomas e deve ser observado de forma reprodutível ou sustentado: obedecer a comandos simples; resposta verbal monossilábica ou gestual; fala inteligível e não reflexiva com movimentos intencionais* (Esper, Campuzano, Clark, & Heredia, 2012, p. 166).

Num estudo intitulado *descrição clínica e de imagem de pacientes com distúrbios de consciência prolongados*, levado a cabo em Cuba, conclui-se que *a encefalopatia pós-anóxia predominou em pacientes com estado vegetativo crônico; enquanto naqueles com estado mínimo de consciência, houve maior incidência de causas vasculares isquêmicas. A neuroimagem estrutural revelou danos cortical-subcortical severos em mais da metade dos pacientes com estado vegetativo crônico. Nos casos com estado mínimo de consciência, houve atrofia marcada após 10 anos de evolução. Atrofia talâmica e cerebral ocorreu em todos os pacientes com estado vegetativo crônico* (Abre, Carmenates, & Curbelo, 2020, p. 4).

Para os mesmos autores, o *termo consciência é definido como um estado de conhecimento de si mesmo e do meio ambiente. Para seu funcionamento, é necessária uma capacidade adequada de vigília e sistema de conteúdo de consciência, que são mediados pelo tronco e pelo córtex cerebral, respetivamente. Lesões cerebrais graves são capazes de destruir esses sistemas e levar a um coma. Se o paciente não morre ou progride para a recuperação, ocorre uma transição para um estado prolongado onde eles recuperam a vigilância, mas manter o conteúdo da consciência comprometido. Estes são classificados em: estado vegetativo crônico e estado de consciência mínima* (Abre, Carmenates, & Curbelo, 2020, p. 7).

Acrescenta Lobo Antunes, em relatório sobre E.V.P., já supra mencionado, que *os exames laboratoriais e de imagiologia não fornecem padrões consistentes para o diagnóstico de E.V.P.: o eletroencefalograma (EEG) apresenta um conjunto de alterações inespecíficas na maioria dos casos e é quase normal em 10-20%; a TAC e a RMN demonstram normalmente um padrão não-específico de atrofia cerebral cortical e alargamento ventricular difuso; a circulação cerebral e o metabolismo estão reduzidos, e atomografia por emissão de positrões (PET) demonstra portanto diminuição da atividade*

metabólica mais ou menos marcada em diversas áreas cerebrais (aparentemente com valor prognóstico). A ausência de poder discriminatório dos testes acima apresentados faz com que o E.V.P. seja um diagnóstico sobretudo de base clínica (Antunes, Freitas, & António Vaz Carneiro, 2005, p. 5).

Percebemos que, apesar de estarmos perante um indivíduo muito diminuído, como a própria descrição o explicita, ainda estamos na presença de alguém dotado de consciência (ainda que resquiciamente).

Reconhecemos que a capacidade de sobrevivência do vegetante depende da preservação de funções autonómicas hipotalâmicas e do tronco cerebral. São estas as funções que permitem a manutenção da temperatura corporal normal, a capacidade de respirar espontaneamente (sem ventilação mecânica) e a existência de um sistema cardiovascular funcional e estável (PVS, 1994, pp. 1572-1579).

Alicerçados nos critérios clínicos vertidos supra, assumimos a diferença do E.V.P. da morte do tronco cerebral, sem deixar de assumir como extinta a capacidade de facto do vegetante por morte neocortical. São inequívocos os achados em exames complementares de diagnóstico determinantes no prognóstico e nas decisões terapêuticas, no que à sua pertinência, justificação clínica, ética, moral e viabilidade de reversibilidade concerne.

4.3. Prognóstico e tratamento

Aceitamos que o prognóstico do “vegetante” depende da idade deste e da extensão da lesão cerebral, infirmada nos exames complementares de diagnóstico, pelo que, percebe-se que a probabilidade de recuperar a independência funcional em um ano é reduzida em 21% nos menores de 20 anos e entre 20 e 29 anos, e 0% nos maiores de 40 anos (Esper, Campuzano, Clark, & Heredia, 2012, pp. 162-170). No mesmo estudo, distingue-se a probabilidade de recuperação da mesma independência funcional de acordo com a causa do E.V.P.. Perante lesões cerebrais traumáticas, têm os enfermos mais 20% de probabilidade de tal recuperação, quando comparada com a mesma recuperação em enfermos que sofreram lesões não traumáticas, cuja taxa de recuperação não ultrapassa os 4%.

De forma conclusiva, a Multi-Society Task Force, estabelece uma esperança média de vida entre os 3 e os 5 anos para os pacientes em estado vegetativo persistente (PVS, 1994, pp. 1572-1579).

Acrescentamos ainda que, a sobrevivência do vegetante, para além dos dez anos é inexpectável, sendo amiúde os casos dos doentes que permaneceram nesta condição por mais de quinze anos como consequência dos danos cerebrais, independentemente da preservação da função do tronco cerebral e hipotalâmica. São aquelas funções, garantes da preservação e manutenção das funções vitais (respiratória e cardíaca), sendo as restantes funções metabólicas satisfeitas com recurso à alimentação e hidratação artificiais, por via endovenosa, subcutânea ou através de sonda nasogástrica ou gastrostomia.

A sobrevivência do enfermo em E.V.P. é assim garantida pela nutrição e hidratação artificiais, o que tem gerado controvérsia no que se reporta à possibilidade daquelas serem qualificadas como meios extraordinários, porquanto fúteis ou incapazes de reverter a condição clínica do enfermo. A este propósito, equaciona-se sobre *remover o suporte que mantém vida como nutrição e hidratação artificial no paciente no E.V.P., não significa abandonar o paciente - além do supressão média de apoio vital, a obrigação é mantida no cuidar do paciente no Proc. de morrer. Respeito pela dignidade do paciente pode manifestar-se de várias maneiras. O cuidado comum de enfermagem, medidas de higiene e a presença da família vai continuar expressando o respeito pela dignidade do ser que está morrendo* (Abel, Camacho, Cambra, & Terribas, 2004, pp. 1-16)⁹². De acordo com a mesma fonte, e apesar da renitência dos diferentes Tribunais dos Estados Unidos na interrupção da nutrição e hidratação artificiais no E.V.P., a jurisprudência do STJ tem entendido no sentido daquela interrupção, desde que, existindo prova clara e convincente que a pessoa, agora incapaz, teria preferido a morte a permanecer em situação vegetativa.

⁹² Para Loureiro, a *querela médica é expressão de um conflito social de visões sobre a vida e o seu sentido, do enfrentamento entre uma perspetiva que sacraliza a vida biológica e os autores que invocam a qualidade de vida ou a falta dela do doente ou entendem, como nós, que estamos face a casos em que a futilidade do tratamento determina a sua não prossecução. Estamos perante uma discordância ao nível dos valores: deve a vida vegetativa permanente ser preservada a todo o custo, invocando em sua defesa a ideia do carácter sagrado, ou se preferirmos, em termos seculares, inviolável, da vida humana?* (Rodrigues, 2015, p. 32).

Independentemente da sobrevivência expectável do vegetante, equacionamos a relevância jurídica de se impedir os efeitos decorrentes da morte, pelo que se deveria antecipar juridicamente o que factualmente se impõe.

Sobre o mediático caso Terri, relativo a uma mulher que permaneceu em E.V.P. por 15 anos até o Tribunal autorizar a interrupção de nutrição e hidratação artificiais a pedido do marido, mas em contradição com a vontade dos pais da vegetante, levando à morte daquela por inanição, Pessini, refere que a *eventual decisão de suspender a alimentação e a hidratação, cuja administração no doente em estado vegetativo é necessariamente assistida, tem como consequência inevitável e direta a morte do doente. Por conseguinte, configura-se como um verdadeiro e próprio ato de eutanásia por omissão, moralmente inaceitável*. Prossegue o mesmo autor, afirmando que tem *sérias dúvidas de que ao se negar água e comida a um ser humano, uma das ações humanas mais necessárias em termos de solidariedade, provocando a “morte por solidariedade”, estaríamos honrando a dignidade humana...*⁹³ (Pessini L. , 2005, p. 72). Em aresto, somos levados a concordar como moralmente reprovável antecipar o fim da vida, ainda que pela inércia, porque incompatível com a igual dignidade e respeito devidos a qualquer ser humano.

Ainda sobre a polémica do caso Terri, e a possibilidade da interrupção da alimentação e hidratação artificiais, enquanto fúteis, distinguem-se, como não podia deixar de ser, dois grupos de pessoas em posições antagónicas. Se por um lado, posicionam-se os que defendem que aqueles que padecem da condição de vegetante são dignos de respeito e com direito ao mínimo de cuidados, como a hidratação, nutrição e cuidados de enfermagem adequados; por outro lado, posicionam-se aqueles que, radicalmente, alicerçam que os enfermos naquela condição não são seres humanos, ou ainda que o sejam, estão em tal estado que a vida não merece ser vivida (Serami, 1995, pp. 157-159).

Por referência a um caso homólogo, que teve lugar na Argentina, colocou-se a mesma questão relativa à interrupção da hidratação e nutrição artificiais, mantendo-se a

⁹³ Acrescenta Uría que, *no puede sostenerse, razonablemente, que todas las terapéuticas son equiparables. Calificar una conducta depende de la: i) intencionalidad del agente; ii) del nexo de causalidad que la une con el resultado y, en el caso de los tratamientos médicos; iii) si importa o no la abstención de medios proporcionados o desproporcionados al respeto por la dignidad del paciente* (Uría, 2020, p. 55).

mesma controvérsia entre cônjuge e ascendentes da vegetante, e o equacionamento da decisão a se assumir como uma verdadeira crueldade ao deixar morrer o indivíduo por inanição, materializando-se esta, na opinião de alguns, num verdadeiro homicídio.

No caso em apreço, insurgiram-se aqueles que assumiam como intolerável prolongar o sofrimento do vegetante, sendo que a manutenção da nutrição e hidratação não repriminaria a consciência ou o uso da razão, mas tão só prolongaria um estado de sobrevivência biológica. Em oposição, debatiam-se aqueles que assumiam como cruel e desumano a promoção da morte do vegetante por inanição em desrespeito pela dignidade da pessoa humana. O Tribunal, apreciando em concreto, recusou a interrupção dos meios capazes de manter a vida do vegetante, sustentando que o enfermo não tinha expressado antecipadamente qualquer decisão em relação a uma situação materialmente reconduzível à apreciada (E. Perea, Escalante, & Osvaldo Fustinoni, 2020, pp. 48-53).

No entanto, de forma mais mitigada, Auma, refere que apesar da impossibilidade de decisão, pela ausência de consciência no doente em E.V.P., no que concerne à autorização de intervenções que considerasse fúteis ou desproporcionadas, deverá ser acolhido o consentimento presumido daquele, com referência às afirmações anteriores do mesmo, que levou ao conhecimento de terceiros credíveis, mormente, familiares ou procurador de saúde (Auma, 2016, p. 274).

De facto, não podemos considerar a alimentação e nutrição artificiais como tratamentos *stricto sensu*, na medida em que não serão capazes de reverter a condição clínica do vegetante, mas tão só permitir que a mesma se mantenha e, bem assim, prolongue-se a vida daquele, ainda que desligada ou alheada do mundo.

Surge um dilema ético que, de acordo com alguma doutrina, é meramente aparente, pois a decisão de não iniciar, ou suspender, a nutrição ou hidratação artificiais, não deixará de convocar a moral, no sentido em que, qualquer uma das opções declinará inevitavelmente na morte do vegetante. Somos assim transportados para a polémica da distinção entre “*vida biológica*”, orgânica (que o doente em E.V.P. tem), e a “*vida pessoal*”, ou de relação (que o doente em E.V.P. não tem, nem deverá vir algum dia a ter) (Antunes, Freitas, & António Vaz Carneiro, 2005, p. 11), impondo-se a equação da proporcionalidade do tratamento em prole do princípio da beneficência. Entendemos que o prolongamento da vida só será de admitir perante uma evidência de benefício, o que

poderá impor-se como discutível quando apreciado casuisticamente. Relembramos a dificuldade da decisão, tendo em conta que o conceito de futilidade se assume intrínseco, relativizado e, visceralmente, impregnado pelas emoções e valores dos intervenientes no processo.

Não nos parece possível que os vegetantes deixem de ser considerados como seres humanos, ou que se esvazie o princípio da dignidade da pessoa humana, inerente a qualquer ser humano, independentemente das suas competências, habilidades ou atributos, num hino à teoria não-comparativa da dignidade. A polémica será de difícil resolução, ainda que com recurso à conceptualização e catalogação das medidas como fúteis vertidas no CDOM. Assim, e pese embora não se assumam como terapêuticas a alimentação e hidratação artificiais, estas impõem-se como garante do prolongar de situações de irreversível inconsciência e insusceptibilidade do uso da razão pelo vegetante num total alheamento deste do mundo exterior.

Por outro lado, não iniciar ou interromper tais cuidados será impor, por omissão ou por ação, uma morte que não se assume como eminente, ou sequer, o doente pode assumir-se em fase terminal ou em sofrimento insuportável, ficando a realidade em apreço não subsumível aos instrumentos da eutanásia e testamento vital (se não selecionada a opção correspondente ao assunto aqui tratado), demonstrando-se como lacunosos os respetivos pressupostos objetivos e subjetivos.

De facto, os doentes em E.V.P. são insuscetíveis de dor ou sofrimento, enquanto sintomas que pressupõem a consciência e, bem assim, o funcionamento do córtex cerebral. Impõe-se o afastamento do biologismo extremo em detrimento da qualidade de vida (só possível perante a capacidade de consciencialização do mundo), classificando o E.V.P. como uma condição incurável, estacionária e com perda irreversível de consciência (M.D.Milan, 2001, p. 72).

Neste sentido, Gillon, defende que *todo o tratamento implica na intenção, na perspetiva de um benefício e que o mero prolongamento da vida nesses casos não pode ser considerado como tal, estaria autorizado a suspender a hidratação* (Gillon, 1993, pp. 1602-1603).

Estamos assim em condições de afirmar que, consolidando-se a condição de E.V.P., não existem dúvidas da incapacidade quer de facto, quer de exercício ou de gozo de

direitos do vegetante. São os movimentos do corpo do vegetante meras aparências de uma capacidade de facto, consolidando-se como putativas as capacidades de exercício e de gozo de direitos que, no nosso entendimento, não chegam para evitar a sua extinção e ulterior autonomização da personalidade jurídica.

Concordamos que o E.V.P. decorre de uma infelicidade, deslocando o vegetante para um patamar entre a vida e a morte cerebral, concretizando uma situação de incerteza e apatia reativa angustiante para os que o rodeiam⁹⁴.

4.4. Tutela Jurídica no E.V.P.

Para a Multi-Society Task Force, o E.V.P. é descrito como uma *condição clínica de completa inconsciência de si e do ambiente acompanhado por ciclos de sono-vigília, com completa ou parcial preservação de funções autonómicas hipotalâmicas e do tronco cerebral*, sem prejuízo do vegetante apresentar sinais de vigília, com abertura espontânea e meramente reflexa dos olhos, mas que não chegarão para presumir a existência de consciência ou cognição por parte daquele (PVS, 1994, p. 1500).

Evidenciamos a necessidade de aprofundar a tutela jurídica reservada ao vegetante, porquanto, e ainda que se aceite a existência de personalidade jurídica, não restam dúvidas acerca da incapacidade de facto decorrente do alheamento da realidade daquele.

Surge, em expectativa, a possibilidade do exercício da procuradoria pelos familiares do vegetante, no que às decisões sobre cuidados de saúde (instituição ou omissão) concerne, influenciando aqueles, na morte deste, ou no adiamento da mesma por tempo indeterminando.

Surge ainda, em muitos dos regimes mencionados supra, a evidência da figura do consentimento familiar do vegetante como aquele a quem *nestas circunstâncias, e nos limites do melhor interesse do paciente, reconhece-se geralmente o direito da família (e ao legítimo representante em geral) a tomar decisões médicas que sejam benéficas para o paciente* (Nunes R. , 1993, p. 27).

Equacionamos quais os instrumentos ou regimes jurídicos vigentes, ou a positivar, capazes de tutelar o vegetante e seus expectáveis sucessíveis, cônjuge (podendo não ser

⁹⁴ Não pode a angústia ser oponível ao vegetante porque incapaz da mesma.

sucessível perante o pacto renunciativo atual e excepcionalmente permitido) ou unido de facto e credores, sem prejuízo da referência à tutela nos casos em que a condição de estado vegetativo provém de lesões traumáticas provocadas por terceiros e, bem assim, subsumíveis ao regime da responsabilidade civil extracontratual, pelo que, sempre se verterá, em relação a estes, as escassas referências jurisprudenciais internas.

Uma abordagem que poderá declinar na conclusão da desadequada, ou insuficiente, resposta jurídica, perante uma condição dotada de especificidade e ambiguidade conferida por um estado de “morto-vivo”, reflexo das concepções de morte, personalidade e capacidade jurídicas positivadas. Evidenciamos ainda, os problemas éticos, jurídicos e de facto que eventual lacuna poderá conduzir, exponenciada pela confrontação com a realidade do morto presumido.

4.4.1. Eutanásia

A inevitabilidade da morte, enquanto parte integrante de qualquer ser vivo, assume-se particularmente inquietante e angustiante para um ser pensante e relacional como o ser humano. Uma angústia exponenciada pela possibilidade de, e apesar da indiscutibilidade de efemeridade humana, ser legitimado ao indivíduo, dotado de consciência e razão, impor-se à natureza, sendo ele a decidir sobre o dia “D” que ditará a saída de cena do palco da vida.

Dirão os mais séticos que todos temos um destino traçado e que nos escapa, sendo que, em ditado popular, afirma-se que *se não escolhermos nascer também não escolhermos quando morrer*. Parece-nos infeliz a comparação, porquanto a liberdade e autodeterminação a que o nascimento e o momento da morte se reconduzem, quando problematizadas, encontram-se indiscutivelmente em esferas jurídicas distintas. Assim, o problema tende a ser mais complexo que um mero, e mais que simplista, simplório ditado, possa antecipar. Aclarando o que supra defendemos, a decisão de nascer escapa irrefutavelmente ao nascituro, a quem se reconhece dignidade, negando-lhe, no entanto, qualquer personalidade jurídica, ainda que resquiciamente, uma vez que dependente, nos termos legais, do nascimento completo e com vida.

Em antagonia, a decisão de morrer cabe ao titular do direito à vida, equacionando-se da possibilidade da restrição ou renúncia daquele direito por aquele. Sempre se aceitará

a impossibilidade lógica de restringir o direito à vida, porquanto ou se está vivo, ou se está morto, não se aceitando a possibilidade de limitar parcialmente o direito à vida.

Se é certo que não existe um direito a morrer, porquanto facticidade irrefutável, existirá um dever de viver? Ou por outra, haverá o direito a morrer condignamente, sendo a dignidade do processo efetivada na oportunidade devidamente tutelável? Será a extemporaneidade da morte determinante para aniquilar a dignidade humana? Será o direito à vida verdadeiramente absoluto? Poderá a inevitabilidade da morte, inerente a qualquer ser humano, impedir a legitimidade deste antecipá-la com alicerce no seu património de valores morais, religiosos, ideológicos e jurídicos?

Neste sentido, e sem prejuízo do reconhecimento do respeito pelo direito à vida, enquanto decorrente da dignidade humana, Barbas, reflete se *haverá um dever de ver prolongada a agonia, o sofrimento, em função de um dever de viver ou melhor dizendo de um dever de (sobre)viver a qualquer custo, a qualquer preço, sem dignidade* (Barbas, 2009, p. 91).

Equacionamos a capacidade e legitimidade de antecipar o momento da finitude humana, porquanto, e ao contrário do nascimento como resultado da vontade de outrem, o *quantum* da vida encontra-se na livre disponibilidade de qualquer ser humano vivo, enquanto exercício da sua autodeterminação e liberdade decorrentes da dignidade da pessoa humana⁹⁵.

Antes de qualquer exposição, impõe-se, para melhor aproximação e sensibilização ao tema, verter a reflexão do Dr. Francisco George citado por Semedo:

Nascer, viver e morrer constituem os marcos que balizam o ciclo de vida de cada um e de todos nós. Inevitável.(...)

Ora, independentemente da condição social, todos os cidadãos morrem. Uns mais novos, prematuramente, antes de completarem 70 anos, e outros em idades mais avançadas. Porém, como se sabe, nem todos terminam a vida da mesma forma. Morrer

⁹⁵ Para Zuben *o homem tem uma vantagem sobre todos os outros seres vivos que é o poder extraordinário, seja de prolongar o término, seja de antecipá-lo, de algum modo, agindo sobre o processo* (Zuben, 1998).

depois dos 85 anos devido a enfarte do miocárdio súbito não tem o mesmo significado da morte ocorrida no fim de doenças prolongadas. (...)

São muitos os que, durante a fase terminal de doenças crônicas, incuráveis, sofrem a espera do fim. Filhos e netos, compreensivelmente, não aceitam um sofrimento inútil. Muitas vezes anseiam pela precipitação do final da vida do Pai ou do Avô ao pretenderem acabar com o sofrimento.

Assim sendo, justificasse em determinadas situações despenalizar a morte assistida na perspectiva de evitar, desnecessariamente, mais sofrimento. (...)

Então se os familiares ficam tantas vezes aliviados porque “já partiu, descansou e deixou de sofrer” não serão os próprios doentes que devem decidir do acesso à morte assistida?

Claro que sim. Devem poder, em tempo oportuno, decidir como terminar a vida. É neste sentido que são necessárias medidas legislativas para assegurarem este novo direito e de o regulamentar.

Uma questão de dignidade. (Semedo, 2018, p. 79)

Tomando posição Kant, afirma que, segundo o conceito do dever necessário para consigo mesmo, o homem que anda pensando em se suicidar indagará a si mesmo se a sua ação pode estar de acordo com a ideia da humanidade como fim em si mesma. Se, para fugir a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um simples meio para conservar até ao fim da vida uma situação tolerável. Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para o mutilar, degradar ou matar (Kant, 1988, p.58).

Etimologicamente a palavra eutanásia provém do grego, pelo que, decalcando-a “eu” significa “bem” e thanatos, “morte”, significando o termo uma morte serena/boa, indolor, compatível com a dignidade da pessoa humana (Comte-Sponville, 2005b, p. 17).

*Independentemente do significado a que alude o termo, poderemos, de imediato antecipar, sob pena de inversão do raciocínio, que os dilemas éticos e morais decorrem essencialmente dos requisitos da aplicação da eutanásia, *in casu*, a presença de doença incurável, causadora de sofrimento atroz e insuportável, e a vontade livre e esclarecida do*

doente para terminar com o direito fundamental à vida com auxílio de outrem, arrogando-se ao decurso natural do processo de morrer.

As considerações éticas adensam-se quando a ação de abreviar a vida decorre de uma presunção da vontade e da conceção de dignidade do doente, tal como conceptualiza Roxin, assumindo a eutanásia como *a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua conceção de dignidade* (Roxin, 2000, pp. 1-3).

Dilemas que se exponenciam pela necessidade de colaboração de terceiro para abreviar a vida de outrem, imbuído num espírito de solidariedade pelo sofrimento intolerável do enfermo perante um horizonte inevitável de doença incurável e terminal. Esclarece-nos Osswald, que a *eutanásia é a morte de uma pessoa, provocada por outra, a pedido da que é morta. Ou seja, trata-se de um ato voluntário, que exige uma dupla decisão, consciente e informada, ou seja, o da pessoa que quer ser morta e a da que aceita executar o pedido que lhe é feito*⁹⁶ (Osswald, 2016, p. 7).

A eutanásia, ainda que despida da atual terminologia, era prática corrente desde as antigas civilizações, e a título de exemplo, já na Grécia Antiga, Platão citado por Brito e Rijo apregoa que, embora se denote como lacunosa a intervenção de terceiro para o efeito, *todo o cidadão tem um dever a cumprir em qualquer estado civilizado, defendendo assim que ninguém tem de passar a sua vida doente ou em tratamento (...) aqueles que não forem sãos de corpo, deixem-se morrer* (Brito & Rijo, 2000, p. 53).

Relembra Januário e Figueira, ainda que de forma mais grotesca e bárbara, que não raras as civilizações em que a morte dos feridos de guerra, dos enfermos graves, dos famintos, dos deficientes, era antecipada muitas vezes por métodos cruéis. Em Roma os deficientes eram atirados ao mar. Na Índia antiga os considerados inúteis eram asfixiados

⁹⁶ Antecipamos os problemas de subjetividade que a aplicação da eutanásia pode comportar, tornando-a censurável, nomeadamente, a dúvida razoável da vontade ser livre e ponderada, perante uma situação de sofrimento *major*, bem como a subjetividade do limite à dor, dificultando a sua categorização como insuportável.

com recurso a barro colocado nas narinas e boca. Em Esparta enfermos eram enterrados vivos (Januário & Figueira, 2009, p. 51).

Para alguns, a eutanásia é a ação pela qual se abrevia a vida de alguém que se encontra numa situação de sofrimento insuportável decorrente de doença incurável e que, apesar de estar em fase terminal, encontra-se consciente e capaz de se decidir por uma morte digna (Couto, 2016, p. 19)⁹⁷.

A eutanásia clama por uma conjugação de requisitos objetivos e subjetivos, que não podendo comprometer a liberdade da declaração, poderão ser, ou tornar-se, falíveis. Requisitos que poderão conflitar com o respeito da dignidade humana e com o dever de preservar a vida. Obstáculos intransponíveis até aos dias de hoje no sentido da positivação do regime em Portugal. Em suma, a solicitação da eutanásia pelo doente, projeta requisitos que vão, muito além, da garantia da não precipitação, mormente a necessidade do doente se encontrar numa situação de sofrimento intolerável, em estado terminal ou ainda em condição clínica incurável (Semedo, 2018, p. 25).

Pensamos, neste sentido, que a eutanásia surge para os seus defensores, ou simpatizantes, alicerçada num espírito de solidariedade perante uma morte iminente, cujo protelamento declina na aniquilação da dignidade da pessoa, impondo-se por isso a antecipação daquela como garante desta. Uma solidariedade que se conforma num contrato, evidenciando-se a bilateralidade do suicídio assistido. Refere Osswald, que a *eutanásia é a morte de uma pessoa, provocada por outra, a pedido da que é morta. Ou seja, trata-se de um ato voluntário, que exige uma dupla decisão, consciente e informada, ou seja, o da pessoa que quer ser morta e a da que aceita executar o pedido que lhe é feito* (Osswald, 2016, p. 7).

Antecipamos de imediato a obrigação de alertar para a não precipitação do pedido de eutanásia pelo doente, quer pela falibilidade e imprevisibilidade da medicina decorrente da galopante evolução científica, podendo alterar o conceito de incurável, quer pela

⁹⁷ Esclarece Comte-Sponville, que a definição da eutanásia no *sentido rigoroso seria somente em razão de uma doença incurável destinada a anular, pela morte, o sofrimento que a medicina é incapaz de aliviar. Não se falando em eutanásia, e sim em homicídio, quando o médico dá a morte a quem não está doente e que poderia salvar* (Comte-Sponville, 2005b, p. 21).

possibilidade dos conceitos de incurável e terminal não coexistirem, perigando a legitimação da atuação. Ademais, o sofrimento é inexoravelmente subjetivo e, bem assim, insuscetível de ser qualificado, no que à sua tolerância concerne, pelo observador (por muito que este seja a personificação da solidariedade e alteridade para com o enfermo). Acresce ainda a dificuldade de qualificar o sofrimento do enfermo pela possibilidade das opções terapêuticas assumidas poderem ser coadjuvantes da intolerância do sofrimento, o que, nos dias de hoje, é manifestamente censurável e inqualificável pela panóplia de classes de analgésicos e sedativos disponíveis para fazer face à dor.

Nesta linha de pensamento, Daniel Serrão relembra que os *psicólogos afirmam que as decisões, quaisquer decisões, tomadas por pessoas que sofrem com grande intensidade não nascem mais das pessoas como uma unidade organizada, um eu homogêneo (neste conceito se fundamenta a atenuação de imputabilidade, quando uma decisão tomada por uma pessoa em estado de grande sofrimento se configura como um ilícito penal; curiosamente o Código Penal português invoca esta perda de unidade e organização do eu para reduzir a pena do médico que, dominado pela perturbação que lhe provoca o sofrimento do doente, decide matá-lo). Parece, portanto, que a perda de unidade produzida pelo sofrimento compromete, de forma irremediável, a autonomia para a decisão; a pessoa que tem um sofrimento insuportável já não é livre e, por isso, não pode conhecer, de forma clara, qual é o seu melhor interesse em tal situação* (Serrão, 2001, p. 225).

Acrescenta, Germano de Sousa, que o *respeito absoluto pela vida humana a que o médico é obrigado significa a recusa total em participar em qualquer ato que, objetivamente e de forma direta, abrevie a vida, mesmo que praticado com intuitos aparentemente piedosos ou benevolentes, pois eliminar a dor física ou moral não pode significar eliminar o portador da dor. É a recusa total e absoluta da eutanásia seja sob que protesto ou sofisma for* (Germano de Sousa, 2000, p. 17).

De facto, enaltece o CDOM, que o consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais⁹⁸, sendo

⁹⁸ Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro

sempre refutável o sofrimento intolerável, enquanto impossível de impregnar a validade do consentimento, assumindo-se este, sempre, como coator.

Neste sentido, o Ac. do TC 123/2021, relativo à fiscalização da constitucionalidade de diversas normas constantes do DL da AR, que regula as condições especiais em que a antecipação da morte medicamente assistida não é punível, afirmando que, *se assim é em termos gerais, a solução concreta adotada no n.º 1 do artigo 2.º do decreto não deixa de merecer uma objeção constitucional: a exigência de verificação administrativa de uma «situação de sofrimento intolerável». Creio que este requisito restringe excessivamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do «doente», desde logo por ser manifestamente inidóneo como meio de tutela da liberdade geral de ação na sua dimensão positiva. Importa distinguir sofrimento de dor. Por ser uma sensação, a dor é seguramente subjetiva, no duplo sentido de ser um evento que ocorre na consciência do sujeito e que é diretamente cognoscível apenas pelo sujeito. Porém, nem por isso deixa de ser passível de algum grau de objetivação – presente nos atuais métodos de diagnóstico e na construção de escalas – e de ser mitigada ou debelada através do tratamento das suas causas ou da administração de anestésicos. Já o sofrimento pressupõe a capacidade de um sujeito valorar a sua existência segundo uma norma que interiorizou. Só por comodidade de expressão se pode falar de «sofrimento físico» ou «sofrimento psicológico» – o sofrimento é por natureza um estado holístico e um fenómeno de ordem existencial; as suas «causas» são necessariamente mediadas pela reflexão e referidas a determinados valores. Daí que a relação entre dor e sofrimento seja contingente: a dor pode ser uma «causa» determinante de sofrimento, mas pode haver dor sem sofrimento – regularmente testemunhada por parturientes, desportistas e missionários – e pode haver sofrimento sem dor, nomeadamente «causada» pelo fim de uma relação valiosa, pela morte de uma pessoa querida ou pela dependência total de terceiros. Não impugno que o sofrimento possa ser objeto de uma terapêutica própria – no quadro de uma conceção interdisciplinar de cuidados paliativos –, mas dou por certo que não se trata de algo de tão prosaico como tratar uma dor de dentes ou uma contratura muscular, sintomáticos de causas objetivamente identificáveis e suscetíveis de alívio através da administração de fármacos. Parece-me sobretudo que o sofrimento é uma realidade profundamente subjetiva, incindível da mundividência pessoal e insuscetível de simples «verificação».*

Relativamente ao consentimento *tout cour*, de acordo com a abordagem monista de Roxin, citado por Costa Andrade, consagra-se também o exercício da liberdade de ação constitucionalmente assegurada defendendo que, (...) *quando alguém consente eficazmente que outrem intervenha sobre os seus bens jurídicos, esta intervenção não constitui um dano para o portador dos bens jurídicos, antes configura um auxílio na realização da liberdade de ação que lhe é constitucionalmente assegurada e que se exprime precisamente na disposição sobre os bens jurídicos ao seu dispor, à semelhança do que sucede com a disposição dos bens jurídicos por parte do próprio portador, também esta conduta não preenche o tipo criminal. Assim e à partida, é a sua tipicidade que é excluída.*

Assume o mesmo autor, na esteira da doutrina liberal do bem jurídico, que *se os bens jurídicos estão ao serviço do livre desenvolvimento do indivíduo, então não pode existir uma qualquer lesão do bem jurídico quando uma ação assenta numa disposição do portador do bem jurídico e, como tal, não prejudica o seu livre desenvolvimento, antes e pelo contrário, constitui a sua expressão* (Costa Andrade, 2004, p. 123).

Em antítese, a mesma referência, mas na primeira pessoa, assume uma conceção dualista, distinguindo o consentimento do acordo presumido, sendo que aquele exclui a ilicitude, e este o tipo legal (Costa Andrade, 2004, pp. 117-130).

Em nossa opinião, aceitamos não ser axiologicamente neutro o respeito pela autodeterminação quando exercida de forma individual, concretizando-se numa auto disponibilização do bem jurídico ou, pelo contrário, quando impõe a convocação de terceiros para tanto, manifestando-se o acordo na permissão a hétero lesão de bens jurídicos, tal como pensámos ser translúcido no Direito Penal positivado.

Não estando positivada a eutanásia em Portugal, apesar das várias propostas de lei já apresentadas em AR, impõe-se perceber o eventual enquadramento jurídico daquela e confrontá-lo com a realidade do E.V.P.. Só assim seremos capazes de compreender, se ultrapassada a inconstitucionalidade⁹⁹ decorrente da inviolabilidade da vida humana¹⁰⁰, seria, aquela, aplicável à realidade do E.V.P..

⁹⁹ A lei fundamental, ocupando o cume da pirâmide de Kelsen, faz referência ao direito à vida e à inviolabilidade do mesmo, integrando-se no capítulo dos Direitos, Liberdades e Garantias, sendo oponível, pelo seu regime, a todas as entidades públicas ou privadas, impedindo-se a violação por terceiros. No entanto,

Alguns defensores da prática da eutanásia transportam a problemática para a eficácia e fiabilidade do consentimento, sem que se possa antever como ultrapassam a inviolabilidade do direito à vida, nos termos constitucionais portugueses, ainda que a pedido do próprio titular.

Parece-nos que o problema surge mais a jusante do que a montante, alicerçado na não criminalização do suicídio. De facto, a criminalização do suicídio só seria possível na forma da tentativa, porquanto se aquele fosse bem-sucedido, permaneceria lacunoso o pressuposto de processibilidade, mormente a possibilidade de punibilidade do agente pela morte deste. O suicídio, concretiza-se num ilícito resultante da indisponibilidade do direito à vida pelo próprio titular ou por outrem, sendo que a sua não criminalização não afasta a sua ilicitude, pelo que relembramos a criminalização do incitamento e a ajuda ao suicídio (artigo 135 ° C.P.), do homicídio a pedido da vítima (artigo 134° C.P.) e da propaganda do suicídio (artigo 139C.P.).

Tendemos a concordar com Figueiredo Dias que se insurge pela disponibilidade do direito à vida pelo próprio indivíduo, não havendo suporte legal que obrigue qualquer ser humano a viver, esclarecendo expressamente que o *Estado: (a) não pode dispor da vida das pessoas, a qualquer título que seja; (b) tem obrigação de proteger a vida das pessoas contra ataques ou ameaças de terceiros (...)* Uma proteção penal que vá para além da imposição a terceiros da abstenção de ataques à vida determina uma negação da

não se criminaliza a violação do direito à vida pelo próprio titular, não sendo este punível na forma da tentativa.

Reforçando a supremacia do direito à vida sobre o direito à liberdade, surge a sistemática da Lei Fundamental, consagrando os direitos por ordem de importância, sendo irrefutavelmente o direito à vida o primeiro que se nos apresenta do catálogo dos direitos fundamentais além de pressuposto lógico de todos os demais direitos positivados.

¹⁰⁰ Refere o artigo 24º, n.º 1 e n.º 2 da C.R.P., que a vida humana é inviolável e, em caso algum, haverá pena de morte, pelo que parece clarividente a supremacia deste direito em relação aos demais Direitos, Liberdades e Garantias igualmente positivados, o que se entende na medida que se assume como pressuposto lógico dos demais.

Os direitos fundamentais surgem como indisponíveis e inalienáveis, assumindo-se como caracterizadores da ordem dos valores morais, defendidos pela ordem jurídica, impondo-se, quer limites à atividade do Estado, quer funções por parte deste de forma a os garantir e proteger.

autodeterminação do próprio titular do bem-jurídico. O que seria o caso se se considerasse o suicídio como um crime. Logo, se esta tutela penal fosse estendida ao seu titular, ficaríamos obrigados a viver, podendo ser penalizados no caso praticar o suicídio na forma tentada.

O enquadramento jurídico da prática da eutanásia depende da forma em que a mesma ganha expressão, pelo que urge explicar as duas formas em que se concretiza a antecipação da morte, enquanto exercício da autodeterminação da pessoa.

A eutanásia pode assumir duas formas: a eutanásia ativa e a eutanásia passiva. Na eutanásia ativa, impõe-se o recurso a processos terapêuticos que visam, diretamente, levar à morte da pessoa, sendo determinante aferir do consentimento do visado de forma a perceber da subsunção no tipo legal de crime e, bem assim, determinar a responsabilidade criminal do agente, podendo ser imputada a conduta aos crimes previstos nos artigos 133º, 134º e 135º do C.P.P. (Januário & Figueira, 2009, p. 61).

Ainda relevante para o enquadramento jurídico penal é o tipo de eutanásia ativa, podendo esta assumir-se na forma de eutanásia ativa direta ou indireta.

A eutanásia ativa direta surge quando provocada intencionalmente mediante o consentimento, ainda que presumido do doente e com recurso a medidas supressoras de respiração ou consciência ou por injeção letal. Esta modalidade de eutanásia ativa é descrita por Silva como *efetiva antecipação do momento da morte natural por administração de fármaco ou conjunto de fármacos letais, em satisfação de um pedido voluntário* (Silva, 2017, p. 92). A eutanásia ativa direta, conforma-se numa clara expressão de misericórdia pelo doente, declinando na prática de um ato conducente à antecipação do momento de uma morte iminente cujo processo já se havia iniciado.

A prática da eutanásia na modalidade ativa ou direta é refutada pelo CDOM no artigo 57º, nº 1 em que se afirma a obrigação do médico em *respeitar a dignidade do doente em fim de vida*, acrescentando-se no nº 2 que *ao médico é vedada a ajuda ao suicídio, a eutanásia e a distanásia*¹⁰¹. Em conformidade, e no célebre juramento de

¹⁰¹ Ficam salvaguardadas as situações de doentes terminais, e em sede de cuidados paliativos, podendo o médico atuar de acordo com o estado de necessidade desculpante, conferindo ao bem jurídico vida uma perspetiva qualitativa como supra se elucidou.

Hipócrates ao qual se vinculam os médicos, finda a sua formação académica, lê-se, entre outras promessas, que *a saúde e bem-estar do meu doente serão as minhas primeiras preocupações; respeitarei a autonomia e a dignidade do meu doente; Guardarei o máximo respeito pela vida humana*¹⁰².

Esta prática é punível correspondendo ao homicídio a pedido da vítima, previsto no artigo 134º do C.P., sendo que o desvalor da conduta do agente é atenuado, cumulativamente, pelo consentimento do doente e pelo sentimento de solidariedade do agente em abreviar o sofrimento intolerável daquele. Neste sentido, assume-se como *o auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, no sentido de lhe permitir uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas* (Figueiredo Dias & Brandão, 2012, pp. 19-22).

No caso de eutanásia ativa indireta, a morte não surge como fim último, mas tão só como consequência das medidas de mitigação do sofrimento, pelo que, a doutrina, tem-se insurgido pela impunibilidade desta conduta pela ausência do dolo do resultado morte, não havendo preenchimento do tipo legal de crime¹⁰³. Ou seja, a morte surge como secundária à natural competência do médico ao instituir terapêutica capaz de fazer face a tamanha dor (Brito & Rijo, 2000, p. 28)¹⁰⁴.

¹⁰² O Juramento de Hipócrates pode ser consultado na íntegra em https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Juramento_de_Hip%C3%B3crates.pdf

¹⁰³ A eutanásia ativa indireta ou passiva, como modalidade não movida pelo auxílio na morte, mas tão só, pelo alívio no sofrimento atroz e intolerável, sendo a morte um efeito mediato daquele, tem-se assumido que não integra qualquer ilícito penal, não preenchendo a tipicidade de qualquer crime de homicídio previsto do Direito Penal. Para Figueiredo Dias, permanecendo lacunoso o elemento subjetivo do tipo legal, perseguindo-se, tão só, uma intenção terapêutica de alívio do sofrimento, deve, de acordo com o autor, *o sentido social da conduta conduz a que ela deva ser tida como atípica*, não integrar a tutela de última ratio do Direito Penal (Figueiredo Dias & Brandão, 2012, p. 32).

¹⁰⁴ Em homogenia, de acordo com a Lei 31/2018 de 18 de julho o nº1 do artigo 8.º, *as pessoas com prognóstico vital estimado em semanas ou dias, que apresentem sintomas de sofrimento não controlado pelas medidas de primeira linha previstas no n.º 1 do artigo 6.º, têm direito a receber sedação paliativa com fármacos sedativos devidamente titulados e ajustados exclusivamente ao propósito de tratamento do sofrimento, de acordo com os princípios da boa prática clínica e da *leges artis*.*

Em síntese, na eutanásia passiva ou ortotanásia, a morte ocorre naturalmente, não pela ação de qualquer terapêutica, mas, tão só, pela inércia da administração de fármacos ou assunção de medidas que, injustificadamente, prolongariam a vida, podendo sempre se presumir que seria essa a vontade do doente. Concordando com Raimundo, *no fundo, traduz-se na omissão de meios médicos idóneos a manter ou alongar a vida de um paciente, cujo fim se encontra próximo, acabando por levar ao término antecipado dessa existência de sofrimento* (Raimundo, 2014, p. 32).

No caso da eutanásia ativa indireta ou eutanásia passiva, penalmente permitida graças à proteção do consentimento do doente, esclarece o n° 1 do artigo 150° do C.P. que as intervenções e tratamentos devem ser levadas a cabo segundo o estado dos conhecimentos científicos e da experiência médica pela mão de médicos (ou pessoal legalmente autorizado) e com intenção de *prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental*, desde que de acordo com a vontade do doente, ainda que ao abrigo do consentimento presumido. Seria sempre determinada a irresponsabilidade penal do agente por se encontrar ao abrigo de uma causa de exclusão da culpa, nos termos do artigo 35° do C.P., sob epígrafe *estado de necessidade desculpante*, segundo o qual, *age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameaça a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente*.

Por sua vez, a distanásia surge em oposição à ortotanásia, assumindo-se como o encarceramento da pessoa manifestado na inviabilidade de uma morte digna imposta pela obstinação terapêutica infundada. Mantém-se a vida humana de forma acriteriosa, por via de intensificação terapêutica, sem que se descortine qualquer benefício, impondo-se o protelar de uma morte natural ao invés do respeito pela dignidade da pessoa humana e dos princípios bioéticos, sendo uma prática cuja condenação tem ganho oposição no mundo jurídico e médico (Brito & Rijo, 2000, pp. 33-35). De facto, e de acordo com o n° 3 do artigo do CDOM, o uso de meios extraordinários de manutenção de vida deve ser interrompido nos casos irrecuperáveis de prognóstico, seguramente fatal, e de morte

iminente, quando da continuação de tais terapêuticas não resulte qualquer benefício para o enfermo.

Parece-nos assim, que a discricionariedade médica é arredada em prole de uma atuação vinculada e objetivamente criteriosa condigna com as *leges artis*.

Esta modalidade de eutanásia nada mais conforma como obstar ao encarniçamento terapêutico em conformidade com CDOM. De acordo com o artigo 58º, sob a epígrafe *Cuidados Paliativos, e nas situações de doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua ação para o bem-estar dos doentes, evitando utilizar meios fúteis de diagnóstico e terapêutica que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento, sem que daí advenha qualquer benefício*. De facto, e já em anterior redação daquela fonte estatutária, vertia-se no póstumo artigo 49º, que em *caso de doença comportando prognóstico seguramente infausto a muito curto prazo, deve o médico evitar obstinação terapêutica sem esperança, podendo limitar a sua intervenção à assistência moral ao doente e à prescrição ao mesmo de tratamento capaz de o poupar a sofrimento inútil, no respeito do seu direito a uma morte digna e conforme à sua condição de ser humano*.

De forma eloquente, Raposo, afirma que a *adequação de qualquer ato médico deve ser apurada pelo melhor juízo do médico responsável, fundado nas leges artis e na ideia do maior bem para o paciente. Nesta avaliação o princípio orientador deve ser o seguinte: não faz parte dos fins da medicina prolongar a vida biológica a qualquer preço sem ter em conta a sua qualidade*. Evidenciamos, assim, uma intensificação terapêutica sem qualquer benefício para o doente, obstando-lhe a uma morte digna com o eventual protelamento imoral do sofrimento e agonia, possibilitado pelo avanço da tecnologia médica e farmacológica (Raposo, 2012, p. 125).

Estamos em condições de assumir a distanásia como antagonista do respeito pela dignidade da pessoa humana que deve acompanhar todo e qualquer cidadão, desde o nascimento até ao seu último suspiro, sendo moralmente reprovável por desconsideração à autodeterminação e liberdade daquelas decorrentes, tal como se impõem enquanto obrigação estatutária aos médicos

Não estando regulamentada a eutanásia no nosso ordenamento jurídico, a sua prática apenas poderá ser objeto do Direito Penal, podendo ser enquadrada nos artigos 133º

(homicídio privilegiado), 134º (homicídio a pedido da vítima) e, ainda, nas práticas ocorrentes nos meios hospitalares, quanto à alusão expressa (do doente) do pedido de término da sua vida serem subsumíveis ao tipo legal de crime, previsto no artigo 135º, todos do C.P..

No entanto, Figueiredo Dias, entre outros, parece concordar na não punibilidade da conduta do médico, quer ao abrigo de uma causa de exclusão de ilicitude ou da culpa, *in casu*, e, respetivamente, ao abrigo do conflito de deveres (artigo 36º do C.P.) ou do estado de necessidade desculpante (artigo 35º do C.P.), sem prejuízo de admitir a possibilidade da dispensa de pena (Figueiredo Dias & Brandão, 2012, pp. 19-31).

O artigo 149º do C.P., regulando o consentimento do ofendido, esclarece que este exclui a ilicitude de uma ofensa à integridade física, desde que não ofenda os bons costumes. Conjugando com a visão de Figueiredo Dias sobre a não criminalização do suicídio, parece ser possível de aplicar, extensivamente, o consentimento à ofensa do direito à vida, ficando por salvaguardar os bons costumes alicerçados na misericórdia pelo sofrimento intolerável e o facto da precipitação de uma morte iminente, porquanto sempre lesiva dos bons costumes pela inviolabilidade do bem jurídico vida.

Acresce que, a prática da eutanásia, seria sempre subsumível ao regime da responsabilidade civil por violação dos direitos de personalidade, ficando ao coberto da cláusula geral de personalidade, prevista no artigo 70º, n.º 1 do C.C., onde se verte que a *lei protege o indivíduo contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua integridade física ou moral*, ficando a legitimidade processual ressalvada pela aquisição derivada na pessoa dos sucessíveis.

Ora, aqui chegados, estaremos aptos a tecer considerações relativamente à conjugação da eutanásia, ainda que fosse legalmente possível a sua prática, e a realidade do E.V.P..

A aceitar a eutanásia ativa direta sempre se assumiria como alicerçada num consentimento presumido, porquanto, e como define Vaz e Godert, o *estado vegetativo é uma desordem quantitativa da consciência onde os pacientes permanecem num estado de quase inconsciência, em vez de consciência plena, podendo conservar, no entanto, algumas funções autónomas e cerebrais como a respiração, a deglutição e a excreção. O paciente fica num estado de vigília, mas não está propriamente consciente e não tem a*

capacidade de percepção, apreensão, crítica e interação, não sendo capaz de usar a linguagem ou a memória (Vaz & Goedert, 2018, p. 112). Assim, não vivendo o vegetante, mas tão só sobrevivendo, seria de presumir a vontade de abreviar a vida daquele, antecipando a morte com recurso à ação direta de terceiros.

Relativamente às situações de eutanásia ativa indireta seria, no nosso entendimento, mais complexo de aplicar, na medida em que o E.V.P. assume muitas vezes uma aparência de serenidade e ausência de dor decorrente das lesões cerebrais extensas. Assim, e além de inobservável o sofrimento que legitimaria objetivamente a administração de terapêutica, que secundariamente declinaria na morte, seria também inaplicável pela ausência de preenchimento do pressuposto de doença terminal ou morte iminente que autorizasse abreviar o processo com fundamento num sentimento de solidariedade e alteridade para com o vegetante.

No que à eutanásia passiva concerne, surge-nos o dilema que se prende com a classificação de meios ordinários ou extraordinários de manutenção da vida, porquanto, facilmente se entenderá que, seguindo a doutrina defensora da não administração de dieta ou de hidratação ao vegetante, a morte acabará por se efetivar pela inevitável consolidação da inanição. No entanto, não considerando estas medidas como idóneas a manter ou prolongar a vida, que o são efetivamente, a vida persistirá até evento fortuito que dite a sua finitude. De acordo com o preceituado no artigo 59º, nº 5 do CDOM, assume-se que *não se consideram meios extraordinários de manutenção da vida, mesmo que administrados por via artificial, a hidratação e a alimentação; nem a administração por meios simples de pequenos débitos de oxigénio suplementar*, pelo que, a polémica, além de se conformar como uma autêntica navegação à vista, parece, por ora, sem solução pacífica no horizonte.

Em jeito de conclusão, a condição de E.V.P. pode declinar na não aplicação da eutanásia, ainda que devidamente legislada, porquanto a condição de total ausência de consciência e uso da razão do vegetante impede a manifestação do consentimento ou a elaboração de acordo para levar avante a intenção livre, ponderada, esclarecida, de forma expressa ou presumida, de abreviamento da vida.

Além de lacunoso o pressuposto subjetivo, estariam sempre por preencher os requisitos objetivos da figura, mormente a condição de doença incurável ou terminal, bem como a evidência de um sofrimento insuportável e vilmente atroz pelo vegetante¹⁰⁵.

Tomando posição, assumimos que, perante tal factualidade, não existem dúvidas da necessidade de tutelar uma condição de limbo, concretizada num angustiante estado de serenidade que se perpetua numa realidade de morto-vivo, mas que, não havendo solução para a mesma, prolongar-se-á indeterminadamente a vida biológica de um corpo, cuja dignidade permanece inerente a qualquer ser humano.

De facto, a eutanásia, ainda que fosse legalmente admissível, pela possibilidade da suspensão da hidratação e nutrição artificial do vegetante, seria sempre afastada pela interpretação literal do disposto no n.º 3 do artigo 59.º do CDOM, dispondo que *o uso de meios extraordinários de manutenção de vida deve ser interrompido nos casos irreversíveis de prognóstico seguramente fatal e próximo, quando da continuação de tais terapêuticas não resulte benefício para o doente*. Equacionamos se não seria de interpretar restritivamente o preceito, no sentido de afastar o pressuposto da condição incurável e de morte iminente, em respeito pelo princípio da beneficência que também aos médicos obrigam as *leges artis*.

Neste sentido, reitera-se a possibilidade de agir ao abrigo da exclusão da culpa do ilícito penal, tal como refere Figueiredo Dias, já que embora se compreenda a atuação ilícita movida por um sentimento de compaixão e solidariedade humana perante a condição moribunda e irreversível do vegetante, não se admite anular na íntegra o desvalor da atuação. Esclarece Figueiredo Dias, que *o aniquilamento das chamadas «vidas indignas de serem vividas», p. ex. a morte dada a doentes mentais incuráveis, é em todo e qualquer caso proibida no sentido do crime de homicídio, mesmo sendo levada a cabo por um médico. Não quero dizer com isto, é claro, que deixem de intervir aqui as causas gerais de exclusão da culpa — v. g. a inimputabilidade do agente, a falta de dolo e negligência, a inexigibilidade — nos mesmíssimos termos em que, segundo o nosso direito, podem intervir relativamente a todo e qualquer homicídio. Pretendo só significar que, nestes*

¹⁰⁵ Equacionamos se uma vida de total incapacidade e sem qualidade se reconduz a um sofrimento atroz compatível com a dor intolerável enquanto requisito objetivo para o suicídio assistido.

casos, o peso da vida para o doente ou para os que o cercam não confere ao médico, e muito menos ao Estado, um direito a matar (Figueiredo Dias, 1973, p. 17).

Não podemos deixar de concordar que nos casos do E.V.P., a pessoa, ainda que não sofra, limita-se a sobreviver, sendo aqueles que a rodeiam confrontados e atormentados com uma presença física despida de qualquer vida de relação ou social, assumindo-se neste sentido a eutanásia como a polarização entre a absolutidade da vida e o respeito pela autodeterminação do ser. Coloca-se assim em espectro a possibilidade da eutanásia por lacunoso qualquer pedido do doente que, embora incapaz de o fazer, se presumisse que o quisesse fazer se estivesse em condições para tal (Vaz & Goedert, 2018, p. 112).

Em aresto, e não nos resignando, não podemos conceber o ser humano como um mero complexo de reações bioquímicas, impondo-se uma visão holística em que se integram as dimensões espiritual, emotiva, sensorial, psicológica, volitiva, racional, ética, comunitária, social e ecológica. É assim irrefutável que a dignidade da pessoa humana, assenta na própria essência do Homem como ser não exclusivamente biológico, pugnando o mesmo autor que a essência da dignidade humana reside exatamente no seu carácter holístico, não puramente biológico (Vaz & Goedert, 2018, p. 114).

4.4.2. Diretivas antecipadas de vontade (DAV) - testamento vital

As DAV surgem como uma declaração de vontade formada, e ponderada, perante uma condição clínica especulada como grave, incurável ou incapacitante, com intuito de garantir o respeito pela decisão do declarante no seu processo terapêutico, quando este se encontre incapaz de o fazer no momento de tal decisão. Podem as DAV assumir a forma da nomeação de um procurador de saúde ou a forma de testamento vital, sendo descritas por muitos como uma conquista civilizacional, enquanto instrumento de autoproteção jurídica da pessoa (González M. A., 2006, p. 13)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Para Dias Pereira, a assinatura desse documento sendo feita junto de um Notário, garante que se assegura a capacidade, o esclarecimento e a liberdade do paciente. Com este paradigma assegura-se um equilíbrio entre a dimensão material (carácter vinculativo da declaração antecipada) e a dimensão procedimental, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situação de vulnerabilidade (Dias Pereira, 2014, p.204).

Relativamente à terminologia adotada, concordamos que uma diretiva, além de consubstanciar um conceito mais amplo, é ademais, e ao contrário de uma declaração, desprovida de significado com rigor jurídico à luz da lei civil. De acordo com o seu significado linguístico, assume-se diretiva *como indicação, instrução ou norma que deve orientar uma ação ou atividade*¹⁰⁷, pelo que, equacionamos se o termo mais correto, ou adequado, não seria em alternativa “Declaração Antecipada de Vontade”.

Aceitando as DAV como uma conquista civilizacional, Dias Pereira, refere que as *peessoas, cada vez mais cultas e conscientes, desejam declarar antecipadamente a sua vontade no que diz respeito aos cuidados de saúde. Outros (...) recusam um determinado tipo de intervenção médica, designadamente uma transfusão de sangue ou uma transplantação de tecidos ou órgãos. Essas pessoas querem assegurar que este seu direito seja respeitado mesmo numa altura que se encontrem em situação de incapacidade. Poderemos ainda equacionar as situações de recusa de manobras de reanimação na sequência de um acidente de viação ou de um acidente vascular cerebral, devido ao desejo profundo de não querer correr o risco de uma vida de menor qualidade, no plano da capacidade de comunicação, de mobilidade ou de vida de relação. Pensamos assim nas declarações de não ressuscitar ou mesmo na recusa de hidratação ou nutrição em caso de estado vegetativo persistente* (Dias Pereira, 2014, p. 288) .

O testamento vital, surge assim *como um instrumento desenhado pela preocupação pelos moribundos, com o intuito de promover a aceitação da eutanásia. Com tais documentos surge a ideia e a possibilidade de aceitar o direito de escolher quando, onde, porque e como morrer* (Januário & Figueira, 2009, p. 164). Assume-se, lateralmente, como proteção jurídica de terceiro¹⁰⁸, justificando a omissão das intervenções que estariam ao

¹⁰⁷ <https://dicionario.priberam.org/diretiva>; "diretiva", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021, <https://dicionario.priberam.org/diretiva> [consultado em 25-11-2021]).

¹⁰⁸ Dias Pereira assume ainda que as diretivas antecipadas de vontade desresponsabilizam emocionalmente os familiares e médicos podendo ainda ser defendidas como *expressão do princípio constitucional da liberdade de expressão do pensamento e de culto. Sobretudo, e esta é a grande razão histórica do seu aparecimento, apresenta-se como uma barreira à obstinação terapêutica ou “encarniçamento terapêutico”, visando com isso a preservação da dignidade humana no fim da vida* (Dias Pereira, 2014, p.290).

abrigo de um consentimento presumido em prole da vida e recuperação da saúde ou integridade física.

Entendemos as DAV como um regime que tem, ademais, a intenção de subtilmente, permeabilizar a sociedade à aceitação progressiva da eutanásia, sendo evidente a *ratio* comum que alicerça as duas figuras. De facto, ambas as figuras, impõem-se no respeito pela autodeterminação do indivíduo quando confrontado com uma condição clínica incurável e de morte iminente, permitindo-lhe participar nas decisões terapêuticas com vista ao obviar daquela condição.

Antagonicamente à eutanásia, no que à atualidade da declaração concerne, assumem-se as DAV como meramente especulativas e antecipatórias, hipotetizando cenários e consentimentos dirigidos a um leque abstrato de intervenções médicas, comumente assumidas em contextos de manifesta gravidade clínica.

Relembramos, de forma a que se reflita criticamente, quer sobre a atualidade¹⁰⁹ do consentimento, quer, reflexamente a esta, sobre a possibilidade de uma declaração esclarecida que, o consentimento, tal como descrito por Vaz Rodrigues, assume-se como uma *atuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral*. A possibilidade de uma decisão livre, ponderada e esclarecida, de acordo com as *legis artis* e respeito pelo doente, só se concretiza quando fornecida informação suficiente para tanto (Vaz Rodrigues, 2001, p. 24). Perante um cenário hipotético e especulativo, não se atinge como é possível esta conjuntura, levando a doutrina a tratar a atualidade do testamento vital de forma autónoma, principalmente quando confrontada com o preceituado no artigo 157º do C.P., vinculando o teor do consentimento ao diagnóstico,

¹⁰⁹ Sendo assim inaplicável o regime do consentimento previsto no artigo 5º da Lei 31/2018 de 18 de julho, vertendo-se no nº1 que *as pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida têm direito a dar o seu consentimento, contemporâneo ou antecipado, para as intervenções clínicas de que sejam alvo, desde que previamente informadas e esclarecidas pelo médico responsável e pela equipa multidisciplinar que a acompanham.*, quer pelo desfasamento temporal do consentimento, quer pela não recondução do E.V.P. à condição clínica objetivamente consagrada.

com referência ao prognóstico e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento e da sua omissão.

Assim, impende sobre o médico a obrigação de confirmar aquele consentimento de forma a perceber que a diretiva se mantém atual, perante uma condição clínica que se deteriorou, mantendo-se assim a opção pela omissão da ação adequada a evitar o desfecho fatal, ou pela suspensão dos meios que o declaratório assumiu como desproporcionados e fúteis em situações clínicas por este hipotetizadas.

Continuamos séticos, duvidando que a outorga das DAV se concretize de forma consciente, ponderada e esclarecida relativamente a intervenções, cuja ação ou omissão poderão declinar na morte do outorgante quando desconhece, inclusivamente, a possibilidade de cura nos contextos hipotetizados. Assim, estas declarações assumem-se como presunção da vontade do outorgante quando confrontado com situações incuráveis, irreversíveis e potencialmente causadoras de sofrimento atroz.

Em homogenia, o artigo 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina sob epígrafe *vontade anteriormente manifestada*, convoca o testamento vital ou procurador de saúde, sem afastar claramente a possibilidade de um consentimento presumido, manifestado tacitamente. Em aresto, parece-nos digno acrescentar a necessidade de interpretação extensiva do preceito, devendo também ser convocado aquando da suspensão de uma intervenção, desde que ainda subsumível à vontade manifestada pelo vegetante.

Também Piperberg, reitera que *diferentes documentos surgem de forma que nas situações em que o paciente não é mais competente, no entanto, as ações podem ser tomadas de acordo com sua vontade. É o caso da DAV ou da ordem de não reanimar. Documentos que atestam, por um lado, o papel central que o paciente adquire, sobretudo, embora não exclusivamente, no caso de decisões relacionadas com o fim da vida, enquanto, por outro lado, a primazia é explicitada pelo princípio da autonomia sobre outros princípios, como o da beneficência. Isso, fundamentalmente, porque se entende que cada pessoa sabe o que é melhor para ela a partir de seus próprios valores, preferências e interesses, embora essa decisão possa ser o contrário do que no sentido médico se considera "o que melhor "para o paciente (Piperberg, 2017, p. 3).*

Em homogenia, Dias Pereira, insurge-se pelo abandono do paternalismo clínico, arredando a visão hipocrática que defendia que *as coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados, é proibido comunicá-las aos profanos, porque não foram iniciados nos mistérios da ciência* (Dias Pereira, 2017,p. 22).

O testamento vital, cujo processo de legalização se iniciou em 2006, e cuja rejeição pelo Centro Nacional de Saúde e de Ética obstou à positivação da proposta de Lei alternativa 788/X/4 em 2009, surge positivado na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Estabelece o artigo 2º, sob epígrafe *definição e conteúdo do documento*, que *1 - As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer 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.;2 - 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 Proc. 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 clínicos¹¹⁰.*

Relembramos que as DAV consubstanciam documento escrito pré-concebido, cujas opções assumidas pelo declaratório estão pré-estabelecidas, devendo apenas serem assinaladas as que melhor retratam as expetativas do seu outorgante (anexo I). Se o médico

¹¹⁰ Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

tiver dúvidas fundadas sobre algum destes tópicos, fica autorizado a pensar que a recusa apresentada não é suficientemente clara e forte para se sobrepor ao dever de intervir para salvar o doente, sem prejuízo da invocação da objeção de consciência estatutariamente autorizada desde que devidamente fundamentada.

No entanto, para a realidade em apreço, antevemos a dificuldade de interpretação da al.s a) e b) do nº 2 da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, porquanto reprecinada a polémica da possibilidade da alimentação e hidratação artificiais serem consideradas inúteis e fúteis face à irreversibilidade do E.V.P., e por isso expressamente subsumíveis à previsão do preceito. Acresce a dificuldade de amiudamente se recorrer a este instrumento, pelo que, na maioria das vezes, ainda que subsumível à realidade material, o mesmo permanece lacunoso.

Do diploma em apreciação, surge, de forma expressa, a inaplicabilidade do mesmo ao E.V.P., porquanto se não se encontra outorgada a DAV no momento em que aquele estado se consolida, clínica e irreversivelmente, não mais poderá ser outorgada tal diretiva, como se retira da leitura, ainda que desatenta, do artigo 4º do mesmo diploma. É assim inequívoco, no que concerne à capacidade para a DAV, a sua aplicabilidade apenas a pessoas que *a) Sejam maiores de idade; b) Não estejam em situação de acompanhamento, caso a sentença que a haja decretado vede o exercício do direito pessoal de testar; c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido*¹¹¹.

Neste sentido, o CNECV, em parecer sobre a transmissão de informação relativa às Diretivas Antecipadas de Vontade, assume que *estas permitem orientar o prestador de cuidados de saúde quanto ao tipo e/ou quanto à intensidade do tratamento a adotar e a sua eficácia depende não só da comprovação de que em determinado momento o seu autor não está apto para decidir sobre os cuidados de saúde, mas também, da existência de probabilidade séria de que não venha a adquirir em tempo útil a sua capacidade*

¹¹¹ Ainda que procedente a ação de acompanhamento a maior, sempre se antecipará como vedado o exercício do direito pessoal de outorgar por alguém alheado da realidade e, portanto, sem vontade livre, ponderada ou sequer esclarecida, pelo que, antecipa-se também, independentemente dos limites impostos pela sentença, a impossibilidade do acompanhante representar o acompanhado na outorga de tais DAV, pela sua irrefutável essencialidade para aquele e, portanto, insuscetível de representação.

decisória (CNECV, 2017, pp. 2-4). Em conformidade, relembra o artigo 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina¹¹², sob epígrafe *vontade anteriormente manifestada*, 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*¹¹³.

Somos assim do entendimento que as DAV impõem-se como autênticas concretizações da autodeterminação das pessoas, elevando-as a atores principais, no que concerne ao processo decisório relativo à sua condição clínica e desenrolar da mesma.

No entendimento de Daniel Serrão, as DAV podem intuir um sentimento de desconfiança na competência médica, arriscando tal sentimento ser inconsequente pelo desconhecimento científico dos outorgantes. O autor, citado por Rodrigues, sem deixar de enaltecer a importância do consentimento, elucida, criticamente, em relação à lei 25/2012 de 16 de julho, que *é também evidente que a redação deste documento indica que a pessoa que o escreve não tem confiança na capacidade de o médico avaliar bem a sua situação e tomar a decisão mais adequada para proteger o seu melhor bem. Que pode ser, em alguns casos, interromper tratamentos fúteis ou inúteis e ajudar a pessoa, com o cuidado paliativo, a viver o seu Proc. de morte, com a maior dignidade. Esta desconfiança não tem, em geral, qualquer justificação. Os médicos já sabem, hoje, reconhecer os limites do esforço terapêutico, sabem avaliar com rigor a incurabilidade e, na sua imensa maioria, dão aos doentes terminais o cuidado paliativo adequado a cada situação. As Unidades de Cuidados Intensivos praticam um intensivismo útil, racionalmente avaliado e eticamente ponderado, pelo que merecem a maior confiança dos cidadãos se, não obstante, se quiser legislar em Portugal, como sucede em alguns Países europeus, a legislação tem de tomar em consideração os aspetos mais delicados das pessoas que decidem elaborar um destes documentos. Desde as formas de garantir que a declaração é autónoma, bem consciente e bem informada e que não há pressões externas que viessem a decisão, até uma*

¹¹² O Decreto do Presidente da República nº 1/2001, de 3 de janeiro, publicado no Diário da República, I Série A, n. o 2, de 3 de janeiro de 2001, ratificou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos;

¹¹³ https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protECAo_dh_biomedicina.pdf

disposição clara sobre a impossibilidade de usar o testamento para tentar impor, ao médico, a prática da eutanásia ou do suicídio assistido, a lei terá de estabelecer, de forma juridicamente segura, que o médico vai tomar em consideração o que está escrito no testamento, mas que é ele quem tem a última palavra sobre o que vai, ou não, fazer à pessoa que está a seu cargo. Com testamento ou sem testamento, quando uma pessoa doente não está em condições de receber a informação e de dar, ou não, o seu consentimento, é ao médico que cabe a responsabilidade de decidir. Segundo as boas práticas clínicas. Na prática médica moderna e mais atualizada, a decisão terapêutica é um ato científico, não é um mero palpite do médico. Particularmente nas situações de muita gravidade (Rodrigues, 2015, p. 8). Por conseguinte, nega-se o respeito cego e obstinado pela autonomia do doente, em detrimento do respeito pelos restantes princípios éticos, devendo ser chamada à colação a gravidade da condição, o prognóstico e a possibilidade da reversão da situação, ponderando-se intervenção contrária às DAV para resolução do conflito.

Assim, Daniel Serrão avoca a absolutidade e perigosidade¹¹⁴ do documento que poderão conduzir a diagnósticos, cuja falibilidade e fidedignidade, se encontram em permanente mutação, o que sempre fará perigar a atualidade do consentimento quando confrontados o momentos da outorga da declaração e o momento em que se impõe a produção dos efeitos desta.

Em adenda, parece-nos, pelo menos utópico, antecipar o cumprimento do consentimento informado em matéria de saúde de uma condição que ainda nem se projetou, ou tão pouco se diagnosticou, duvidando-se da liberdade e esclarecimento aquando da assunção das DAV. Assume-se no artigo 5º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa, que *a pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.*

O testamento vital surge como reação dos seus titulares ao direito à saúde e à vida, podendo aqueles substituírem-se às decisões médicas, impondo a sua vontade

¹¹⁴ Pela astuta ignorância dos seus outorgantes e pela evolução científica e médica que poderão inquinare a atualidade da diretiva.

relativamente aos tratamentos que desejam, ou não, perante determinado contexto de doença aquando da sua incapacidade decisional e, bem assim, antecipando a sua vontade mediante um cenário não menos antecipado. Um consentimento prospetivo que convoca o confronto de conceitos éticos e morais dos vários atores. Determina-se assim, o conflito entre a autodeterminação pessoal e a salvaguarda do direito à vida, cujas lacunas eventualmente existentes deverão convocar os valores do testador. Deve garantir-se uma interpretação de acordo com a vontade do declaratório, em respeito pela sua autodeterminação, permitindo-se a cada qual a prática de qualquer ato com as restrições impostas pela ordem pública, pelos bons costumes ou pelo fim económico-social do direito.

Concordamos com Pais de Vasconcelos, quando afirma que, a moral conforma-se como limite à autodeterminação pessoal e, bem assim, à autonomia privada, limitando as declarações negociais, sem prejuízo dos limites impostos pela boa-fé, ordem pública, bons costumes, natureza e a lei (Pais de Vasconcelos, 2003, pp. 262-263;419-428).

De acordo com o mesmo autor, relembramos que a moral, subjetivamente convocada, constitui o padrão de valores da pessoa enquanto vetores do bem e do mal, sendo orientadores do comportamento correto e em conformidade com aqueles padrões.

Relativamente à dimensão objetiva da moral, consolidada temporalmente em determinada sociedade, esta reflete o quadro axiológico prevalecente em determinante momento. Encontra-se consagrada no artigo 280º do C.C., sem que os bons costumes ali mencionados se assumam como fonte de moral, mas decorrentes desta, arrogando-se como um conceito que serve o propósito e finalidade do Direito.

No que à ordem pública concerne, esta deverá ser entendida como um complexo de princípios decorrentes da organização política e económico-social, enquanto garante do bem comum e, bem assim, coincidente com a moral (Pais de Vasconcelos, 2003, pp. 243-246).

Assim, acreditamos que a igualdade, ainda que formal, alicerça o conceito da autonomia privada, enquanto conquista do liberalismo, pelo que, deverá, claramente, encontrar restrições, *in casu*, na moral em geral, e nos bons costumes e na ordem pública em particular, sem prejuízo da baliza do abuso de direito se preenchidos os respetivos pressupostos, nos termos do artigo 334º do C.C..

Esclarece Mota Pinto, que a ordem pública pode ser assumida como *o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas*. Interesses que, logicamente, refletirão a mutabilidade da sociedade e, bem assim, os interesses da coletividade protegidos pela ordem pública que não deverão ceder perante os caprichos particulares (Mota Pinto, 2001, pp. 551-552).

Relativamente aos bons costumes, concordámos que os mesmos se consolidam como concretizações de uma moralidade pública, cuja contrariedade impõe sempre uma desestima social, assumindo-se, entre outras, e com a relevância prática para a presente dissertação, como violadoras dos bons costumes, as situações em que: *1) o negócio significa realização ou estímulo do proibido pelos bons costumes ou impedimento ao ordenado pela moral; ou 2) quando o negócio obriga a um ato ou omissão que deve ser livre* (Vaz Serra, 1958, pp. 164-195).

Assim, os bons costumes serão sempre assumidos como um referencial ético, sem que se bastem por este, caso contrário, esvaziar-se-iam num conceito em todo coincidente com a ordem pública, permanecendo aquele como válvula de segurança do sistema e impondo-se como verdadeiro princípio e referencial axial normativo.

Esta breve explanação teve como intuito chamar à colação a dificuldade de se aceitar, sem qualquer restrição, uma declaração que, infirmando a vontade de morrer ou de se deixar morrer, claramente, embate nos conceitos suprarreferidos.

É no nosso entendimento que as DAV concretizam-se como um hino à dignidade humana, enaltecendo a sua autonomia e autodeterminação, sendo os seus declaratários capazes de decidir de acordo com a sua conveniência, convicções e modelos alicerçados na sua personalidade. Deve o consentimento informado assumir-se como elemento constitutivo das DAV, em qualquer uma das suas modalidades. As DAV surgem como Negócio Jurídico Unilateral, constituindo-se obrigações apenas para aquele que assume a posição de garante do declaratário. Pode o garante ser aquele que impõe o cumprimento da vontade expressa nas DAV ou, aquele que tem o domínio do processo terapêutico, devendo este abster-se de praticar atos em desconformidade com a vontade declarada.

Alicerçado no princípio «*in dubio pro vita*», assume o Exmo. Juiz de Direito Vaz Patto, a não atribuição de eficácia vinculativa às DAV, devendo as mesmas serem consideradas pelo médico, tal como tantos outros fatores, em apreciação aquando das decisões de intervenção médica. Aquele autor, refere ainda que tal raciocínio tem acolhimento no artigo 9º da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa, aludindo que *a desejos previamente expressos, que deverão ser tidos em consideração, enaltecendo ainda que deveriam situar-se fora do âmbito de relevância dessas declarações, intervenções e tratamentos essenciais à salvaguarda da vida. Lembra douda fonte que a indisponibilidade da vida não conduz, porém, à legitimidade de intervenções ou tratamentos médicos forçados, contrários à vontade de um doente capaz de exprimir de forma atual o seu consentimento. Está em causa, neste âmbito, não a disponibilidade da vida (se assim fosse, seria lícito o homicídio a pedido), mas o respeito pela integridade física e a dignidade do doente, que seria de outro modo reduzido a objeto (já não sujeito) de uma prática médica* (Rodrigues, 2015, pp. 9-11).

Em conformidade, quis o legislador, sem prejuízo da unidade jurídica e congruência do sistema, impedir que se permitisse antecipadamente legalizar, subrepticamente, a eutanásia quando a mesma se encontra manifestamente afastada pela imposição inderrogável do direito à vida previsto no artigo 24º da C.R.P..

Acrescenta a al. b) do artigo 5º da lei 25/2012 de 16 de julho, que são igualmente inexistentes e, bem assim, ineficazes as DAV, *cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134º e 135º do Código Penal*.

Não excluindo a ilicitude, nos casos de eutanásia ativa direta e nos casos de incitamento/auxílio ao suicídio, assume-me como lícita, ou pelo menos não punível, a eutanásia ativa indireta e a eutanásia passiva, levantando-se, neste caso, a polémica do prestador de cuidados em eximir-se do dever de garantia do cumprimento das DAV.

Além da ineficácia, a inaplicação do regime das DAV, tal como se verte no artigo 5º do diploma em apreço, poderá decorrer da sua inexistência quando o teor do documento atentar contra os bons costumes, à ordem pública, entendida no sentido da ordem pública interna, ou ser contrário à Lei.

Em homogenia, deve o mesmo desfecho ser assumido perante a possibilidade de uma morte deliberada, não natural, segundo os artigos 134º e 135º do C.P., ou na possibilidade de se comprovar que o documento não expressa a vontade clara, ponderada e esclarecida do seu titular. Ainda alicerçados no preceituado nº 1 do artigo 81º, do C.C., *a limitação voluntária dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública*, bem como, em prole da congruência jurídica, preceitua o artigo 340º, nº 2 C.C. *a uma proibição legal ou aos bons costumes* enquanto limite à restrição voluntária de direitos.

O testamento vital, descrito por Januário e Figueira, como expressão e concretização do consentimento informado, foi convocado pela primeira vez por um jurista norte americano, Luis Kutner, na década de 70 e 80. Assim, e perante a factualidade complexa de dois doentes em E.V.P., reacendia-se a discussão do final de vida nos incapazes e a possibilidade de uma má prática ao serviço da obstinação terapêutica declinando no encarceramento dos enfermos que padeciam de condição clínica irreversível, em prejuízo de uma morte compatível com a dignidade da pessoa humana (Januário & Figueira, 2009, p. 164).

Ora, perante o E.V.P., e da possibilidade de não atribuição de eficácia vinculativa às DAV, como supra se infirma, a mesma poderá ser ultrapassada tendo por referência a opinião de Vaz Rodrigues. De acordo com o autor, deve o testamento em vida conformar-se como um conceito em que *englobamos todas as declarações pelas quais se busca prevenir consequências indesejadas da atuação médica privilegiada em casos de perda de consciência ou da vontade ao configurar quadros possíveis do desenvolvimento da doença e exprimir, antecipadamente, as respetivas instruções. Trata-se geralmente de declarações reduzidas a escrito ou em outros termos adequados para as guardar e reproduzir, como sejam os meios audiovisuais. Em regra, estes tipos de decisões previstas para eventuais quadros fácticos pré-figurados merecem respeito* (Vaz Rodrigues, 2001, p. 366).

Salientamos que o merecer respeito, nos termos elencados, em nada afasta a ineficácia vinculativa, mas tão só se acresce como mais um elemento a ponderar aquando do exercício da discricionariedade médica.

Em Ac. do TRP de 14 de março de 2017, em realidade próxima do vegetante, sumaria-se que *I - A incapacidade negocial de gozo conduz à proibição absoluta de*

celebração de negócios de cariz pessoal, os quais ficam afetados de nulidade absoluta, e é insuprível; a incapacidade negocial de exercício, ligada a negócios gerais (não estritamente pessoais) é passível de suprimento, não por representante voluntário, mas por representante legal ou assistente; a interdição constitui uma modalidade de incapacidade negocial de exercício; II – As medidas de suporte básico de vida, hidratação e alimentação, são subtraídas à vontade do doente, desde que não hajam sido objeto de diretiva antecipada de vontade – artº 2º nº2 Lei nº 25/2012 de 16/7. III – Se a pedida interdição provisória tem a ver com o facto de a Requerida poder entrar, a qualquer momento, em estado comatoso e terminal, sendo seu desejo, anterior ao atual estado de anomalia psíquica, o de não lhe ser prestado auxílio para o prolongamento da vida com alimentação artificial, tal expressão de vontade constituía um acto de natureza estritamente pessoal, nos termos do artº 2º nº2 Lei nº25/2012 de 16/7 (Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade), para o qual era inadmissível o suprimento pela decisão do representante legal (tutor provisório), sem prejuízo da ponderação, em casos factuais precisos, de um fenómeno de surrectio, isto é, de constituição de um novo direito subjetivo, por aplicação do disposto no artº 334º C.C.¹¹⁵.

Em aresto, Milan, referindo-se ao consentimento em doentes em E.V.P., perante a complexa decisão de interrupção da nutrição e hidratação artificiais, não existindo qualquer documento ético e juridicamente válido, faz apelo a que a decisão expresse o respeito pela autodeterminação do vegetante. A vontade do vegetante deverá ser trazida ao conhecimento da equipa médica por aqueles que estão em condições de afirmar qual seria aquela (M.D.Milan, 2001, pp. 71-76). Facilmente se alcança a impossibilidade dos enfermos inconscientes manifestarem a sua vontade, equacionando-se a possibilidade de preencher tal consentimento com recurso a analogia manifestada pelo doente, aquando de outros contextos materialmente homólogos e com alcances expectavelmente semelhantes.

¹¹⁵ Equacionamos se perante a possibilidade de progressão de E.V.P. para doença terminal e incurável, em expetável iminência de morte, será de respeitar, quer pelos familiares, quer pelos prestadores de cuidados de saúde, o preceituado no nº 3 do artigo 8º da Lei 31/2018 de 18 de julho, onde expressamente se positiva que *à pessoa em situação de últimos dias de vida, é assegurado o direito à recusa alimentar ou à prestação de determinados cuidados de higiene pessoal, respeitando, assim, o processo natural e fisiológico da sua condição clínica.*

Acautela-nos Oliveira e Orlando de Carvalho, que a *vontade hipotética que se busca respeitar é a vontade do paciente e não a do representante legal*, pelo que não se deve abusar do consentimento presumido. Impõe-se a concretização do consentimento presumido com apelo aos direitos fundamentais em apreço, à ordem pública e aos bons costumes, sem prejuízo do respeito pela proporcionalidade da intervenção de acordo com as *legis artis* e CDOM (Oliveira & Orlando de Carvalho, 2006, p. 59).

Embora se concorde com o autor, quer no que concerne à ponderação aludida às DAV, quer no que concerne à possibilidade de analogia para os casos de lacunoso o testamento vital, cumpre-nos equacionar qual a forma como tal analogia ganharia expressão. Interrogamo-nos se seria de ponderar a analogia quando concretizada com recurso ao testemunho daqueles que estariam em condições de assumir a vontade do vegetante nos precisos termos vertidos supra, e assumidos como poderes de representação, no que aos cuidados de saúde ao outorgante se referem, no caso da incapacidade deste em expressar a sua vontade pessoal e de forma autónoma.

Em jeito de conclusão, acrescentamos a posição de Loureiro, sustentando que *em relação aos pacientes em E.V.P., não se devem prosseguir os tratamentos de conservação da vida (life-sustaining treatments) é hoje afirmada pelas Associações Médicas. No plano internacional, registem-se as diretivas propostas na Appleton International Conference. No entanto, nem sempre foi assim. A defesa da futilidade parte de um juízo que assenta na irreversibilidade da condição (juízo médico) para uma desvalorização do estado do paciente e indesejabilidade de sobrevivência nessa condição* (Loureiro, 1994, p.56).

O instrumento jurídico das DAV concretiza a opção do legislador na desaplicação de meios fúteis e incapazes de fazer face à irreversibilidade da condição clínica do doente, sendo certo que sempre há de acolher amparo legal a situação do E.V.P. por subsumível, nos termos do nº 1 do artigo 58º do CDOM, ao catálogo *doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural*

Parece-nos assim, impossível de assumir, antecipadamente, uma vontade esclarecida sobre uma condição clínica que se especula e se projeta como eventual. Neste sentido, e relativamente à atualidade das DAV, transcrevemos a opinião de Oliveira e Orlando de Carvalho, que salientam que *o consentimento é um processo contínuo e não uma decisão vinculativa e irrevogável. Por um lado, se houver um intervalo significativo*

entre momento do consentimento do paciente e o início da intervenção, o consentimento deve ser reafirmado. Neste espaço de tempo o paciente pode ter mudado de opinião ou pode ter havido desenvolvimentos clínicos ou técnico-científicos. É importante que ao paciente seja dada a possibilidade de colocar novas questões e de reponderar e rever a sua decisão (Oliveira & Orlando de Carvalho, 2006, p. 53).

Assume-se ainda, a possibilidade da desaplicação do regime perante a alegação da objeção de consciência pelo prestador dos cuidados de saúde quando confrontado com o documento e, bem assim, com a imposição de uma inércia imposta pelas suas convicções morais, éticas e deontológicas, contrárias às do declarante. No entanto, e como sempre se anteciparia, não poderia o direito à objeção de consciência de uns, esvaziar o direito à autodeterminação de outros, pelo que se salvaguarda no artigo 9º da referida lei o reencaminhamento para instituição de saúde capaz de assegurar o respeito pelas DAV.

Neste entendimento, Dias Pereira, realça a eficácia vinculativa do testamento vital, sendo que *o não cumprimento de uma declaração antecipada de vontade deve apenas depender do conhecimento de circunstâncias posteriores à redação do documento que possam indicar uma mudança de opinião. Mas, repete-se, esse não cumprimento deve ser devidamente fundamentado, e essa fundamentação deve ser reduzida a escrito, no processo clínico do paciente* (Dias Pereira, 2014, p.296).

Deste modo, cabe ao médico o ónus da prova da não atualidade ou revogação tácita das DAV, porquanto recai uma presunção do inverso sobre a vontade declarada¹¹⁶. De acordo com a mesma fonte, *com a aprovação da Lei n.º 25/2012, a Assembleia da República votou por unanimidade que os desejos previamente expressos devem ser respeitados, sob pena de o médico violar o direito à autodeterminação e a integridade física e moral do paciente, factos que consubstanciam responsabilidade civil, nos termos gerais do art. 70.º e 483.º.* (Dias Pereira, 2014, p.299)¹¹⁷, pelo que são ressarcíveis não só

¹¹⁶ De acordo com o artigo 7º, n.º 1, da Lei n.º 25/2012, as DAV assumem uma validade máxima de 5 anos.

¹¹⁷ Em Ac. do STJ de 2 de junho de 2015, verte-se em sumário que *III-O consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da atividade médica (artigos 5.º da CEDH BioMed e 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e tem que ser livre e esclarecido para gozar de eficácia: se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico será ilícita por violação do direito à*

os danos não patrimoniais por violação do direito à autodeterminação e à liberdade, como também os danos patrimoniais decorrentes do agravamento do estado de saúde.

Na presente Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, encontra-se expressamente vertida a possibilidade da nomeação de um procurador de saúde¹¹⁸, em alternativa ou cumulativamente, às DAV, de forma a assegurar a representação daquele que se encontra incapaz de assegurar as decisões médicas, tal como se expressa no artigo 11º.

Concordando com Dias Pereira, *o bom funcionamento deste instituto dependerá de o paciente e o procurador terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz* (Dias Pereira, 2014, p. 289).

Na esteira de Raposo, assume-se que o doente pode ter declarado a vontade de interrupção de tratamento médico mediante a outorga das DAV, levando à extinção do dever de garante do médico que, desobedecendo àquelas, estará a incorrer no crime de intervenções médicas arbitrárias (artigo 156º do C.P.). Assim, o núcleo essencial das DAV, não é o exercício da eutanásia ativa, mas tão só evitar uma distanásia, porquanto não se

autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada. IV - Em relação às operações estéticas reconstrutivas, porque se repercutem na imagem da pessoa e na relação consigo mesma e com os outros, porque relacionadas com o corpo e com a identidade, e, no caso sub judice, com a vida sexual e íntima, não é possível que se verifiquem os pressupostos do consentimento presumido. V - O consentimento presumido destina-se a fazer face a situações em que no decurso de uma operação se verifica um perigo imprevisto para a vida ou para a saúde, que é preciso resolver de imediato enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento. VI - O ónus da prova do consentimento hipotético, doutrina oriunda da jurisprudência alemã, pertence ao médico e obedece aos seguintes requisitos: 1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave; 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto.

¹¹⁸ Para Dias Pereira, de acordo com a sua interpretação da Lei n.º 25/2012, *a instituição de um Procurador de Cuidados de saúde deve obedecer aos mesmos requisitos formais que a redação de um testamento vital, ou seja, aplicando-se o art. 3.º, n.º 1, deve o documento ser assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou Notário* (Dias Pereira, 2014, p. 289).

solicita a morte ou a eliminação da dor, concretizando-se como verdadeiro respeito pela autodeterminação do paciente (Raposo, 2012, pp. 184-185).

Equacionamos a convolação do dever de garante do médico em relação à proteção do direito à vida do doente, no dever de garante no cumprimento das DAV em respeito pela autodeterminação do mesmo. São assim deveres de garante que concretizam obrigações positivas e negativas respetivamente. Enquanto dever de garante pelo direito à vida impõe-se um dever de atuar no primeiro caso, sendo que a posição de garante das DAV impõe um dever de omissão no segundo caso.

Em adenda, Teresa Brito, assume como impossível tal conceção, pelo que, assumindo-se o bem jurídico vida disponível, sempre se assumiria como não constituída, ou supervenientemente extinta, a posição de garante do médico perante uma auto-lesão (Brito T. Q., 2017, p. 87).

De forma contraditória, Inês Godinho, faz caminho com a doutrina que assume que a vida pode, casuisticamente, ser disponível para o seu titular com a evidência da não criminalização do suicídio (apenas possível na tentativa), bem como a evidência do dever de garante cessar perante a vontade daquele que é garantido (Dias, 2013, p. 46).

Somos do entendimento que as DAV assumem-se como possibilidade de se permitir, antecipadamente, determinar e intervir no processo de doença, garantindo-se o respeito pela decisão e autodeterminação do doente inconsciente, ainda que tal concorra para a antecipação do desfecho da finitude daquele. No entanto, e tendo em conta o carácter antecipatório das DAV, fica afastada a sua utilização perante uma situação de real sofrimento, perante um pedido de clemência atual e consciente, invocando-se um respeito pela vida e sua inviolabilidade.

Sobre esta temática, sempre se concordará que *numa época em que o Direito se entrega totalmente à vontade do indivíduo – à sua autodeterminação – o problema só teria solução se conseguíssemos apurar a vontade do paciente. Mas, se ele não deixou uma “diretiva antecipada”, nem depositou a sua vontade nas mãos de alguém que exprima, sem dúvidas, a sua vontade, nunca poderemos saber o que ele quererá, se pudesse decidir. Também não é fácil apurar qual seria a sua vontade presumível. (...) O Direito não tem meios para enfrentar este problema* (Oliveira & Orlando de Carvalho, 2006, p. 95). Este entendimento não afasta a necessidade de um consentimento balizado pela moral

e pela ética quando convocados os direitos fundamentais ,cuja tutela é imposta pelo respeito pela dignidade da pessoa humana.

4.4.3. Regime do maior acompanhado

Aqui chegados, impõe-se uma breve reflexão sobre o regime de maior acompanhado (em vigor desde 10 de fevereiro de 2019) de forma a entender se aplicável à problemática em apreço e, no caso afirmativo, em que termos. Faremos também alusão às alterações impostas pela revogação do regime de interdição e inabilitação, bem como, à *ratio* que a alicerçou, e aos requisitos objetivos e subjetivos da aplicação do novo regime.

O protecionismo paternalista do legislador de 66, concretizado nos póstumos regimes da interdição e inabilitação, viria a sucumbir à evolução da estrutura social, à consciencialização da gravidade das medidas decorrentes da procedência daqueles e à influência dos instrumentos de direito internacional, declinando na Lei 49/2018 de 14 de agosto (Miranda Barbosa, 2019, p. 1452). De acordo com a mesma autora, a plasticidade dos regimes supra citados, resultante da interpretação do artigo 127º do C.C., era mais aparente do que se pudesse antecipar. Concretizava-se aquela plasticidade numa solução rígida e radical, pensada em abstrato para todas as pessoas que, preenchendo os fundamentos taxativos previstos pelo legislador, se mostrassem, por causa destes, incapazes de reger a sua pessoa e bens (Miranda Barbosa, 2019, p.1452). Eram, desta feita, comuns os fundamentos para a procedência daqueles regimes decretados por sentença judicial. Assim, a escolha por um dos regimes em concreto decorria da gravidade daqueles fundamentos apreciados casuisticamente, e da necessidade de restringir a capacidade de exercício do indivíduo, sendo a proteção do incapaz o fim último do regime.

Outrora, e decretada judicialmente a interdição, *seria pelo instituto da representação legal que se supria a incapacidade, actuando o representante em vez do incapaz, substituindo-o, sem prejuízo das excepções que a lei previa (139.º). Se se tratasse de um inabilitado, era pelo instituto da assistência que se supria a sua incapacidade, traduzida na necessidade de consentimento ou autorização para os actos de disposição de bens entre vivos e para todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, fossem especificados na sentença (art. 153.º), sendo certo que a própria administração do património do inabilitado podia ser entregue pelo tribunal, no todo ou em parte, ao*

curador (art. 154.ºC.C.) (Pinto Monteiro, 2019, p. 4). Como refere o mesmo autor, a proteção oferecida pelo legislador de 66 implicava incapacitar o indivíduo, sem que se alcançasse que o amparo àquele pudesse ser concretizado sem tal restrição, no respeito pela igualdade em geral, e pela equidade em especial.

Somos de acordo que, alicerçados na autodeterminação reconhecida a qualquer ser humano, impõe-se a transição de um modelo de substituição para um modelo de acompanhamento ou de apoio, refutando o paternalismo infundado que impede a consagração daquele enquanto sujeito de direitos, sem prejuízo de concorrer para a sua estigmatização¹¹⁹.

Como refere Prazeres Beleza, *a lógica das medidas de acompanhamento é definir judicialmente os tipos de atos para cuja prática válida o maior, considerado capaz de gozo e de exercício, necessita da intervenção de um acompanhante, porque, por razões de saúde, de deficiência ou de comportamento, não está em condições de exercer devidamente, por si só, os seus direitos ou deveres. É, em geral, um regime próximo da inabilitação, no que toca à definição do âmbito da incapacidade e da forma de suprimento* (CEJ, 2019, pp. 15-21). Antecipamos, de imediato, a ressalva relativa a ser *considerado capaz de gozo e de exercício*¹²⁰, o que nos parece, desde já, impossível de subsumir à

¹¹⁹ Neste sentido, *não falta quem critique o “carácter automático, global e estático” dos efeitos da interdição: “um sistema ablativo”, instaurando “uma permanente condição de verdadeira inferioridade jurídica”, que não atenderia à idoneidade ou aptidão concreta do sujeito, na “imponência qualitativa e quantitativa dos seus efeitos”. Quem deplore o pendor “patrimonialístico” da disciplina dos dois institutos; a que acresceria o facto de a administração do património, consentida ao tutor ou colocada sob controlo do curador, obedecer a critérios predominantemente “conservatísticos”. Quem acentue outros aspetos do regime legal que se traduzem num verdadeiro desfavorecimento do incapaz. Quem assinale ainda, como consequência perversa, o seu carácter antiterapêutico e disruptivo, a forte resistência com que amiúde depara por parte do doente, ao arrepio da ideia médica de que a colaboração e empenho deste constituem, a maior parte das vezes, condição primeira da eficácia do tratamentos e cura; quem chame a atenção para a estigmatização, segregação e, em geral, abandono, a que o incapaz se encontra exposto. Quem denuncie a funcionalização dos institutos aos interesses dos familiares e de terceiros* (Guichard Alves, 2015, p.42).

¹²⁰ Assim, a regra é a de *que todas as pessoas, em nome da ineliminável dignidade que se lhes reconhece, e como decorrência da capacidade de gozo que se lhes reconhece, têm capacidade de exercício* (Miranda Barbosa, 2019, pp. 1450-1451).

realidade do E.V.P. como condição clínica arredada do mundo exterior, desprovida de consciência e do uso da razão.

Incidindo sobre o regime substantivo, previsto nos artigos 138º e ss do C.C., percebemos a opção do legislador perante situações que, por razões de saúde, de deficiência ou de comportamento, impeçam o exercício *pleno, pessoal e consciente* dos direitos, ou o cumprimento dos deveres por qualquer indivíduo¹²¹. Assumindo os fundamentos para a determinação do acompanhamento ao maior uma enumeração meramente enunciativa, possibilitam-se outras situações não abrangidas no anterior regime da interdição ou inabilitação, impondo-se uma concretização casuística. Antecipamos, de imediato, a impossibilidade da transitoriedade da medida numa condição cientificamente assumida como irreversível como no E.V.P.

Torna-se clarividente a necessidade de preencher, não só os requisitos objetivos relacionados com as características que ditam a vulnerabilidade do candidato à medida de maior acompanhado, bem como, os requisitos subjetivos, concretizados na necessidade da medida decorrente daquelas características e na incapacidade de exercer plena e conscientemente os seus direitos ou assumir os seus deveres¹²².

O novo regime do maior acompanhado, afastando o modelo dualista em que se consagravam os regimes da interdição e da inabilitação, assume-se como concretização de um modelo monista com vista ao enaltecimento da autonomia decorrente da dignidade humana. Assim, as medidas decretadas no acompanhamento devem restringir-se, nos

¹²¹ Esclarece-se, em adenda, que a *formulação legal deve, porém, ser compreendida com cautelas. Em primeiro lugar, cremos não estar apenas em causa o exercício (em sentido estrito) de direitos, mas também a própria aquisição de direitos. Do mesmo modo, não deverá estar apenas em causa o cumprimento (em sentido estrito) de deveres, mas a própria assunção desses mesmos deveres* (Miranda Barbosa, 2019, p.1460).

¹²² Concordamos com Miranda Barbosa quando, e em relação à Lei 49/2018, que institui o regime do maior acompanhado, afirma que a regra, agora, é a da capacidade de exercício de todos os que sejam maiores de dezoito anos, não se admitindo situações genéricas de incapacidade a partir do momento em que o sujeito atinge a maioridade (Miranda Barbosa, 2019, p. 1449), porquanto, na inércia, qualquer indivíduo caminha, pelo protelar do tempo, para a capacidade de exercício, sendo esta, e nos termos jurídicos, automática com a maioridade ou emancipação, o que não impede da sua incongruência em termos de incapacidade de facto, ficando os atos praticados pelo incapaz de facto à sorte da incapacidade acidental.

termos do artigo 145º do C.C., ao estritamente necessário, só atingindo os direitos pessoais e capacidade negocial se a decisão judicial assim o determinar¹²³.

Neste sentido, Orlando de Carvalho, reconhecendo a totalidade de direitos decorrentes da condição de ser humano, em respeito pelo princípio da igualdade e da dignidade humana, defende a necessidade de se restringir a capacidade de gozo, para além dos casos de incapacidade de exercício já previstos na lei (Carvalho, 2012, p. 238).

De facto, e antes da alteração legislativa que revogou os anteriores regimes da interdição e inabilitação, as diferenças substantivas entre aqueles, no que às restrições aos direitos pessoais e capacidade de exercício se imponham, demonstravam-se, claramente, incapazes de satisfazer as necessidades do beneficiário do regime. Surgia ainda a possibilidade de promiscuidade pelos legítimos para requerer a medida, obviando para si benefícios patrimoniais decorrentes dos poderes de representação concedidos aquando da procedência das respetivas ações¹²⁴.

Assim, e sem deixar de reconhecer a plasticidade de póstumos regimes, estes sempre se conformariam como soluções rígidas pensadas em *abstrato para todas as situações em que os sujeitos se mostrassem, por força dos fundamentos taxativamente*

¹²³ Em Ac. Da Relação de Lisboa de 4 de fevereiro de 2020, sumaria-se em homogenia que *I - A medida de acompanhamento de maior só é decretada se estiverem preenchidas duas condições: - uma positiva (princípio de necessidade): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e uma das medidas enumeradas no Art.º 145, n.º 2 do C.C., sendo que na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento; - uma negativa (princípio de subsidiariedade): a medida de acompanhamento é subsidiária perante deveres gerais de cooperação e assistência, nomeadamente de âmbito familiar (Art. 140.º, n.º 2, C.C.), não devendo o tribunal decretar essa medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior. II - A regra geral é de reconhecer a capacidade da pessoa humana para exercer de forma livre os seus direitos pessoais (Art. 147.º n.º 2 do C.C.), sendo as restrições ou limitações ao seu exercício a exceção, que sempre deverá ser bem fundamentada.*

¹²⁴ Sobre a convolução das ações propostas antes da entrada em vigor da Lei 49/2018, refere ao Ac. Do STJ de 21 de março de 2019, *I - Se à data da prolação do acórdão recorrido – 28-11-2018 – ainda não se encontrava em vigor o novo regime jurídico do maior acompanhado, aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14-08, que revogou a disciplina civil das interdições e inabilitações, não obstante o disposto no art. 26.º do citado diploma, será à luz das normas do C.C., na sua redação anterior, que as questões objeto da revista têm de ser analisadas.*

previstos, incapazes de reger a sua pessoa e bens (no caso da interdição) ou os seus bens (no caso da inabilitação) (Miranda Barbosa, 2019, p.1452).

Em parecer do CNECV, relativamente ao regime vigente, ainda quando este se encontrava sobre a forma de Proposta de lei, que levaria à alteração de mais de 20 diplomas legislativos além dos regimes da inabilitação e interdição previstos nos artigos 138 a 156 do C.C., elenca-se a distinção sucinta e simples entre os regimes em apreço. Afirma-se, em douto parecer, que o *incapaz por interdição é equiparado ao menor, sendo a atividade do tutor equiparada ao exercício das responsabilidades parentais no contexto da menoridade. O incapaz por inabilitação, correspondendo-lhe uma incapacidade menos grave, tem o âmbito da sua incapacidade de exercício de direitos delimitada nos termos da sentença, que determina igualmente quais os atos para os quais necessita de ser assistido por um curador* (CNECV, 2018, p. 2). É assim evidente a diferença do suprimento da incapacidade de exercício nos regimes revogados, mormente a representação ou a assistência.

O novo regime, revogando o regime da inabilitação e interdição, teve como principal *ratio* a preservação da autonomia para o exercício dos direitos do seu titular aquando de uma circunstância limitativa das suas faculdade mentais e físicas, devendo a restrição dessa capacidade ser judicialmente fixada, de acordo com as debilidades, extensão das mesmas, intensidade e duração previsível daquelas. Concordamos que, o regime atual, apesar de desadequado à realidade do E.V.P., concretiza, em oposição aos regimes revogados, um modelo flexível e humanista¹²⁵.

¹²⁵ Relativamente às ações propostas antes, ou na pendência da entrada em vigor do novo regime do maior acompanhado, esclarece o Ac. Relação de Lisboa de 2 de julho de 2020, que *I - Na acções de interdição e de inabilitação pendentes à data da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 4 de Agosto, que criou o Regime Jurídico do Maior Acompanhado, cabe sempre ao tribunal, no âmbito dos seus poderes de gestão processual e de adequação formal, sem os formalismos próprios dos processos de jurisdição contenciosa, mas sempre com respeito pelo contraditório, controlar se se justifica suprir a falta de autorização do eventual beneficiário. II - Assim como lhe cabe controlar a concessão de autorização pelo mesmo, usando de cuidada ponderação, dado que não é justificável presumir nem que a falta de autorização pelo eventual beneficiário não é justificada, nem que este beneficiário não está sequer em condições de conceder a autorização.*

Em homogenia, Guichard Alves, relembra-nos da *necessária coordenação com a realidade constitucional, na centralidade que esta atribui à pessoa humana, à sua dignidade e liberdade, dentro de uma sociedade solidária* (Guichard Alves, 2015, p. 40).

São assim norteadores do atual regime, o princípio da subsidiariedade e da necessidade, ditando o primeiro que o acompanhamento só aconteça quando as finalidades por ele prosseguidas não sejam garantidas pelos deveres gerais de cooperação e assistência, e o segundo que as medidas se restrinjam ao estritamente necessário e, tão só, enquanto aquelas se justificarem (Miranda Barbosa, 2019, pp. 1455-1457).

O respeito pela autonomia e autodeterminação do maior acompanhado tem concretização em lei adjetiva, porquanto, e sem prejuízo do caráter urgente da ação respetiva regulada nos artigos 891º a 904º do C.P.C¹²⁶, deve, o requerente, em fase preliminar, informar o Ministério Público, entre outras, da capacidade clínica e objetiva do requerido ser ouvido em Tribunal, ou noutra local de acordo com a sua condição, sem prejuízo da perícia médico legal requerida oficiosamente pelo Tribunal; da necessidade da ação proposta; enunciar os eventuais acompanhantes, bem como as razões para aquela eleição, mormente a relação com o acompanhado; se o requerido outorgou testamento vital ou procuração de saúde nos termos da lei 25/2012 de 16 de julho; se o requerido frequenta alguma instituição de saúde ou de qualquer cariz social como forma de fazer face às suas vulnerabilidades.

Também a Convenção das Nações Unidas de 2007¹²⁷, alusiva aos direitos das pessoas com deficiência, impondo a igualdade de tratamento destas no que respeita à

¹²⁶ A ação de maior acompanhado é um processo especial, sem que se assuma como processo de jurisdição voluntária, apesar do interesse na proteção do requerido.

A natureza do processo é mitigada *op legis*, tal como se retira do nº1 do artigo 891º do CPC, vertendo-se que o *processo de acompanhamento de maior tem carácter urgente, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes.*

¹²⁷ Adotada a 13 de dezembro de 2006 (resolução A/RES/61/106) e aberta à assinatura em Nova Iorque a 30 de março de 2007. Portugal: Assinatura a 30 de março de 2007; Aprovação por Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, publicada no Diário da República, I Série, n.º 146; Ratificação por Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho, publicado no Diário da República, I Série, n.º 146 e com entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa a 23 de outubro de 2009.

evidência de serem sujeitos titulares de obrigações jurídicas, conceptualiza as pessoas com deficiência, nos termos do artigo 1º daquela Convenção, como pessoas portadoras de impedimentos *de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.*

Assim, a Convenção supra identificada, visa impor aos Estados Partes que a ratificaram, o *respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, a não discriminação e a participação e inclusão plena e efetiva na sociedade.* Impõe-se também que às pessoas objeto da temática daquela convenção sejam reconhecidas como dotadas de personalidade e capacidade de exercício e de gozo de direitos. Assim, devem as características das pessoas com deficiência serem alvo de medidas capazes de lhes assegurar o exercício da sua capacidade jurídica, bem como capazes de impedir abusos promovidos pelas naturais debilidades daquelas.

Concretiza ainda aquela Convenção que as medidas a assumir junto das pessoas com deficiência devem ser proporcionais às suas debilidades e prolongarem-se pelo menor tempo possível, garantindo assim a igualdade de oportunidades (artigo 12º, nºs 1 e 2 da Cv)¹²⁸.

¹²⁸ Ainda sobre a proporcionalidade das medidas, já evidente no anterior regime, no que à escolha entre a aplicação do regime da interdição ou inabilitação concerne, transcrevemos sumário do Ac. do STJ de 21 de março de 2019, sendo relatora a Juíza Conselheira Maria do Rosário Morgado, onde se assume que *II - A anomalia psíquica, enquanto causa incapacitante que fundamenta a interdição, abrange todas as deficiências, não apenas do intelecto, mas também da vontade, afetividade e sensibilidade, devendo ser atual (e não passada ou futura) e permanente (e não meramente acidental ou transitória) e assumir uma gravidade tal que interfira com as faculdades do indivíduo, de modo a tolher a sua capacidade de reger a sua pessoa e bens. III - Quando essas patologias, embora permanentes, não revistam gravidade que permita declarar a interdição, é de aplicar a inabilitação, tal como sucede quando se constate que as capacidades da pessoa se encontram diminuídas, mas que a interferência no seu discernimento, vontade e querer não a tornam completamente inapta para governar a sua pessoa e bens. IV - Resultando da factualidade provada que o requerido apresenta deterioração de alguns aspetos cognitivos, que o tornam dependente da ajuda de terceiros para realizar certas tarefas que exijam níveis de abstração e complexidade superiores, mas que o quadro clínico apurado não o impede, atualmente, de fazer a gestão diária da sua pessoa e bens, ficando apenas comprometidas as atividades ou tarefas mais complexas ou exigentes, é adequada a convoção*

Além da preocupação com a capacidade de exercício, a referida Convenção assume a igualdade de tratamento no que concerne à capacidade de gozo, com expressão no artigo 23º, enaltecendo o *reconhecimento do direito de todas as pessoas com deficiência, que estão em idade núbil, em contraírem matrimónio e a constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges; o reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência a decidirem livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento dos seus nascimentos, bem como o acesso a informação apropriada à idade, educação em matéria de procriação e planeamento familiar e a disponibilização dos meios necessários para lhes permitirem exercer esses direitos; que as pessoas com deficiência, incluindo crianças, mantêm a sua fertilidade em condições de igualdade com os outros*¹²⁹.

O regime do maior acompanhado, regulado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, surge no enquadramento do respeito por diplomas legais hierarquicamente superiores, *in casu*, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada em 30 de julho de 2009, prevendo-se no n.º 2 do artigo 12º daquela Convenção que os Estados Partes reconheçam que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspetos da vida pelo que, e com efeito *a autonomia deve ser preservada mesmo em situações clínicas que implicam uma perda progressiva de capacidades, como é o caso das demências*.

Tendo em conta o supra exposto, somos do entendimento da inaplicabilidade do atual regime monista à realidade do E.V.P., parecendo-nos impossível reconduzir a condição clínica do vegetante ao leque de contextos assumido no artigo 12º da referida Convenção.

Em parecer do CNECV, sobre proposta de lei que estabelece o regime do maior acompanhado em substituição dos institutos da interdição e inabilitação, esclarece-se que

levada a cabo pela Relação que, ao abrigo do art. 905.º, n.º 3, do C.P.C, decretou a inabilitação, ao invés da interdição.

¹²⁹ De acordo com o n.º 1 do artigo 1º da Lei 46/2006 de 28 agosto, a presente lei tem por objeto *prevenir e proibir a discriminação, direta ou indireta, em razão da deficiência, sob todas as suas formas, e sancionar a prática de atos que se traduzam na violação de quaisquer direitos fundamentais, ou na recusa ou condicionamento do exercício de quaisquer direitos económicos, sociais, culturais ou outros, por quaisquer pessoas, em razão de uma qualquer deficiência.*

era urgente caminhar para o estabelecimento de um sistema jurídico-civil, que em consonância com ordem internacional, seja norteado por três princípios fundamentais: (i) o princípio da preservação máxima da capacidade, (ii) o princípio da necessidade e (iii) o princípio da proporcionalidade (CNECV, 2018, p. 7), impondo-se a exponenciação do gozo de todos os direitos da pessoa. Determina-se *op legis* uma restrição proporcional às debilidades que determinaram a procedência da ação, em conformidade com o princípio da igualdade, com o reconhecimento aos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação nos termos dos artigos 13º e 26º da C.R.P..

Verte-se, em especial no artigo 71º nº 1 da mesma Lei Fundamental, e com particular pertinência para a questão em apreço, que os cidadãos portadores de deficiência, física ou mental, *gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição*¹³⁰.

Com o evoluir das sociedades, e enaltecimento da dignidade da pessoa humana, a pessoa portadora de deficiência¹³¹ passou de um plano meramente subjetivista, encarada como mero objeto, para se assumir objetiva e, materialmente, como uma preocupação do Estado. A pessoa portadora de deficiência passa a ser encarada numa ótica personalista, concretizando-se nos diferentes diplomas nacionais e internacionais, como sujeito de direitos em igualdade com os demais cidadãos. Uma mudança de paradigma que se assume de plena eficácia na ordem interna pela natureza autossuficiente das normas de direito internacional em conformidade com o disposto no nº2 do artigo 8º da C.R.P..

Optando por um regime monista, não existem dúvidas das questões práticas que se suscitam pela falta de densificação legal, com recurso a expressões imprecisas que, não afastando a enunciatividade desejada, não deixam de obstar a alguma concretização

¹³⁰Neste sentido, os artigos 20º, 21º, 25º e 26º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), consagrando a igualdade de todos perante a lei.

¹³¹ Para a OMS a deficiência é conceptualizada como qualquer perda ou anomalia da estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatómica, contemplando alterações orgânicas ou funcionais, integrando três dimensões: física (somática), mental (psíquica) e situacional (handicap).

também para os negócios de vida corrente, à semelhança do que sucede para os atos pessoais nos termos do nº 2 do artigo 147º do C.C..

Independentemente da *ratio* que alicerçou a instituição do regime do maior acompanhando, derogando os anteriores regimes de interdição e inabilitação, *in casu*, a clara preocupação no respeito da autonomia¹³² e capacidade de exercício e de gozo de direitos que assiste a qualquer ser humano, embora com amplitudes distintas na menoridade, pelejamos pela dificuldade, e não alcance, desta medida para a tutela dos interesses quer do vegetante, quer dos seus sucessíveis, cônjuge ou unido de facto e credores. Acrescentamos a dificuldade de aplicação de um regime monista perante materialidades distintas que declinarão em necessidades de acompanhamento diferentes, pelo que, a sentença se concretizará, *in fine*, num acompanhamento muito próximo do anterior regime da interdição, embora não se encontre as materialidades subsumíveis *ab initio* àqueles regimes como antes acontecia¹³³.

Neste sentido, distingue, Miranda Barbosa, que *o acompanhamento pode, assim, conduzir à representação legal, aplicando-se o regime da tutela, com uma diferença não despicienda relativamente à interdição: é que enquanto esta era decretada de forma generalizante, a representação subjacente ao regime do acompanhamento é determinada em função das necessidades concretamente constatadas do beneficiário, podendo ser geral ou especial* (Miranda Barbosa, 2019, pp. 1456-1458). Anteriormente, a previsão legal e

¹³² É também o respeito pela autonomia do indivíduo que fundamenta o artigo 157º do C.C. do atual regime, instituindo-se a previsão do mandato nos termos do qual *o maior pode, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento, celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação*. Neste sentido Pinto Monteiro *ousa concordar com o mandato em previsão do acompanhamento ou da incapacidade, isto é, com a possibilidade de qualquer pessoa prevenir uma eventual necessidade futura, indicando, desde logo, quem a acompanhará ou a representará, caso isso venha a verificar-se, e que poderes lhe atribui. Evidentemente, esse mandato terá de ser devidamente disciplinado* (Pinto Monteiro, 2019, p. 5).

¹³³ Em aresto, Menezes Cordeiro, confrontando o anterior modelo de substituição com o modelo de acompanhamento vigente, antecipa que *não é possível um modelo de “acompanhamento” puro. O deficiente profundo, o doente de Alzheimer em estado avançado ou o paciente em coma dépassé não têm nem manifestam qualquer vontade: terão mesmo de ser representados; no limite pelo Ministério Público(...)* (Menezes Cordeiro, 2018, p.104).

subsunção a determinado regime de incapacidade, ditando o suprimento da mesma através da assistência ou da representação, decorria da previsão legal das incapacidades que determinariam a legitimidade e procedência da respetiva ação.

A possibilidade vertida no artigo 138º do C.C. torna o vegetante, e na ausência de qualquer outro regime capaz de o tutelar mais eficazmente, suscetível a esta medida, porquanto as suas características objetivas e a necessidade da medida determinam-no como incapaz de exercer plena e, pessoalmente, os seus direitos ou cumprir com os seus deveres. No entanto, antecipamos a impossibilidade de se tutelar eficazmente esta realidade, pelo que, foi aquele regime alicerçado no respeito pela autonomia e autodeterminação decorrente da dignidade da pessoa humana, com vista à restrição mínima na esfera jurídica do acompanhado.

Sendo inalcançável qualquer autonomia e autodeterminação no indivíduo em E.V.P. em geral, ou evidência de capacidade de exercício e de gozo em especial, parecemos um regime, cuja aplicabilidade sempre se assumirá incapaz de tutelar um situação de incapacidade *ipso facto*¹³⁴. Defendemos assim, a inviabilidade da aplicação do regime à realidade do E.V.P., não sendo possível atender às Recomendações enunciadas na Resolução do Parlamento Europeu, de 01/06/2017, imbuída pela preocupação e tutela dos adultos vulneráveis, sendo utópico, além de ingénuo, porque impraticável, a afirmação *que todos os adultos vulneráveis devem (...) ser considerados titulares de direitos e capazes de tomar decisões livres, independentes e com conhecimento de causa dentro dos limites das suas capacidades, e não apenas beneficiários passivos de cuidados e atenções*¹³⁵.

Em Ac. do TRC de 08 de setembro de 2020, esclarece-se em matéria de facto que
1. O requerido evidencia sequelas neurológicas graves subsequentes a tentativa de suicídio por arma de fogo. 2. Este estado vegetativo permanente e irreversível, impossibilita-o de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos, ou de, nos

¹³⁴ Neste sentido, e de forma eloquente, António Pinto Monteiro, esclarece que *em vez da pergunta: aquela pessoa possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica, deve perguntar-se: quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que exerça a sua capacidade jurídica?* (Pinto Monteiro, 2018, p.78).

¹³⁵Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0235_PT.html [consultado em 29.11. 2021].

mesmos termos, cumprir os seus deveres. 3. De igual modo, impossibilita-o para a celebração de negócios de vida corrente e para o exercício dos seus direitos pessoais, como, entre outros, todos os elencados no nº2 do artigo 147.º do Código Civil.

Ora, estaremos em condições de, criticamente, observar que no caso em apreço, além dos negócios de vida corrente, estarão arredados do vegetante o exercício dos seus direitos pessoais. Assim, e presumindo-se a total ausência de capacidade de exercício e de gozo de direitos do vegetante, impõe-se a cessação destas decorrente da irreversibilidade da condição do E.V.P., pugnando-se, ademais, quer pela equiparação com a cessação da personalidade jurídica decorrente da morte real, quer pelos efeitos dela emergentes.

Neste sentido, deveria a presunção da cessação das capacidades de exercício e de gozo de direitos ser equiparada à cessação da personalidade, impondo-se os efeitos, pessoais e patrimoniais, decorrentes desta, por provada que se encontra a incapacidade de facto permanente e irreversível do vegetante. Somos da opinião que a incapacidade de facto do vegetante é insuprível e, bem assim, desadequados os institutos da assistência ou representação, ou mesmo, o instituto do acompanhamento.

Apesar da *ratio* do novo regime, em respeito pelas obrigações decorrentes da ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de Dezembro de 2006, enaltecida em parecer do CNECV as *justificações das alterações propostas consideram principalmente as necessidades de proteção específicas de cada pessoa portadora de deficiência, a importância de eliminar o carácter estigmatizante das medidas de proteção, a limitação mínima dos direitos, a adoção de medidas diferenciadas e personalizadas, o incentivo à inclusão* (CNECV, 2018, p. 12), parece-nos impossível de aplicar ao vegetante quer o atual regime do maior acompanhado, quer o já derogado regime da interdição (único aplicável no caso do E.V.P.). Por conseguinte, é impossível que o sujeito em E.V.P. seja capaz de exercício ou de gozo de direitos, sem prejuízo de lhe ser reconhecida a personalidade jurídica decorrente da dignidade da pessoa humana, independentemente da capacidade de consciencialização ou do uso da razão.

Neste entendimento, ainda que de forma subtil, o mesmo parecer distingue que *em princípio, à pessoa maior de idade deve corresponder a plena capacidade para formar a vontade, manifestar a vontade e executar a vontade autonomamente (de forma esclarecida*

e livre); se existem limitações na execução/atuação da vontade ou na manifestação/comunicação da vontade, a medida de acompanhamento deverá ter por fim auxiliar, supervisionar ou autorizar (medida de apoio); se existem limitações que afetam a capacidade de conhecer, compreender e formar a própria vontade, a medida de acompanhamento deverá ter por fim substituir na formação da vontade, relativamente a determinados atos (representação legal) (CNECV, 2018, p. 13).

Ou seja, e enfeitando uma conclusão, o princípio de ingerência mínima, vertido no atual regime, em nada satisfaz a realidade central da presente dissertação, porquanto lacunosa a possibilidade de capacidade de exercício e de gozo de direitos. O regime vigente, foi efetivamente alicerçado, e previsto, para sujeitos dotados de capacidades diminuídas, não se prevendo qualquer regime para indivíduos com incapacidade de facto irreversível, ficando por satisfazer as especificidades decorrentes desta incapacidade. Tal inadequação é também patente em parecer do CSM sobre o atual regime do maior acompanhado, assumindo Sr. Juiz de Direito Lopes Ribeiro que *a renovação das "incapacidades" tem escopos também consensualizados: (1) a primazia da autonomia do visado, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até aos limites do possível; (2) a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à capacidade do visado: só encaráveis quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos deveres de proteção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar* (Lopes Ribeiro, 2018, p. 19).

De facto, e apesar da novo regime imbuído da nova *ratio* já descrita supra, torna-se também manifesta a compaginação da realidade do vegetante com o anterior regime da interdição, pelo total alheamento da realidade, sendo impossível a capacidade de exercício ou de gozo de quaisquer direitos, bem como exercício dos direitos pessoais¹³⁶.

¹³⁶ Neste sentido, o Ac. do TRL de 29 de junho de 2006, sendo relatora a Desembargadora Fátima Galante, patenteando *que o processo de interdição reveste um carácter duplamente concreto: por um lado, a correlação entre o distúrbio psíquico e a capacidade de agir há-de ser averiguada em termos estritamente individuais, assim como individual é a doença e o seu diagnóstico; por outro lado, a valoração do distúrbio e a sua incidência na vida do interdicendo deve ir referida à "qualidade" dos seus interesses e à necessidade de a eles providir, ponderando-se, nomeadamente, a sua personalidade, a condição social e a importância dos interesses ou assuntos de distinta índole (patrimonial ou não) cuja gestão lhe pertença.*

A adoção de um regime monista aniquilou a coexistência de regimes capazes de satisfazer realidades materialmente distintas. Adotou-se um regime único, em desrespeito pelas especificidades de cada indivíduo, sendo que a *ratio* que o alicerçou se opõe à possibilidade de uma tutela efetiva perante uma total incapacidade de facto. Discordamos do excelentíssimo Juiz de Direito Lopes de Ribeiro, em parecer supra elencado, quando refere que *perante todas estas considerações, a solução monista deve prevalecer. Ela será suficientemente lata para abarcar todas as situações possíveis* (Lopes Ribeiro, 2018, p. 21). Prossegue o mesmo autor afirmando que *erigir o modelo de acompanhamento como regra e restringir a representação aos casos de ausência de discernimento e capacidade de estipulação livre e consciente, mostra-se como melhor adaptado àquelas orientações internacionais, emergentes dos princípios que agora orientam esta matéria* (Lopes Ribeiro, 2018, p. 23). Assumimos ainda, e por tudo o que supra se expôs, a insuficiência quer do póstumo regime dualista, quer do vigente regime monista.

De forma mais mitigada, Pinto Monteiro, esclarece que *naquelas situações em que falte, de todo, a vontade ou a capacidade para entender e querer, ou ela está profundamente afetada, em termos tais que a deficiência de que a pessoa sofre a impossibilita de governar a sua pessoa e bens, sem que esta situação haja sido prevenida em momento anterior* deve, ainda que (...) *a título excepcional, deve continuar a recorrer-se ao instituto da representação, substituindo-se o incapaz, no interesse deste, pela atuação do tutor. Mas isso implica abandonar o regime da interdição, medida radical e rígida, substituindo-o por um regime flexível, que permita ao juiz, qual alfaiate, fazer um “fato à medida” do necessitado, adequando as medidas à situação concreta de cada pessoa.* Nega o mesmo autor, a possibilidade de se qualificar a solução como estigmatizante, na medida que, equacionada no interesse do incapaz de acordo com as suas vulnerabilidades, casuisticamente, apreciadas. Privilegia-se assim a equidade, em detrimento da igualdade, concretizando a máxima Aristotélica, *o igual deve ser tratado igualmente e o desigual deve ser tratado desigualmente* (Pinto Monteiro, 2019, p. 32).

Perante o diagnóstico de E.V.P., e por maioria de razão, deverão cessar todos os direitos incompatíveis com a capacidade de exercício e de gozo de direitos, bem como todos aqueles que decorram da autonomia e autodeterminação, sendo, por razões óbvias, a impossibilidade de representação, assistência ou acompanhamento, mormente no que se

refere ao exercício de direitos estritamente pessoais, como o direito a casar, testar ou perfilhar, entre outros.

Em suma, concordamos que se devem despoletar os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes da morte real, uma vez que são estes decorrência lógica da cessação da capacidade de facto que poderá, na realidade do vegetante, acontecer de forma não contemporânea àquela, sem prejuízo de se manter a personalidade jurídica decorrente do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Tomando posição, quer o regime anterior vigente desde 1966, concretizando um regime dualista de suprimento da incapacidade de exercício, quer o atual regime do maior acompanhado, por tudo o que já supra e exaustivamente se referiu, não se adaptam à realidade do vegetante. Uma realidade à qual não se pode deixar de reconhecer a factualidade, aceitando a dignidade do vegetante, sem deixar de se impor as consequências *ipso iure* em congruência com aquelas. Reconhecemos como lacunosamente irreprestável a autonomia e a autodeterminação do vegetante, enquanto decorrências lógicas de um estado de consciência e uso da razão que se assumem, lamentavelmente, irreversíveis. É a factualidade e especificidade do vegetante que clama, e reclama, por um solução de *iure constituendo*.

Resta-nos especular o conflito entre o mandato em previsão do acompanhamento ou da incapacidade, e eventuais DAV existentes quer na modalidade de testamento vital, quer na modalidade da constituição de procurador de saúde, quando a sentença judicial assumir também poderes de representação do acompanhante relativamente às decisões de saúde do acompanhado. Parece-nos congruente, com a *ratio* do regime do maior acompanhado, priorizar aquele que for mais recente em respeito pela autonomia e autodeterminação do declaratório¹³⁷.

Assim, acreditamos, sem prejuízo de se aceitar a substituição do regime dualista, demasiado rígido, por um regime monista em respeito pela dignidade da pessoa humana,

¹³⁷ Um entendimento que tem acolhimento em direito adjetivo, pelo que, em Processo Especial de acompanhamento a maior, se verte no n.º 3 do artigo 900.º do CPC que *a sentença que decretar as medidas de acompanhamento deverá referir expressamente a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde e acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado*.

que deve existir, indiscriminadamente das vulnerabilidades de cada qual, um regime mitigado capaz de tutelar situações de limbo como as concretizadas nas pessoas em E.V.P.. Equacionamos a possibilidade de se reprimir, por via da sentença do maior acompanhado, nas vestes de um “fato feito à medida”, o regime da representação, porquanto o mero acompanhamento é, manifesta e glamorosamente, incapaz de tutelar o vegetante, seus familiares ou credores. Nesta medida, só a representação, e não se positivando uma solução jurídica mais adequada, se conformará com a dignidade da pessoa humana quando clinicamente irreversível a sua capacidade de facto em geral, e capacidade de exercício e de gozo em especial, já que lacunosas a autodeterminação e autonomia do vegetante decorrentes do seu estado de inconsciência e uso da razão.

Assim, não podemos deixar de referir os preceitos legais que estão destinados à inutilidade jurídica perante a realidade em apreço quando confrontados com a irreversibilidade do estado de inconsciência e impossibilidade do uso da razão¹³⁸ do vegetante, declinando assim numa manifesta evidência de inadequação do regime do maior acompanhado à realidade do E.V.P..

Finalmente, serão sempre inaplicáveis o regime do nº 1 do artigo 140º do C.C., no que se refere ao objetivo da medida com horizonte na recuperação e pleno exercício dos direitos e cumprimento dos deveres do vegetante, porquanto inalcançável tal recuperação.

De igual forma, assumimos como impraticável o regime do artigo 147º do C.C., pela manifesta incapacidade de exercício e de gozo de direitos pelo vegetante. E por fim, e alicerçados nos fundamentos vertidos supra, sempre se aceitará como inaplicável quer a possibilidade de cessação ou modificação do acompanhamento, prevista no 149º do C.C., quer o regime relativo ao valor dos atos praticados pelo maior acompanhado.

4.4.4. Efetiva

Permanecendo a dúvida sobre a aplicação dos instrumentos jurídicos expostos supra à realidade do E.V.P., bem como da discricionariedade da aplicação dos mesmos, imposta

¹³⁸ Em bom rigor, sempre se aceitará o estado do vegetante, não como de irracionalidade, mas como de verdadeira “arracionalidade”, não se conformando como uma racionalidade em contradição com os padrões estabelecidos, mas como um estado em que esta permanece lacunosa.

pelos contextos deontológicos e profissionais e valores ideológicos e morais de quem os deve aplicar, ou requerer, surge aquela que nos parece a tutela efetiva do vegetante, enquanto concretização constitucional do direito à vida, à integridade física, à saúde e à proteção social.

Para mera organização de raciocínio iniciaremos a nossa exposição pela tutela concedida ao vegetante, primeiro no que ao acesso aos serviços de saúde comporta, e em segundo plano, sem qualquer caráter pejorativo pela ordem assumida, no que à proteção social se recorta. Posteriormente, a referência que se impõe relativamente à proteção social daqueles que, dependendo do vegetante, vêm perigar o mínimo de existência e, quiçá, o mínimo de subsistência. Uma exposição alicerçada essencialmente nos diplomas legais que àquelas tutelas se reportam, sem referência a eventuais seguros de saúde que esvaziariam o raciocínio que aqui se pretende levar a cabo, *in casu*, o cumprimento dos deveres do Estado constitucionalmente positivados no que à saúde e à proteção social se reconduzem.

Finda a exposição da tutela efetiva vigente ao indivíduo em E.V.P., estaremos em condições de tecer considerações sobre eventuais assimetrias e desigualdades sociais que daquela poderão emergir, em confrontação com situações cuja materialidade se assemelha. Equacionaremos, ainda, da possibilidade da tutela vigente atentar contra a dignidade da pessoa humana se perigar a subsistência do vegetante ou dos familiares que compõem o seu agregado familiar. De facto, e obviando-nos da distinção fulcral entre mínimo de existência e o mínimo de subsistência, pelo debate ético alicerçado na qualidade de vida que nos afastaria do tema em apreço, incumbe ao Estado a criação de condições mínimas de forma a garantir o exercício dos direitos dos cidadãos¹³⁹.

Parece-nos congruente, em respeito pela unidade jurídica, que em semelhança com a *ratio*, no que à sucessão legal supletiva se relega, se assuma que, no silêncio, o vegetante teria desejado o mínimo de existência para os que lhe são relevantes, sem prejuízo do mínimo de subsistência para ele próprio.

¹³⁹ Uma garantia que se deve manter até à finitude humana, ainda que, no caso do vegetante, aquela se restrinja ao acesso aos cuidados de saúde e à proteção social deste, de forma primária, e do seu agregado de forma secundária.

Acreditamos que, considerando a qualidade de vida dos que integram o agregado familiar do vegetante e a vida biológica deste último, ainda que especulável a qualidade da mesma, a dignidade da pessoa humana, enquanto alicerce comum, impõe ao Estado um ideal de mínimo de existência, consagrando-se um verdadeiro direito à paridade retributiva, com expressão no artigo 59º, nº 1, al. a) da C.R.P..

Relativamente à tutela de saúde, há que distinguir o acesso aos cuidados de saúde do acesso à manutenção dos mesmos aquando da convolação em estado irreversível de incapacidade com necessidade de cuidados permanentes, chamando-se à colação os cuidados saúde em Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (doravante RNCCI) para atender à cronicidade da realidade em apreço.

O Serviço Nacional de Saúde, assume-se como garante da função de proteção da saúde imposta ao Estado, lendo-se no artigo 2º do estatuto daquele, e enquanto objetivo prosseguido pelo mesmo que o *SNS tem como objetivo a efetivação por parte do Estado da responsabilidade que lhe cabe na proteção da saúde individual e coletiva*¹⁴⁰.

De acordo com a Lei n.º 15/2014 de 21 de março, e nos termos do nº 1 do artigo 2º, *o utente dos serviços de saúde tem direito de escolha dos serviços e prestadores de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes, acrescentando-se no nº4 do mesmo diploma legislativo que 1 — O utente dos serviços de saúde tem direito a receber, com prontidão ou num período de tempo considerado clinicamente aceitável, consoante os casos, os cuidados de saúde de que necessita; 2 — O utente dos serviços de saúde tem direito à prestação dos cuidados de saúde mais adequados e tecnicamente mais corretos.* Um acesso à saúde que, apesar das inúmeras alterações legislativas com consagração das taxas moderadoras, se assume como tendencialmente gratuito, principalmente quando confrontado com o real custo das intervenções, terapêuticas, recursos humanos e meios complementares de diagnóstico¹⁴¹.

¹⁴⁰ Decreto Lei 11/93 de 15 de janeiro.

¹⁴¹ Em Ac. do TC nº 274/90, reitera-se que um *serviço público gratuito sujeito a taxas é uma verdadeira e própria contradição nos termos. Aquilo que é gratuito não pode estar sujeito a qualquer pagamento, obtém-se grátis, sem pagar; uma prestação pública sujeita a taxa é necessariamente onerosa, já que a taxa é, por definição, um preço, uma contrapartida pela prestação (ainda que só parcialmente cubra o custo do serviço ou da prestação). Não existe «conceito normativo» de gratuitidade que permita fazer passar*

Neste sentido, num hino à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade, nas suas vestes de equidade, verte-se em sumário de Ac. do TRL de 19 de maio de 2020, que *o Direito à Saúde e à prestação de cuidados de saúde constitui um direito fundamental; A sua restrição apenas pode ocorrer pelos motivos constantes da Constituição; É ilegal e inconstitucional fazer depender o acesso à saúde, nomeadamente a meios de diagnóstico, ao pagamento de dívidas provenientes de taxas moderadoras.*

Tendo em conta a realidade em apreço, assume-se no artigo 20º da Lei n.º 15/2014 de 21 de março, relativamente ao acompanhamento familiar de pessoas com deficiência ou em situação de dependência que, *1 — As pessoas com deficiência ou em situação de dependência, com doença incurável em estado avançado e as pessoas em estado final de vida, internadas em estabelecimento de saúde, têm direito ao acompanhamento permanente de ascendente, descendente, cônjuge ou equiparado e, na ausência ou impedimento destes ou por sua vontade, de pessoa por si designada.* Julgamos impor-se uma interpretação atualista da parte final do preceito sempre que o enfermo não esteja em condições de designar o acompanhante, pelo que, deve, e na ausência de procurador de

por gratuito um serviço sujeito ao pagamento de taxas. As taxas moderadoras tornam o Serviço Nacional de Saúde tão «gratuito» como seria «gratuito» um ensino público básico sujeito a propinas [cfr. artigo 74.º, n.º 3, alínea a), da Constituição], coisa que, suponho, ninguém ousará sustentar. Nenhum «conceito normativo» de gratuidade pode conciliá-la com a exigência de taxas, tal como nenhum «conceito normativo» de liberdade pode conciliá-la com a prisão (cfr. artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa) e nenhum «conceito normativo» de liberdade de expressão pode conciliá-la com a censura (cfr. artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa). Tudo isto mantém ainda valimento para a fórmula actual do artigo 64.º, n.º 2, alínea a), pois a moderação da garantia da gratuidade do Serviço Nacional de Saúde, que passou a ser apenas «tendencialmente gratuito», não pode deixar de corresponder ao significado na língua portuguesa de gratuito (o que é grátis, o que é concedido ou feito de graça, sem pagar). B. Não se diga, como faz o acórdão, que a expressão «gratuidade tendencial» «teve, pelo menos, o efeito de 'flexibilizar' a fórmula constitucional anterior (a da 'gratuidade' tout court), atribuindo, assim, ao legislador ordinário uma maior discricionariedade na definição dos contornos da gratuidade do Serviço Nacional de Saúde», pois não se trata aqui, no plano legislativo, de «uma maior discricionariedade na definição dos contornos da gratuidade», mas de respeitar simplesmente a imposição constitucional de uma gratuidade possível do sistema nacional de saúde, uma gratuidade como fim obrigatório para o legislador (seria o caso, por exemplo, de uma norma legislativa prevendo a cobrança e o pagamento de taxas, mesmo de taxas moderadoras, a extinguir no tempo e com valores progressivamente mais baixos).

saúde designado, o mesmo ser presumido de acordo com aquela que seria a vontade daquele.

O acesso aos serviços de saúde, por qualquer cidadão, não pode ser afastado em caso algum, sob pena de desrespeito pela Lei Fundamental, concretizando-se a tutela em cuidados de saúde ao vegetante, independentemente da causa subjacente à condição de E.V.P.. Entendemos que o E.V.P., enquanto decorrente de causa traumática, assumirá um percurso distinto, e mais moroso, até consolidada a situação clínica como irreversível, ou seja, até que se ultrapasse a barreira temporal de um ano como estudamos supra.

Atenta a cronicidade e estabilidade clínica que caracteriza o E.V.P., conjugada com a necessidade de racionalização dos recursos em termos de saúde, surge a necessidade de chamar à colação instituições com capacidade técnica e recursos humanos para fazer face a esta realidade. Prevê-se então no nº1 do artigo 35º do Estatuto do SNS, sob epígrafe *cooperação entre o SNS e instituições ou serviços de segurança social*, que *1 - As instituições ou serviços do SNS e os da segurança social devem cooperar nos programas e acções que envolvam a protecção social das populações em risco ou carência*. Acrescenta-se no nº2 que *são áreas preferenciais de cooperação, entre outras: a) Programas gerais de promoção da saúde, prevenção e tratamento da doença, em especial quanto a idosos, deficientes e pessoas em situação de dependência e apoio à maternidade*. Uma articulação que se assume como garante para fazer face às situações agudas de doença dos demais cidadãos, racionalizando os recursos físicos e humanos existentes.

Como expressão do compromisso com a racionalização dos serviços de saúde, foi criada, através do Decreto-Lei 101/2006, a RNCCI¹⁴², lendo-se em preâmbulo que *verificam-se carências ao nível dos cuidados de longa duração e paliativos, decorrentes do aumento da prevalência de pessoas com doenças crónicas incapacitantes. Estão, assim, a surgir novas necessidades de saúde e sociais, que requerem respostas novas e diversificadas (...) que venham a satisfazer o incremento esperado da procura por parte de pessoas idosas com dependência funcional, de doentes com patologia crónica múltipla e de pessoas com doença incurável em estado avançado e em fase final de vida. (...) A*

¹⁴² Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 6 de abril de 2006; promulgado em 19 de maio de 2006; referendado em 22 de maio de 2006.

prosseção de tal desiderato pressupõe a instituição de um modelo de intervenção integrado e ou articulado da saúde e da segurança social, de natureza preventiva, recuperadora e paliativa, envolvendo a participação e colaboração de diversos parceiros sociais, a sociedade civil e o Estado como principal incentivador.(...) Neste contexto, pretende-se dinamizar a implementação de unidades e equipas de cuidados, financeiramente sustentáveis, dirigidos às pessoas em situação de dependência, com base numa tipologia de respostas adequadas, assentes em parcerias públicas, sociais e privadas, visando contribuir para a melhoria do acesso do cidadão com perda de funcionalidade ou em situação de risco de a perder, através da prestação de cuidados técnica e humanamente adequados.

Uma realidade que, em sede de parceria com o Estado, no que à tarefa de proteção de Saúde concerne, se ajusta à realidade do E.V.P., sendo reconduzida à definição de dependência assumida na al. h) do artigo 3º de duto DL, e que transcrevemos para elucidação dos mais sétricos. De acordo com o preceito, a dependência é conceptualizada como *a situação em que se encontra a pessoa que, por falta ou perda de autonomia física, psíquica ou intelectual, resultante ou agravada por doença crónica, demência orgânica, sequelas pós-traumáticas, deficiência, doença severa e ou incurável em fase avançada, ausência ou escassez de apoio familiar ou de outra natureza, não consegue, por si só, realizar as atividades da vida diária.* É assim evidente a concretização da prestação de cuidados continuados, na sua maioria, e quando não assumida pelos familiares do vegetante, em unidades de internamento de longa duração e manutenção descritas nos termos do nº 2 do artigo 17º como unidades que têm por finalidade *proporcionar cuidados que previnam e retardem o agravamento da situação de dependência, favorecendo o conforto e a qualidade de vida, por um período de internamento superior a 90 dias consecutivos.* São assegurados, entre outros, e nos termos legais, cuidados médicos permanentes; cuidados de enfermagem permanentes; exames complementares de diagnóstico, laboratoriais e radiológicos, próprios ou contratados; prescrição e administração de fármacos; cuidados de fisioterapia; apoio psicossocial; higiene, conforto e alimentação.

O acesso do vegetante àqueles cuidados é legitimado, nos termos do disposto na al. d) do artigo 31º daquele DL, na medida em que se assume como situação incapacitante grave com forte impacto psicossocial¹⁴³.

No que concerne à proteção social do indivíduo, iniciamos a nossa exposição com a comparticipação nas despesas decorrentes da manutenção dos cuidados de saúde e ingresso na unidade de longa duração da rede de cuidados continuados, ou ainda o apoio ao familiar que assuma os cuidados domicílio ao vegetante, quando for essa opção por aquele.

De acordo com Portaria n.º 353/2017 de 16 de novembro, fixam-se os preços exigíveis nas diferentes modalidades em que se concretiza a RNCCI e que transpomos para melhor confrontação.

Tabela de preços RNCCI

(anexo II da Portaria n.º 1087-A/2007, de 5 de setembro, na redação dada pelo anexo III da Portaria n.º 189/2008, e 19 de fevereiro)

Tipologias de unidade	Encargos com cuidados de saúde (utente/dia)	Encargos com medicamentos, realização de exames auxiliares de diagnóstico, apósitos e material de penso para tratamento de úlceras de pressão (utente/dia)	Encargos com cuidados de apoio social (utente/dia)	Encargos com utilização de fraldas (utente dia)	Total (utente/dia)
I — Diárias de internamento por utente					
Unidade de convalescença	91,00	15,09			106,09
Unidade de cuidados paliativos	91,00	15,09			106,09
Unidade de média duração e reabilitação	56,08	12,07	19,93		88,08
Unidade de longa duração e manutenção	18,72	10,06	30,52	1,25	60,55
II — Diárias de ambulatório por utente					
Unidade de dia e promoção de autonomia	9,64				9,64

Tabela 1 – Preços praticados pelo RNCCI de acordo com a modalidade do mesmo

Pela visualização da tabela, ainda que de relance, sempre se perceberá a onerosidade do internamento em unidade de longa duração para a maioria das famílias, pelo que, a tarefa de proteção do Estado, assume a comparticipação na respetiva despesa

¹⁴³ Em Ac. do TRC de 17 de maio de 2016, enuncia-se que *I – A prestação de cuidados de saúde por uma Unidade de Cuidados Continuados que está integrada na Rede Nacional de Cuidados Continuados e que, como tal, está incluída no Serviço Nacional de Saúde corresponde ao cumprimento de uma obrigação assumida pelo Estado no sentido de garantir o direito constitucionalmente garantido de proteção da saúde, pelo que o dever de prestar esses cuidados radica na lei e não em qualquer acordo ou contrato que a entidade prestadora aceite celebrar com o cidadão.*

decorrente da manutenção dos cuidados. É através da função de proteção do estado que se assegura outra tarefa do mesmo, *in casu*, o direito à saúde.

De acordo com o despacho normativo n.º 34/2007 de 19 de setembro, e de acordo com o artigo 1.º, define-se *os termos e as condições em que a segurança social comparticipa os utentes pelos encargos decorrentes da prestação dos cuidados de apoio social nas unidades de média duração e reabilitação e de longa duração e manutenção da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI)*. Concretiza-se no artigo 3.º do mesmo diploma legal a comparticipação objetiva, concretamente apurada, sendo transferida diretamente pelo Instituto de Segurança Social para a instituição suporte da respetiva unidade de internamento.

A comparticipação da segurança social é devida sempre que o valor concretamente apurado ao utente não assegure a totalidade dos encargos, (já por nós enunciada no quadro supra), impondo-se ao Estado suportar, nos termos do artigo 3.º n.º 2, a diferença *entre os encargos com a prestação dos cuidados de apoio social e o valor a pagar pelo utente, nos termos referidos no número anterior*.

Apurado o rendimento do agregado familiar, considerados os incrementos previstos e, taxativamente, enunciados no artigo 5.º, daquele despacho, é calculado o rendimento *per capita* do agregado familiar através da seguinte fórmula vertida no artigo 7.º n.º 2 :

$$RC = R/12/n$$

em que:

RC — é o rendimento per capita;

R — é o rendimento anual do agregado familiar do utente apurado nos termos do artigo 5.º e seguintes;

n — é o número de elementos que constituem o agregado familiar à data da instrução do Processo.

Fixa-se, para o caso concreto de internamento em unidade de longa duração, o valor percentual de 85% do valor apurado de rendimento *per capita*, sendo que nunca pode ultrapassar o valor fixado em Portaria n.º 1087-A/2007 de 5 de setembro, na redação dada pelo anexo III da Portaria n.º 189/2008 de 19 de fevereiro. Impõe-se assim uma correção *op legis*, sob pena de se esvaziar o direito à saúde e à proteção social do Estado, numa clara

inversão do regime, tornando a tarefa do estado rentável, o que seria, pelo menos digno de interpretação ab-rogante.

Ainda que se tenha em consideração o rendimento do agregado familiar, sempre podemos antecipar as situações em que a medida se torna demasiado onerosa para aquele, colocando em causa, além do mínimo de existência, o mínimo de subsistência, como facilmente se perceberá, ainda que numa conclusão exclusivamente matemática.

A título de hipótese meramente académica, mas nada inviável, ou sequer falaciosa, assumimos um agregado familiar com rendimentos coletáveis apenas provenientes da força do trabalho dos cônjuges ou unidos de facto (uma vez que o despacho se refere a agregado familiar indistintamente da fonte do mesmo). Acrescentamos ao contexto conjeturado a existência de três filhos menores. Nesta conjetura, aceitamos que o valor devido pela unidade de longa duração fará perigar, além da qualidade de vida, o acesso à educação condigna dos filhos menores, sem recurso a qualquer outro apoio que, solicitado, sempre será também afeto ao valor devido a calcular, ulteriormente, aquando da atualização imposta nos termos do artigo 11º do despacho em apreço.

Assim sendo, pode, em alguns casos, tornar-se menos oneroso cuidar do vegetante. No entanto, e tendo em conta a atual realidade, parece-nos utópico assumir esta opção, quer pela disponibilidade que este tipo de enfermo exige, quer pela possibilidade de perigar a subsistência do cuidador logo após a morte do vegetante. Equacionada a referida hipótese, pode o cuidador solicitar a sua reforma antecipada, se preenchidos os respetivos requisitos, ou valer-se de baixa médica, ficando ainda a seu cargo a gestão das prestações sociais substitutivas dos rendimentos do trabalho do vegetante, designadamente, subsídios de desemprego ou doença, que aquele tenha direito, ou ainda a pensão de invalidez que possa, entretanto, já ter sido atribuída, à qual acresce um complemento por dependência e apoio a terceira pessoa.

Relembramos a possibilidade já antecipada supra, esclarecendo que o subsídio de apoio ao cuidador informal depende da atribuição deste estatuto, devendo aquele reunir determinados requisitos, mormente, *residir legalmente em território nacional; ter idade superior a 18 anos; ter condições físicas e psicológicas adequadas aos cuidados a prestar à pessoa cuidada; ser cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha*

*reta ou da linha colateral da pessoa cuidada (ex: filhos, netos, bisnetos, irmãos, pais, tios, avós bisavós, tios-avós ou primos)*¹⁴⁴.

A estes requisitos, relativos ao cuidador, acrescem cumulativamente os requisitos respeitantes ao indivíduo a ser cuidado, devendo este *estar uma situação de dependência de terceiros e necessitar de cuidados permanentes; não se encontrar acolhida em resposta social ou de saúde, pública ou privada, em regime residencial; Ser titular de uma das seguintes prestações sociais: complemento por dependência de 2.º grau ou complemento por dependência de 1.º grau, se transitoriamente, se encontrar acamada ou a necessitar de cuidados permanentes, por estar em situação de dependência, mediante avaliação específica dos Serviços de Verificação de Incapacidades do Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS) ou subsídio por assistência de terceira pessoa*¹⁴⁵.

Concretizando, *o montante do subsídio de apoio é igual à diferença entre a soma dos rendimentos do cuidador informal principal e do valor das prestações por dependência das pessoas cuidadas e o valor de referência do subsídio de apoio ao cuidador informal principal. O subsídio tem como limite máximo o valor do Indexante dos Apoios Sociais (IAS). Valor de referência do subsídio de apoio é de 438,81 € (corresponde ao valor do IAS)*¹⁴⁶.

Tendo em conta a situação de limbo que caracteriza o E.V.P., sempre se perceberá a impossibilidade de atribuição de pensão de orfandade ou de viuvez, devendo o agregado familiar do vegetante se valer de outras prestações sociais que, nos termos legais, tenha direito pelo preenchimento dos respetivos requisitos objetivos e subjetivos.

Nem tão pouco se poderá conjunturar a possibilidade de recurso ao fundo de garantia de alimentos, porquanto, não existe qualquer incumprimento na obrigação de alimentos pelo vegetante, ainda que reguladas as responsabilidades parentais, mas tão só a impossibilidade de cumprimento da mesma.

Relativamente à proteção social ao vegetante em concreto, quer durante internamento em unidade hospitalar, quer em unidade integrada na rede de cuidados

¹⁴⁴ <https://www.seg-social.pt/reconhecimento-do-estatuto-do-cuidador-informal>

¹⁴⁵ *idem*

¹⁴⁶ *idem*

continuados, decorrentes do direito à saúde, no que ao acesso aos serviços de saúde adequados concerne, acrescem ainda as prestações sociais por doença e a pensão de invalidez provisória ou definitiva, sendo esta última a decorrência da primeira acrescida da condição de convalescença que se perpetua no tempo.

A pensão de invalidez¹⁴⁷, concretiza-se no valor atribuído mensalmente aos indivíduos que se encontram incapazes para cumprir a sua atividade profissional, por causa não profissional, sendo um direito reconhecido ao beneficiário depois de devidamente certificada a incapacidade, bem como a sua extensão, pelo Sistema de Verificação de Incapacidades (SVI), e desde que cumprido o prazo de garantia legalmente exigido¹⁴⁸.

A incapacidade permanente para o trabalho, pode assumir duas modalidades, *in casu*, a *invalidez relativa – situação em que o beneficiário não possa obter da sua profissão mais de um terço da remuneração correspondente ao seu exercício normal e seja de presumir que não recupere, nos 3 anos seguintes, a capacidade de obter, da sua última profissão (abrangida pelo regime geral) mais de 50% da respetiva remuneração; Se à data do requerimento da pensão o beneficiário exercer, ao mesmo tempo, mais do que uma profissão abrangida pelo regime geral, a redução da incapacidade de ganho prevista refere-se à profissão com remuneração mais elevada. Ou ainda a Invalidez absoluta - situação de incapacidade permanente e definitiva para toda e qualquer profissão ou trabalho em que o beneficiário não apresente capacidades de ganho remanescentes, nem se presuma que venha a recuperar, até à idade legal de acesso à pensão de velhice, a capacidade de obter quaisquer meios de subsistência. Acresce ainda que, se a incapacidade for anterior à data de inscrição do beneficiário na Segurança Social a atribuição da pensão depende da verificação de um agravamento posterior que determine incapacidade permanente para o exercício da profissão*¹⁴⁹.

A pensão provisória de invalidez, assume-se como o período que medeia o tempo máximo de 1095 dias de subsídio de doença e a atribuição de pensão de invalidez absoluta,

¹⁴⁷ <https://www.seg-social.pt/pensao-de-invalidez>

¹⁴⁸ O prazo de garantia para atribuição de pensão de invalidez relativa - 5 anos civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações (invalidez relativa); pensão de invalidez absoluta - 3 anos civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações.

¹⁴⁹ <https://www.seg-social.pt/pensao-de-invalidez>

sendo o beneficiário sujeito a avaliação pela comissão de verificação de incapacidade permanente, no prazo de 30 dias¹⁵⁰. Um percurso que assumimos mais do que expectável no caso do indivíduo em E.V.P. imposto pela irreversibilidade da condição atestada clinicamente.

Relativamente ao montante devido, este é calculado com base na carreira contributiva e nas remunerações registadas em nome do beneficiário.

Independentemente das contribuições realizadas pelo beneficiário até ao momento da incapacidade para o trabalho, assumem-se como montantes mínimos devidos, e em prole da dignidade da pessoa humana, de acordo com o quadro apresentado:

Escalões Carreira contributiva	Valor mínimo
Menos de 15 anos	275,30 €
15 a 20 anos	288,79 €
21 a 30 anos	318,67 €
31 e mais anos	398,34 €

Tabela 2- Valores mínimos devidos em situação de incapacidade para o trabalho de acordo com a faixa etária

Relativamente à pensão de invalidez absoluta, o valor mínimo é igual ao da pensão de invalidez relativa e de velhice, correspondente a uma carreira contributiva de 40 anos.

Aqui chegados, é-nos visceral, além de espontâneo, confrontar de imediato uma primeira diferença para com o regime da morte presumida. Assumida judicialmente a morte do ausente, sempre seria atribuída aos filhos menores daquele, pensão de orfandade¹⁵¹. Uma atribuição devida, desde que preenchidas as condições de atribuição,

¹⁵⁰ Idem

¹⁵¹ Adiantamos um hipótese remota, pelo que, sendo necessário, em regra, dez anos, desde a data das últimas notícias do ausente, para se poder requerer a declaração judicial de morte presumida, teriam os filhos que ter àquela data no máximo 7 anos.

nomeadamente, os menores *serem cidadãos nacionais, residentes no país que, tenham idade tenham idade inferior a 18 anos e não estejam emancipados; sejam órfãos de pessoas não abrangidas por qualquer regime de proteção social satisfaçam uma das seguintes condições de recursos*, in casu, a existência de *rendimentos ilíquidos mensais iguais ou inferiores 175,52 € (corresponde a 40% do valor do indexante dos apoios sociais - IAS), desde que o rendimento do respetivo agregado familiar não seja superior a 658,22 € (1,5xIAS) ou a existência de Rendimento do agregado familiar, por pessoa, igual ou inferior a 131,64 € (30% do IAS) e estar em situação de risco ou disfunção social, sendo que fazem parte do agregado familiar o órfão, parentes e afins em linha reta (avós, pais, padrasto, madrasta, filhos, netos) e em linha colateral até ao 3.º grau (irmãos, tios e sobrinhos), que vivam em economia familiar com o órfão* ¹⁵².

Sendo devido aos órfãos um valor calculado com base numa percentagem do valor da pensão social, em função do número de órfãos e da existência, ou não, de cônjuge ou ex-cônjuge com direito a pensão e de acordo com a tabela em vigor, desde 1 de janeiro de 2020, e que vertemos para melhor entendimento da desigualdade concretizada.

N.º de orfãos	Existe cônjuge ou ex-cônjuge	Não existe cônjuge ou ex-cônjuge
1	42,36 € 20% da pensão social	84,72 € 40% da pensão social
2	63,54 € 30% da pensão social	127,07 € 60% da pensão social
3 ou mais	84,72 € 40% da pensão social	169,43 € 80% da pensão social

Valor da pensão social = 211,79 €

Tabela 3 - Valores devidos a título de pensão de orfandade de acordo com o número de órfãos e existência ou não de cônjuge ou ex-cônjuge

Relativamente à pensão de viuvez, à semelhança do mencionado no parágrafo supra, uma vez mais, surge a necessidade de transcrever a desigualdade quando confrontada a realidade do cônjuge ou unido de facto do vegetante, com a realidade do seu homólogo no regime da morte presumida. Assumimos a possibilidade de se mitigar a assimetria identificada com o recurso ao rendimento social de inserção, preenchidos os

¹⁵² <https://www.seg-social.pt/pensao-de-orfandade1#>

requisitos legais, descontado que está o valor devido pelo internamento do vegetante em unidade de longa duração em rede de cuidados continuados.

A pensão de viuvez, materializa-se numa quantia pecuniária no valor de 127,07 € (60% da pensão social), devida ao cônjuge ou unido de facto sobrevivente, sendo a sua atribuição dependente de certos requisitos dos requerentes, *in casu, terem nacionalidade portuguesa ou estejam em condições de igualdade de tratamento com os cidadãos portugueses; Residirem em território português; Não terem direito a qualquer pensão por direito próprio e preenchem a condição de recursos da pensão social - rendimentos mensais líquidos iguais ou inferiores a 175,52 € (40% do indexante dos apoios sociais - IAS)*. Sendo possível de acumular a referida prestação social com *Pensão social, desde que o montante não seja superior ao valor mínimo da pensão do regime geral com : Complemento por dependência; Rendimento social de inserção; Complemento solidário para idosos; Subsídio de apoio ao cuidador informal principal* ¹⁵³.

A desigualdade de proteção do agregado familiar do vegetante, quando confrontada com a mesma tutela ao agregado familiar do morto presumido, começa logo após convalidada a curadoria provisória em curadoria definitiva. Assim, e nos termos do artigo 108º do C.C., conjugado com o artigo 99º do mesmo diploma legal, pode o cônjuge não separado de pessoas e bens, passados dois ou cinco anos nos casos de existir ou não, respetivamente, representante legal do ausente, requerer inventário e impor a partilha¹⁵⁴, bem como exigir os alimentos a que tiver direito¹⁵⁵.

Cumpra-nos, em aresto, esclarecer que a faculdade permitida naquele preceito legal decorre do dever de assistência, previsto no artigo 1675º do C.C., que vincula os cônjuges pelo casamento, não nos parecendo de aplicar, ainda que, por analogia, aos unidos de

¹⁵³ <https://www.seg-social.pt/pensao-de-viuvez1>

¹⁵⁴ A legitimidade para iniciar justificação do ausente é reconhecida ao cônjuge deste, nos termos do artigo 100º do C.C., sendo o mesmo cônjuge citado no caso de ação proposta por outro qualquer legítimo para o mesmo efeito (artigo 881º, nº1 do C.P.C);

¹⁵⁵ Em Ac. do TRL de 11 de dezembro de 2019, confirma-se que a *obrigação de prestar alimentos cinge-se ao indispensável para o sustento, habitação e vestuário, com dignidade, mas sem equiparação ao nível mantido na vigência da comunhão conjugal*.

facto¹⁵⁶, porquanto, estes apenas terão os direitos previstos na Lei 7/2001 de 11 de maio, em específico os previstos nos artigos 5º e 6º daquele diploma¹⁵⁷.

Acresce ainda, a possibilidade de, antes de consolidada a morte presumida e apenas instituída a curadoria definitiva, concretizar-se a partilha e ulterior entrega dos bens do ausente àqueles que assumiam a condição de herdeiros à data das últimas notícias, desde que preenchidos os pressupostos de capacidade e vocação sucessória, apreciados à data das últimas notícias, ou aos que sobrevieram àqueles e que possuem nos mesmos termos direito de representação¹⁵⁸.

De qualquer forma, o acesso à proteção social do Estado, excetuando-se a pensão de sobrevivência, depende do preenchimento de determinadas condições. Nos termos do artigo 18º da Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, impõe-se *a inscrição e o cumprimento da obrigação contributiva dos trabalhadores, quando for caso disso, das respetivas entidades empregadoras e dos beneficiários do regime de inscrição facultativa.*

¹⁵⁶ Neste entendimento, o Ac. do TRL de 07 de junho de 2001, afirmando que *a mulher, solteira, que viveu maritalmente com homem que foi casado e entretanto faleceu, não tem legitimidade para propor acção declarativa de morte presumida do cônjuge deste, com vista a demonstrar a pré-moriência e obter o reconhecimento do direito a exigir alimentos da herança previsto no n.º 1 do artigo 2002.º do C.C., dado que a requerente não é cônjuge nem herdeira do seu ex-companheiro e que a declaração de morte presumida não dissolve o casamento.*

¹⁵⁷De acordo com Ac. do TRL de 21 de dezembro de 2006, a *Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, após as alterações nela introduzidas pela Lei 23/2010, de 30-08, passou a reconhecer de uma forma expressa ao membro sobrevivente de união de facto e independentemente da necessidade deste último de alimentos, o direito à proteção social por morte do beneficiário, por aplicação do regime especial de segurança social.*

¹⁵⁸ Artigo 103.º(*Entrega dos bens aos herdeiros*): *1. A entrega dos bens aos herdeiros do ausente à data das últimas notícias, ou aos herdeiros dos que depois tiverem falecido, só tem lugar depois da partilha.*

Artigo 2033.º(*Princípios gerais*): *1 - Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei, bem como as pessoas concebidas, nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação post mortem. 2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade: a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão;*

Artigo 2039.º(*Noção*):*Dá-se a representação sucessória, quando a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde ou não quis aceitar a herança ou o legado.*

Acrescenta-se, no artigo 19º, que *a proteção social conferida pelos regimes do sistema previdencial integra a proteção nas eventualidades de doença, maternidade, paternidade e adoção, desemprego, doenças profissionais, invalidez, velhice e morte, de acordo com o especificamente regulado para cada eventualidade*. Acreditamos na possibilidade da criação de desigualdades promovidas pelo exercício e concretização da própria função de proteção social do Estado.

Sem prejuízo de assumir a onerosidade da tutela do vegetante, podem perigar a qualidade de vida e igualdade de oportunidades, quando confrontada a proteção social aos agregados familiares do vegetante e do morto presumido, sendo a realidade deste, e da qual emergem o direito às prestações sociais à viúva e filhos menores, meramente presumida, ao contrário da realidade do vegetante. Mais do que meramente presumida, a realidade do E.V.P., alicerça-se numa condição clínica, devidamente documentada, sendo irrefutável a irreversibilidade de um estado de morto-vivo que não deveria ser bastante para fazer perigar a subsistência do seu agregado familiar.

Nestes termos, parece-nos que casuisticamente se insurge a perversão do sistema, concretizando-se numa clara violação do princípio da igualdade cujas consequências se perpetuam no tempo.

Nem tão pouco se percebe a falta de sensibilidade para as situações supra elencadas quando, em prole da tutela do agregado familiar dos pescadores vítimas de naufrágio em embarcações de pesca, insurgiu-se o PCP, em Projeto de Lei nº 426/XII-2.^a, pela criação de um regime especial de declaração de morte presumida passados 90 dias do naufrágio, de forma a acautelar as dificuldades económicas a que se encontram sujeitas as famílias daquelas vítimas¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Artigo 2.º *Declaração de morte presumida: 1- Decorridos 90 dias sobre a data do naufrágio de uma embarcação de pesca em que pereçam todos ou alguns dos pescadores matriculados na data do sinistro naquela embarcação, quando:*

a) os cadáveres não forem encontrados;

b) os cadáveres tiverem sido destruídos em consequência do acidente ou só aparecerem despojos insuscetíveis de ser individualizados; ou

c) seja impossível chegar ao local onde os corpos se encontram,

podem os interessados a que se refere o artigo 100.º do Código Civil requerer a declaração

Antes de terminarmos esta temática, surge ainda a possibilidade de tutelar o vegetante através do regime da responsabilidade civil extracontratual, quer nos casos em que aquela condição decorra da violação de direitos e interesses legalmente protegidos, quer aquando da violação dos direitos de personalidade, desde que preenchidos os requisitos vertidos nos artigos 70º e 483º do C.C., sendo assim uma verdadeira concretização da cláusula geral da personalidade, acionado por aqueles que, nos termos da lei substantiva, reconhecem-se como legítimos para o efeito, de acordo com o preceituado nos artigos 495º, nº 3¹⁶⁰ e 496º¹⁶¹, ambos do C.C..

Realçamos ainda, a autonomização da indemnização devida, pelos danos não patrimoniais, àqueles cuja legitimidade seria reconhecida, de forma derivada, para ação pelos mesmos danos patrimoniais devidos ao vegetante após a sua morte, ou antes desta, se assumida a posição de alimentando em relação àquele.

de morte presumida.

Artigo 3.º Procedimentos e efeitos: Preenchidos os requisitos previstos no artigo anterior, cabe ao magistrado do Ministério Público junto da comarca em cuja área tiver ocorrido o acidente ou da residência do náufrago desaparecido, promover, por intermédio de qualquer conservatória do registo civil, a requerimento dos interessados e devidamente acompanhado com as declarações previstas no artigo anterior, a justificação judicial do óbito do pescador ausente com os efeitos previstos nos artigos 115.º e seguintes do Código Civil.

¹⁶⁰ Artigo 495º, nº3 - *Têm igualmente direito a indemnização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural.*

¹⁶¹ Artigo 496º - Danos não patrimoniais

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.

4 - O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.

Em Ac. STJ de 3 de novembro de 2016, consagra-se a autonomização referida sumariando-se que *I - O art.º 495º, n.º 3, do Cód. Civil, consagra uma exceção ao princípio geral de que só ao titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado assiste direito a indemnização, aí se abrangendo terceiros só reflexamente prejudicados com o evento danoso. II - Contudo, esse direito não é de atribuição direta e automática as pessoas indicadas nesse normativo. Só existirá se (e na medida em que) for demonstrada a facticidade em que necessariamente terá que assentar. III - A conversão económica da dor e angústia sofridas pela vítima durante o período que mediou entre o acidente e a morte constitui o chamado dano intercalar (art.º 496º, n.º 3 do Cód. Civil). (...)V - A reparação do dano morte é hoje inquestionável na jurisprudência, situando-se, em regra e com algumas oscilações, entre os ?50 000,00 e ?80 000,00, indo mesmo alguns dos mais recentes arestos a 100 000,00. (...) VII - Essa indemnização é atribuída, em bloco, as pessoas a quem cabe, nos termos do art.º 496º, n.º 2, do Cód. Civil, e repartida entre elas, mesmo que relativamente a alguma destas haja que operar redução, nos termos do art.º 570º, n.º 1, do Cód. Civil.VIII - A redução daí resultante deve repercutir-se na quota ou quinhão dos restantes titulares da indemnização.*

Somos assim do entendimento de uma tutela da realidade do E.V.P. desadequada, porque à quem da sua especificidade, além de promotora de desigualdades sociais, como supra se verteu. No entanto, e curiosamente, surge-nos jurisprudência cujo *quantum* indemnizatório devido ao vegetante, na pessoa dos seus sucessíveis, pelos danos não patrimoniais, decorrentes daquela condição, assume-se manifestamente superior aos devidos pelo dano morte. Sempre arriscaremos tal aresto jurisprudencial como tradutor de alguma sensibilidade e abertura com vista a um horizonte de diálogo jurídico. Enaltece-se naquela fundamentação judicial, a constatação da realidade em apreço como total estado de inconsciência e impossibilidade do uso da razão. É assim constada, uma incapacidade de facto, pelo que, sempre se aceitará reconhecer uma incapacidade *ipso iure* capaz de fazer despoletar os efeitos decorrentes da morte real, porquanto irreprestáveis as capacidade de exercício e de gozo do vegetante.

Pode assim ser tutelada, não a condição do E.V.P., mas os danos não patrimoniais decorrentes da condição de limbo em que o vegetante permaneceu, sendo obrigados aqueles cuja responsabilidade da causa subjacente àquela condição se imputa, pelo que, e

logicamente, reportarmo-nos aos casos em que a realidade decorre de causa traumática, não se aplicando às situações em que a realidade tem subjacente causas metabólicas ou degenerativas.

Ainda que se ateste que o vegetante é o titular da indemnização por danos não patrimoniais, assumimos que a mesma surge quase de forma automática na esfera jurídica dos seus sucessíveis, ainda que sujeita a condição suspensiva (a morte do vegetante), sendo o valor indemnizatório exponenciado pelo tempo em que perdure a condição de morto-vivo em que aquele permaneceu, sem prejuízo da indemnização pelos mesmos danos aos quais a lei substantiva confere legitimidade já mencionada.

Em relação à indemnização devida quando a condição de E.V.P. resultou de acidente ou ocorrência que declinou em lesão cerebral irreversível, transcrevemos o sumário do acórdão, relativo a indivíduo de 46 anos que permaneceu naquela condição durante seis anos. Assim, em Ac. do STJ de 28 de fevereiro de 2013, assume-se que *1. Ponderados os padrões seguidos atualmente pela jurisprudência, é adequado o valor indemnizatório de €125.000 para compensação dos danos não patrimoniais sofridos pelo lesado no período temporalmente prolongado que precedeu a morte, num caso cujos traços fundamentais se traduzem no seguinte quadro: - acidente que originou lesões múltiplas, nomeadamente graves lesões cerebrais e neurológicas, que implicaram – para lesado com cerca de 40 anos - um estado clínico persistente e irreversível de coma vegetativo, prolongado por quase 6 anos, abrangendo, quer os 3 anos de internamento hospitalar, quer o período posterior, em que o lesado teve alta e permaneceu em casa dos seus familiares, acamado e totalmente dependente para as mais elementares atividades da vida diária e de subsistência física, até acabar por sucumbir às gravíssimas sequelas das lesões causadas pelo acidente - não ficando demonstrado que o lesado, nesse prolongado estado de coma, tivesse – face à inconsciência profunda e perda de funções cognitivas - efetiva consciência do estado de total incapacidade em que se encontrava. 2. Na verdade, é pertinente distinguir, para efeitos de cômputo da indemnização, entre o plano objetivo da perda e degradação extrema do padrão de vida do sinistrado, enquanto lesão objetiva de um bem jurídico essencial da personalidade, ligado à própria dignidade da pessoa humana, que ocorre independentemente da percepção cognitiva pelo lesado do estado em que se encontra, envolvendo a drástica carência de autonomia e de eliminação das*

possibilidades de realização pessoal; e o plano subjetivo, decorrente de – a tal estado objetivo – se ter de adicionar o sofrimento psicológico necessariamente inerente à consciência, ainda que difusa ou mitigada, da total falta de autonomia pessoal e de qualidade de vida e da frustração irremediável de todos os projetos e satisfações alcançáveis no decurso da vida pessoal do lesado.

Atente-se que, naquela fonte jurisprudencial, se dá nota de total inconsciência e perda de funções cognitivas, compatível com o não uso da razão, pelo que, mantemos o entendimento de uma incapacidade do vegetante, que além de facto, se deve constituir como incapacidade de direito.

Em confronto, expomos, ainda, Ac. do TRG de 29 de junho de 2021, em que foi fixada indemnização pelo dano morte decorrente de acidente de viação resultando a morte de mulher de 46 anos, sendo perentório douto Tribunal, tal como se verte em sumário que *I. Na indemnização do dano morte, ponderando-se que a vida é um valor absoluto, que a atual esperança média de vida para as mulheres é de 83,23 anos, e que deve ser procurada uma uniformização de critérios jurisprudenciais (estando neste momento a reparação balizada entre um mínimo de € 50.000,00 e um máximo de € 80.000,00), considera-se adequada a quantia de € 75.000,00 para ressarcir a perda da vida de uma mulher de 46. II. Na indemnização de danos não patrimoniais, deverá privilegiar-se a gravidade dos mesmos e o recurso à equidade, ponderando-se ainda o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado, e as demais circunstâncias do caso, sem esquecer os critérios jurisprudenciais vigentes, bem como a nossa inserção no espaço da União Europeia.*

Concluimos por uma drástica redução do valor indemnizatório, em pessoa da mesma idade, mas cuja instantaneidade da finitude humana evitaram a majoração dos danos não patrimoniais pela inexistência de um E.V.P..

Assim, somos do entendimento que o respeito pela realidade em apreço não poderá se restringir ao *quantum* indemnizatório que, meramente, satisfaz os casos em que aquela realidade decorra de causa traumática proveniente de facto ilícito e, bem assim, gerador de responsabilidade civil extracontratual. Deve aquele respeito, refletir-se na existência de um regime jurídico capaz de tutelar os interesses quer do vegetante, quer dos seus familiares e

credores, assumindo-se duto regime como garante da dignidade da pessoa humana enquanto hino à igualdade entre todos os seres humanos.

Se é certo que o vegetante se apresenta como desprovido de capacidade de facto, é também inegável o reconhecimento quer da sua dignidade humana, quer da sua personalidade jurídica daquela decorrente, mas cuja atipicidade decorrente daquela incapacidade não afasta a necessidade de uma tutela condigna. Uma tutela que desemboque num regime, que pela garantia da irreversibilidade da condição do E.V.P., enquanto estado de total inconsciência e não uso da razão, mais do que meramente presumidas, científica e medicamente confirmadas, assume as condições de segurança e certeza jurídica que qualquer ordenamento jurídico impõe.

5. Proposta de tutela jurídica no E.V.P.

Após toda a explanação vertida até ao presente capítulo, de índole essencialmente conceptual e, bem assim, de cariz dogmático e doutrinário, sem prejuízo do contributo jurisprudencial mediato ou imediato, pensamos estar munidos dos alicerces conducentes à projeção de um regime legal capaz de tutelar a situação do indivíduo em E.V.P..

Entendemos que a condição de morto-vivo do vegetante o relega para uma situação de limbo jurídico com sérios prejuízos para os seus expetáveis sucessíveis, cônjuge ou unido de facto, bem como credores.

O estado de inconsciência e impossibilidade do uso da razão irreversíveis, tornam os expedientes jurídicos supra explanados (admitindo-se uma eventual positividade da eutanásia) inaplicáveis ao vegetante.

De facto, é inaplicável o regime da curadoria, provisória ou definitiva, porquanto, o vegetante, apesar de inconsciente está presente.

De igual forma, será inaplicável o regime das DAV se não outorgadas ao momento da consolidação do estado vegetativo. Especula-se a possibilidade de se aplicarem, se já outorgadas e ainda válidas, com opção assinalada de *não ser submetido a medidas de alimentação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte*¹⁶². Parece-nos, no entanto, difícil reconduzir o E.V.P para uma condição clínica de morte iminente, cujo processo natural de morte se tenha, manifestamente, precipitado. Equacionamos assim, a hipótese de não ser respeitada a vontade do outorgante por ausência dos requisitos objetivos daquela¹⁶³.

No que à eutanásia concerne, hipotetizando a sua positividade, uma vez ultrapassada a inconstitucionalidade firmada até aos dias de hoje pelo Tribunal Constitucional, esta seria também inaplicável ao vegetante. Aceitamos que permaneceriam lacunosos os pressupostos subjetivos e objetivos daquele conjeturado regime. Reiterando o que já em sede própria se expôs, facilmente percebemos a impossibilidade de um indivíduo

¹⁶² Hipótese prevista em formulário da DAV, no campo relativo aos cuidados de saúde a receber/não receber, pelo outorgante daquela.

¹⁶³ Já debatemos supra, a possibilidade de se assumirem tais intervenções como fúteis (em conformidade com CDOM) ou, pelo contrário, proporcionadas, o que poderá levar ao desrespeito pela vontade do outorgante de tais diretivas.

inconsciente manifestar uma vontade livre, ponderada e esclarecida. Permaneceriam também por preencher os requisitos objetivos da eutanásia, mormente, aceitar o E.V.P. como doença terminal e causadora de sofrimento intolerável¹⁶⁴. Concluímos que seria impossível aceder a um pedido que, além de inexistente, não se moveria pelo abreviar de um sofrimento atroz e aniquilador da dignidade da pessoa humana.

Finalmente, também o regime do maior acompanhado seria inextensível ao vegetante, porquanto, o novo paradigma em que aquele se alicerça conformou-o num regime cuja *ratio* se funda na promoção da autonomia do acompanhado, pelo que, seremos capazes de concordar pela aplicação utópica do mesmo ao vegetante. Reiteramos, com este entendimento, a desadequação do regime do maior acompanhado, pela evidência de incapacidade de facto do vegetante. Em aresto, concordamos com a doutrina quando defende que o acompanhamento em absoluto deverá se convolar, materialmente, no regime da representação.

Entendemos que a especificidade da presente realidade reclama por uma tutela efetiva que, não dependente da condição suspensiva da morte do vegetante, se demonstre adequada a este. Uma tutela que não se deverá restringir ao indivíduo em E.V.P., sob pena de desamparo do seu agregado familiar ou credores.

Imbuídos no espírito de alteridade que a realidade convoca, movidos no sentido de tutelar as expetativas dos diferentes atores daquela numa navegação à vista com a dignidade da pessoa humana no horizonte, e comprometidos com a tutela que se impõe ao vegetante enquanto resquício biológico de uma póstuma capacidade jurídica¹⁶⁵, ousámos arriscar num regime jurídico que, em confrontação com o regime da morte presumida, seja capaz de represtinar a igualdade e equidade que qualquer Estado de Direito Democrático reclama.

Para melhor entendimento da solução aqui proposta, bem como da opção por regime *iure constituendo*, impõe-se a explanação, ainda que simples, mas não simplória,

¹⁶⁴ Em bom rigor, o E.V.P., consolida-se não como uma doença, mas como uma condição clínica cuja essencialidade comum permite o seu diagnóstico diferencial.

¹⁶⁵ Já que se mantém resiliente uma personalidade atípica fruto da inocuidade daquela, decorrente das irreversíveis inconsciência e não uso da razão do vegetante.

das características essenciais do morto presumido e do indivíduo em E.V.P. Só assim seremos capazes de concluir por uma essencialidade material comum entre aquelas realidades, ou pelo contrário, por uma especificidade material incompatível com a aplicação analógica do regime da morte presumida à realidade do E.V.P.

Assim, antes de uma exposição, ainda que gráfica para melhor alcance do raciocínio que pretendemos vingar, adiantamos, desde já, alguns considerandos enquanto verdadeiros alicerces do regime que ousamos criar.

Assumimos em relação às duas realidades uma essencialidade comum restrita à necessidade de tutela do patrimônio do morto presumido e do vegetante desde o momento da ausência daquele ou do momento da inconsciência e insusceptibilidade do uso da razão deste, e à necessidade de tutelar os legitimamente interessados na guarida daquele patrimônio.

Adiantámos de imediato que, a semelhança do ponto vertido supra, é mais aparente do que se possa à vista desatenta concluir, porquanto, no que à curadoria provisória concerne, sempre se aceitará a legitimidade para o requerimento daquela alicerçada na probabilidade verosímil do regresso do ausente. A amplitude da referida legitimidade não poderá ser aplicável por analogia à realidade do E.V.P., pelo que, a condição clínica deste torna irreprestáveis a consciência e o uso da razão.

Deste modo, antecipamos a possibilidade de uma curadoria transitória¹⁶⁶, cuja legitimidade para a requerer, circunscrever-se-á àqueles cuja curadoria definitiva pudessem requerer¹⁶⁷. Relembramos que, estando a *ratio* da curadoria definitiva alicerçada na conservação do patrimônio do ausente, impõe-se, sem prejuízo do explanado, o afastamento do cônjuge que outorgou pacto renunciativo em convenção antenupcial, aceitando-se, no entanto, a legitimidade do cônjuge separado de pessoas e bens, uma vez que este, ao contrário daquele, não é afastado da classe de sucessíveis aquando da partilha

¹⁶⁶ Assumimos a terminologia, quer pela sua maior adequação à condição clínica do vegetante (consolidando-se como iminente a irreversibilidade daquela), quer pela necessidade de obviar duplicação de terminologia legal já positivada em Código Civil vigente.

¹⁶⁷ A curadoria definitiva alicerça-se na possibilidade, cada vez mais premente, da morte do ausente, pelo que somos do entendimento que se aplicará, por analogia, a legitimidade prevista para aquela, à procuradoria transitória, conjeturada para o ausente.

imposta pela dissolução do casamento por morte. Em todo o demais, deverá aplicar-se o referido regime, sem prejuízo das devidas adaptações.

Assumimos também a inutilidade jurídica do regime da curadoria definitiva à realidade do vegetante, já que é aquele regime consumido pela consolidação do diagnóstico de E.V.P. a partir dos 3 ou 12 meses, dependendo da causa clínica que lhe subjaz.

Debruçando-nos, ainda, sobre a materialidade que convoca um regime legal inovador, aceitando a extinção da capacidade jurídica do morto presumido e a incapacidade de facto do vegetante, relembramos que aquela, apesar de presumida pela presunção de cessação da personalidade jurídica decorrente da, não menos presumida, morte do ausente, sempre se consolida juridicamente (ao contrário do que acontece com a incapacidade de facto do vegetante). Uma consolidação, que embora alicerçada num raciocínio mediato, impõe os efeitos decorrentes da morte real, sem prejuízo das irrelevantes ressalvas já “querelizadas” em relação à não dissolução do vínculo conjugal.

No que ao vegetante concerne, atesta-se uma incapacidade de facto decorrente de uma condição de inconsciência e insusceptibilidade do uso da razão de forma perpétua e clinicamente atestada, sem prejuízo de defendermos a subsistência de uma personalidade jurídica atípica, caracterizada pela inócua capacidade de facto daquele. Apesar da irreversível incapacidade de facto do vegetante, não se produzem os mesmos efeitos jurídicos decorrentes da presumida incapacidade jurídica do, não menos presumido, morto.

Assumimos que, permanecendo a incapacidade de fato do vegetante, não reconhecida *ipso iure*, são variados e sérios os prejuízos para os sucessíveis, cônjuge ou unido de facto e credores daquele, atirando-os para um fosso de desigualdade quando confrontados com os seus homólogos no que ao morto presumido concerne¹⁶⁸.

Neste sentido, concordamos com a autonomização da capacidade jurídica da personalidade jurídica, porquanto, discordamos que estas realidades possam ser

¹⁶⁸ A incapacidade decorrente da declaração judicial de morte presumida impõe-se como incapacidade jurídica presumida, decorrente da presumida cessação da personalidade jurídica, também ela consequência da presumida morte. Um raciocínio de consequências mediatas sem que por isso deixe de merecer acolhimento legal, num verdadeiro amparo para àqueles cujo interesse, naquela declaração judicial, a lei reconhece.

equiparadas face à evidência da subsistência desta última no vegetante, ainda que, arredada qualquer suscetibilidade de capacidade de exercício e de gozo de direitos imposta pelo seu eterno estado de inconsciência.

Defender diferente, implicaria extinguir a personalidade jurídica do vegetante, por lacunosa a capacidade jurídica deste àquela equiparada, extinguindo também a tutela geral da personalidade daquele, ao arrepio do respeito pela dignidade da pessoa humana.

Atendendo a tal contexto, não negamos que é a suscetibilidade de ser titular de direitos, ainda que de forma restrita, que alicerça a *ratio* das relações, pessoais e patrimoniais, capazes de serem assumidas, ou mantidas, pelo indivíduo.

Questionamos assim, qual a solução jurídica se a possibilidade de ser titular de relações jurídicas for inócua, sendo irreprestável a posição outrora assumida naquelas? Será de aceitar a relutância do legislador em equiparar os efeitos da incapacidade de facto do vegetante aos efeitos da cessação da personalidade jurídica decorrentes da morte real, nos termos do artigo 68º do C.C., e da declaração judicial de morte do ausente a esta equiparada? Será de manter indefinidamente duntas relações, à espera da finitude humana do vegetante imposta pela sua morte biológica? Será de aceitar a semantização jurídica imposta pela relutância do legislador civil em aceitar a não contemporaneidade da cessação da personalidade jurídica com a finitude humana?

Após introspeção cuidada de ambas as realidades, somos do entendimento que têm apenas em comum a inquietante e angustiante realidade de incerteza para os que lhe são próximos, sendo o fundamento desta incerteza distinto de acordo com a realidade em apreço. Assim, o desolo, no que ao ausente concerne, centra-se na incerteza da sua existência decorrente da ausência injustificada que se perpetua indefinidamente, sendo de supor que a mesma se consolida progressivamente na evidência de morte daquele.

Relativamente ao vegetante, sempre se perceberá como angustiante o assistir a uma condição clínica de total arreatividade e desapego da realidade exponenciada pela incerteza do momento da sua finitude, adensando-se, pelo prolongar do tempo, a certeza da irreversibilidade daquela condição clínica.

São assim, a incerteza do paradeiro do ausente e a fatalidade de morto-vivo do vegetante, duras realidades de experienciar, pelo que, deve o amparo jurídico, amenizar tamanha angústia, bem como, assumir-se como garante da dignidade humana do vegetante

e da sua realidade. Ademais, em ambas as situações assume-se a incapacidade, sendo que no caso do ausente judicialmente declarado morto aquela é meramente presumida, sem que por isso se deixe de se assumir juridicamente, apesar de reprecinável pelo inverosímil regresso do ausente; pelo contrário, e no caso do vegetante, a sua incapacidade, assume-se, *ipso facto*, apesar de irreprecinável a consciência e suscetibilidade do uso da razão.

Podemos então antecipar que na maioria das vezes, e face à utópica possibilidade de regresso do ausente, a incapacidade de facto é, tendencialmente, um aspeto comum entre ambas as realidades.

Relativamente à tutela geral da personalidade, sem prejuízo de sucederem os legítimos em ações dela decorrentes, reserva-se ao morto presumido a tutela dos direitos compatíveis com a finitude humana, que não se extinguem com a cessação da personalidade sobrevivendo a esta.

Ao vegetante, reserva-se a tutela dos direitos de personalidade compatíveis com a defendida personalidade jurídica atípica, *in casu*, os direitos de personalidade que não decorram da autodeterminação e autonomia do vegetante. Assim, permanecem tuteláveis, além dos direitos de personalidade que sobrevivem à morte (como no morto presumido), os direitos de personalidade reconduzíveis ao núcleo essencial da dignidade humana, como o direito à vida, à saúde, à integridade física e à proteção social.

Relativamente à condição do vegetante, impõe-se, face às tarefas do Estado, constitucionalmente garantidas, uma tutela simultânea, quer deste, com acesso a respostas de saúde diferenciadas, quer dos seus familiares, ditando-se, mais do que um mínimo de subsistência, um mínimo de existência.

São os familiares do vegetante, legítimos para requerer, após declaração judicial de E.V.P., as mesmas prestações sociais que os seus homólogos tenham direito após declaração judicial de morte presumida (pensão de viuvez ou pensão de órfão, ou os efeitos decorrentes da cessação da união de facto por morte do unido de facto).

Defendemos ainda, uma tutela alicerçada na equiparação dos efeitos da declaração judicial de E.V.P. aos efeitos emergentes da declaração judicial de morte presumida, sem prejuízo de se defender que, além dos efeitos patrimoniais decorrentes desta, deverão assumir-se os efeitos pessoais em equiparação com os decorrentes da morte real.

Defendemos a dissolução do casamento do vegetante imposta pela inexigibilidade da manutenção de um vínculo conjugal com indivíduo inconsciente e insuscetível do uso da razão¹⁶⁹. Acrescentamos, que a possibilidade de divórcio sem consentimento do vegetante, motivado pela inexigibilidade da manutenção do vínculo conjugal, impõe o afastamento, tendencialmente oneroso, prejudicial e injustificado do cônjuge do vegetante do fenómeno sucessório, o que não se aceita ou tão pouco se compreende. Em homogenia, defendemos a cessação da união de facto nos mesmo termos que os previstos para a morte real ou presumida do unido de facto.

Por maioria de razão, devem os pactos renunciativos, manter a sua validade e eficácia, porquanto não deve o cônjuge do vegetante ter mais direitos com aquela declaração judicial do que os que teria perante a morte real, nos termos do artigo 68º, nº1 do C.C..

Não verificada a possibilidade de analogia do regime da morte presumida à realidade do indivíduo em E.V.P., e movidos pelo respeito pela sistemática do atual Código Civil, arriscamos num regime positivado de forma extravagante, sem prejuízo das devidas remissões para a lei substantiva, processual e registral, sempre que assim se justifique.

É assim nossa convicção, a inaplicabilidade do regime vertido nos artigos 114º e seguintes do C.C. à realidade do E.V.P., porquanto, e embora se indiciasse uma realidade materialmente próxima, a mesma demonstrou-se mais distinta do que podíamos à primeira vista especular.

Para melhor entendimento e confrontação das realidades em apreço, ousamos uma abordagem sintética, cuja análise, ainda que célere e despretensiosa, sempre sustentará a escolha por um regime *iure constituendo*.

¹⁶⁹ Opomo-nos assim, e em confronto com o regime da morte presumida, à relutância do legislador na indissociabilidade do casamento, cuja inutilidade jurídica já amplamente se decalçou.

	Morto presumido	Indivíduo em E.V.P.
Personalidade jurídica	Presumidamente cessada	Mantida, ainda que atípica
Incapacidade	<i>ipso iure</i>	<i>ipso facto</i>
Causa da incapacidade	Morte presumida e consequente presumida cessação da personalidade	Estado de inconsciência e não uso da razão irreversíveis
Natureza da incapacidade	Presuntiva	Reconhecida clinicamente
Consolidação da (In)Capacidade jurídica	Represtável pelo regresso do ausente	Irreprestável pela irreversibilidade do diagnóstico
Efeitos patrimoniais	Equiparados aos da morte nos termos do artigo 68 n.º1 do C.C.	Inexistentes
Proteção Social aos sucessíveis, cônjuge ou unido de facto	Se preenchidos os requisitos legais	Inexistente
Proteção Social ao morto presumido e ao vegetante	inexistente	Existente mantendo-se o direito à saúde em Unidades de Cuidados Continuados; Pensão de invalidez, Apoio à terceira pessoa;
Efeitos pessoais	Permitidas as segundas núpcias do cônjuge do morto presumido, apesar da não dissolução do vínculo conjugal – bigamia legal. Cessa a união de facto	Inexistentes Mantém-se o vínculo conjugal ou a união de facto
Divórcio sem consentimento do outro	Inexigibilidade, ou separação de facto, ou	Inexigibilidade, ou separação de facto, ou

cônjuge (fundamento legal)	ausência de notícias por mais de um ano (artigo 1781 al. a), c) e d) do C.C.)	alteração das capacidades mentais do outro cônjuge por mais de um ano que pela sua gravidade impeçam a vida em comum (artigo 1781 al. a), b) e d) do C.C.)
----------------------------	-------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tabela 4 - Morte presumida VS. indivíduo em E.P.V.

DL n.º 1234/21, de 21 de dezembro de 2021

Regime de proteção ao indivíduo em Estado Vegetativo Persistente

Artigo 1º - Conceito

Considera-se em Estado Vegetativo Persistente ou vegetante o indivíduo que:

1. por causa metabólica ou degenerativa permaneça mais de 3 meses num estado clínico de inconsciência e não uso da razão;
2. na sequência de uma causa traumática crânio-encefálica, ou por encefalopatia pós anóxia, permaneça por mais de um ano nos mesmo termos que os descrito no número anterior;

Artigo 2º - Requisitos Formais

1. Deverão as declarações de Estado Vegetativo Persistente ser devidamente fundamentadas com recurso à clínica e exames complementares de diagnóstico;
2. A declaração nos termos supra deve ser outorgada por médico neurologista e ratificada pelo Sistema de Verificação de Incapacidades (SVI);

Artigo 3º - Eficácia da Declaração de E.V.P.

1. A declaração descrita no artigo anterior, produz os seus efeitos a partir da declaração judicial daquela, devendo fixar a data em que se consolidou o E.V.P.;
2. Considera-se eficaz a declaração judicial do E.V.P, desde o trânsito em julgado da homologação daquela;

3. A sentença deve ser averbada ao assento de nascimento, nos mesmos termos que a morte presumida, com referência à data mencionada no nº1;

4. A sentença deve ser averbada ao assento de casamento, nos mesmos termos que a morte real com referência à data mencionada no nº1;

Artigo 4º - Legitimidade

Têm legitimidade para requerer a declaração judicial de E.V.P.:

- a) O Cônjuge ou unido de facto do vegetante;
- b) Os herdeiros do ausente e todos os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente da condição da sua morte;
- c) Pode qualquer interessado, nos termos das alíneas supra, requerer ao Ministério Público que promova junto do Tribunal a declaração judicial do E.V.P.

Artigo 5º - Património do vegetante

1. Até declaração judicial de E.V.P. deve aplicar-se o regime da curadoria transitória descrita nos termos do artigo seguinte;

2. Têm legitimidade para requerer a curadoria transitória, mediante apresentação de declaração da provável consolidação do indivíduo em E.V.P.:

- a) Os herdeiros legitimários;
- b) O cônjuge, ainda que separado de pessoas e bens;

3. Não tem legitimidade para requerer a curadoria transitória o cônjuge que outorgou pacto renunciativo nos termos do artigo 1700º, al. c) do C.C.

Artigo 6º - Curadoria Transitória

1. Quando haja necessidade de prover acerca da administração dos bens daquele que permaneça em estado de inconsciência e impossibilidade do uso da razão por tempo indeterminado, por mais de três meses, sem ter deixado representante legal ou procurador, deve o Tribunal nomear um curador transitório, mediante apresentação de declaração médica em conformidade com tal condição, acrescida da indeterminabilidade temporal da mesma.

2. Deve igualmente ser nomeado curador transitório àquele que se encontre nas condições descritas no número anterior, se o procurador não quiser ou não puder exercer as suas funções.

3. Pode ser designado para certos negócios, sempre que as circunstâncias o exijam, um curador transitório especial.

4. A curadoria transitória caduca com homologação da declaração judicial de E.V.P..

Artigo 7º - Abertura de testamentos

Declarada judicialmente a condição de E.V.P., o Tribunal, requisitará certidões dos testamentos públicos e mandará proceder à abertura dos testamentos cerrados que existirem, a fim de serem tomados em conta na partilha.

Artigo 8º - Entrega de bens aos legatários e outros interessados

Os legatários, como todos aqueles que, por morte do vegetante, teriam direito a bens determinados, podem requerer, logo que a declaração judicial de E.V.P. esteja homologada e independentemente da partilha, que esses bens lhes sejam entregues.

Artigo 9º - Entrega dos bens aos herdeiros

1. A entrega dos bens aos herdeiros do vegetante, após a declaração prevista no artigo 2º, ou aos herdeiros dos que depois tiverem falecido, só tem lugar depois da partilha.

2. Enquanto não forem entregues os bens, a administração deles pertence ao cabeça-de-casal, designado nos termos dos artigos 2080º e seguintes do C.C..

Artigo 10.º Efeitos da declaração judicial de E.V.P.:

1. A Declaração Judicial de E.V.P., equipara-se à morte, nos termos do artigo 68º do C.C., sem prejuízo de não cessar a personalidade jurídica como previsto no nº1 daquele preceito;

2. A Declaração Judicial de E.V.P. extingue a capacidade jurídica do vegetante desde o momento da eficácia daquela;

3. A declaração judicial de E.V.P. produz os mesmos efeitos que a morte nos termos da lei civil:

a) Dissolve o casamento;

b) Impõe a cessação da união de facto, para os efeitos previstos na Lei 7/2001 de 11 de maio;

c) Impõe a abertura da sucessão;

d) Extingue as obrigações que dependam da vida do vegetante;

e) Cessa a curadoria transitória;

4. O cônjuge que tenha outorgado pacto renunciativo só poderá ser chamado à partilha nos termos da lei civil;

5. São concedidos aos filhos e cônjuge/unido de facto do ausente todas as prestações sociais que teriam direito por morte real do vegetante, sem prejuízo da proteção social daquele em unidades especializadas à sua condição.

6. Podem os interessados arguir a invalidade dos negócios jurídicos realizados pelo vegetante, dentro do ano subsequente à declaração judicial de E.V.P..

Artigo 11º - Tutela Geral da Personalidade após declaração Judicial de E.V.P.

1. São garantidos ao vegetante todos os direitos de personalidade que não decorram da sua autodeterminação e autonomia;

2. São assim reservados ao vegetante:

a) O direito à vida;

b) O direito à integridade física;

c) O direito ao bom nome, à imagem e à reserva da vida privada;

d) O direito à saúde e à proteção social.

Pensámos, sem prejuízo da humildade jurídica que se impõe, ter alcançado uma proposta de um regime jurídico em conformidade com o respeito pela unidade jurídica e dignidade da pessoa humana, que se reserva a qualquer comum mortal, porquanto, ainda que amiúde realidade, não deverá esta permanecer por tutelar. Impõe-se assim a convolação da incapacidade *ipso facto do vegetante*, em incapacidade *ipso iure*, sendo a evolução científica garante da segurança e certezas jurídicas.

Conclusão

Aqui chegados, munidos de todos os conceitos apresentados e expostos, dogmatica e criticamente, sem prejuízo dos contributos doutrinários e jurisprudenciais, cremos estar em condições de tecer um leque de conclusões válidas e congruentes com o fio condutor percorrido.

Depois de dissecar, quer os conceitos de morte (e seus critérios de determinação), de dignidade da pessoa humana, de direitos fundamentais, de personalidade e capacidade jurídicas, de E.V.P. (com alusão ao seu diagnóstico, prognóstico, tratamento); quer a tutela reservada à realidade do vegetante, efetiva ou emergente dos regimes jurídicos da eutanásia, DAV e maior acompanhado, estaremos em condições de antecipar algumas conclusões.

O E.V.P., descrito e comprovado cientificamente como condição clínica de total e irreversível inconsciência e insusceptibilidade do uso da razão, concretiza-se num verdadeiro morto-vivo, assumindo-se como um não menos verdadeiro, limbo jurídico, permanecendo intuteláveis os interesses dos sucessíveis, cônjuge ou unido de facto e credores daquele, ao arrepio da igualdade material desejada perante a confrontação com o regime da morte presumida.

De facto, a realidade do indivíduo em E.V.P., bem como da sua família, não possui qualquer conforto, quer nos regimes legais positivados, quer no eventual regime legal da eutanásia, cuja inconstitucionalidade, até hoje firmada, a afasta por ora da sua positivação no ordenamento jurídico português.

No que às DAV concerne, somos da opinião de um pseudo consentimento, porquanto nunca se poderá antecipar verdadeiramente uma condição clínica ao ponto de se declarar de forma ponderada, livre e esclarecida as atitudes autorizadas, ou negadas, à equipa de saúde, em relação ao processo terapêutico, quando, e se, aquela condição se confirmar. Ademais, podendo as DAV, devidamente outorgadas e válidas, incidir sobre a manutenção ou suspensão da hidratação e nutrição artificiais, dificilmente estas terapêuticas serão cessadas. De facto, fica a vontade do vegetante sujeita ao crivo da qualificação daquelas medidas como fúteis, podendo aquelas determinarem o protelamento de uma morte real e anunciada, além da morte neocortical constatada.

Finalmente, não estando outorgada a DAV, a inconsciência irreversível do

vegetante impede que tal venha alguma vez a acontecer, deixando as decisões relativas à sua condição clínica, sujeitas à discricionariedade da equipa de saúde.

Relativamente à eutanásia, nas suas modalidades ativa ou passiva, e conjeturando a sua posituação, ao arrefios dos dilemas constitucionais e bioéticos que se impõem, esta seria também inaplicável ao vegetante, quer pela ausência de consciência deste, que o permitisse solicitar o suicídio assistido, quer pela evidência de uma condição despojada de sofrimento intolerável e atroz que, num espírito de alteridade e solidariedade, legitimasse a administração de fármacos que provocassem a morte ou, tão só, e indiretamente, impusessem a finitude humana.

Finalmente, no que ao regime do maior acompanhado se atesta, relembramos que o mesmo decorre da mudança de paradigma que declinou na revogação do modelo dualista, outrora positivado nos revogados regimes da inabilitação e da interdição. Assim, de acordo com o novo regime, movido pelo superior interesse do acompanhado, deve, a este, ser-lhe reconhecido o máximo de autonomia possível para o exercício dos seus direitos e cumprimento dos seus deveres, impondo-se o mínimo de ingerência na sua esfera jurídica.

No entanto, entendemos que este modelo monista esvazia a possibilidade de aplicação adequada à realidade do E.V.P.. Acrescentamos que, não existindo qualquer consciência ou capacidade de facto do vegetante, ficará aquele regime aquém da ratio que o alicerçou e, bem assim, destinado ao insucesso. Entendemos ainda que, nem tão pouco a representação do vegetante cumpre a sua função, uma vez que os direitos pessoais são insuscetíveis daquela ou insupríveis.

Não refutando a certeza do diagnóstico ou do prognóstico, alicerçada nos exames complementares de diagnóstico e na clínica do vegetante, decorrente da evolução da medicina e da tecnologia, aceitamos a inexistência de qualquer capacidade de facto, sendo inócua a medida da capacidade de exercício e de gozo de direitos do vegetante.

Perante a realidade do E.V.P., defendemos a consolidação de uma personalidade jurídica atípica, despojada de qualquer capacidade de exercício ou de gozo de direitos, pelo que a suscetibilidade de exercício direitos ou cumprimento de deveres, surge como uma expectativa inconcretizável. Assim, deve esta realidade ser tutelada, ainda que, com as devidas adaptações, em homogenia com a realidade do morto presumido, já que nesta a cessação da personalidade jurídica é decorrência daquela presunção, impondo-se a

extinção da capacidade jurídica como consequência da mesma.

Somos do entendimento da não equiparação da personalidade jurídica à capacidade jurídica, e da autonomização desta em relação àquela. Assumimos em aresto que, embora se conceba a personalidade sem a capacidade jurídica, o inverso não se verifica, porquanto é aquela pressuposto e precedente desta.

Não nos arreperia conceptualizar uma personalidade jurídica atípica, despida de qualquer capacidade jurídica, enquanto medida de uma suscetibilidade de titularidade de relações jurídicas que se encontra, com a declaração de E.V.P., definitivamente aniquilada.

Defendemos que, pela *ratio* de qualquer relação jurídica, de carácter pessoal ou patrimonial, deve a extinção irreversível da capacidade de exercício e de gozo do vegetante, defendida nos termos supra, impôr os efeitos decorrentes da morte real ou biológica, *in casu*, a dissolução do casamento, a cessação da união de facto, a abertura da sucessão e a extinção das obrigações dependentes da vida do vegetante. Defendemos também a efetiva proteção social, quer do vegetante, quer do seu agregado familiar.

Assumimos, em relação ao vegetante, a necessidade de manutenção de cuidados de saúde em Unidades de Cuidados Continuados, devendo estes cuidados continuarem a serem comparticipados, nos termos legais, pelo Estado, sem qualquer prejuízo na atribuição das prestações sociais que o vegetante tenha direito, desde que preenchidos os respetivos requisitos.

Relativamente aos elementos do agregado familiar do indivíduo em E.V.P., poderão estes requerer as prestações sociais que teriam direito no caso da morte real do vegetante, evitando-se assim a onerosidade daquela condição ao agregado familiar, com manifesto prejuízo para o mínimo de existência do mesmo, em claro desrespeito pelo princípio da igualdade em geral, e da equidade em especial.

Permanecendo a situação de limbo jurídico do vegetante, com as inúmeras consequências para o seu contexto, fazendo perigar a dignidade dos seus familiares, bem como as oportunidades a eles concedidas, em total assimetria com a tutela da realidade do morto presumido, ousamos antecipar um regime jurídico capaz de reconhecer os efeitos decorrentes da atipicidade da personalidade jurídica do vegetante. Um regime que se concretize como garante da não semantização do Direito, cujo reconhecimento se impõe em respeito pelo princípio da igualdade decorrente da dignidade da pessoa humana.

Pela ousadia da proposta, imposta pela tradição jurídica, no que aos conceitos em que o regime proposto se alicerça, optamos por conjecturar um regime positivado em lei extravagante, sendo a extravagância do regime garante da mitigação daquela ousadia jurídica. Um regime legal que, respeitando a sistematização do atual código, imponha as devidas remissões quer para este, quer para a lei adjetiva e registral, em prole de um regime válido e dotado de congruência e unicidade jurídica.

Surge uma proposta de solução legal, imbuída do regime da curadoria provisória, em alternativa ao regime do maior acompanhado, porquanto nos parece mais adequado pelo já supra exposto.

De facto, a materialidade do E.V.P., impõe que a curadoria proposta tenha uma baliza temporal definida *op legis*, de acordo com os critérios clínicos que ditam a consolidação daquele estado. Assim, será uma curadoria aplicável só, e apenas até ser possível requerer a declaração judicial de E.V.P., em salvaguarda do património do vegetante. Diferentemente do que acontece com a curadoria provisória, prevista para o regime da ausência, e face à probabilidade manifesta da irreversibilidade do estado de inconsciência do enfermo, será a legitimidade restrita aos seus sucessíveis e ao cônjuge (na ausência de pacto renunciativo aquando da convenção antenupcial).

Pelas adaptações impostas pela materialidade distinta entre as duas realidades mencionadas, e para melhor entendimento e respeito pela sistematização civil, optámos por conceptualizar a curadoria do vegetante como transitória, aceitando o termo, mais em conformidade com a realidade do vegetante, porquanto uma diligência, expectavelmente, mais efémera que a curadoria provisória.

No que à curadoria definitiva concerne, esta será de todo inaplicável à realidade do E.V.P., na medida em que, e nos termos da lei civil, aquela será consumida pela solução proposta. Podendo a curadoria definitiva ser requerida a partir dos dois ou cinco anos desde as últimas notícias do ausente, consoante exista ou não representação legal, e assumindo-se a declaração judicial de E.V.P. a partir dos 3 ou 12 meses, de acordo com a causa subjacente àquela condição, *in casu*, degenerativa ou traumática, sempre se aceitará a consunção daquela, por esta.

Evitando a possibilidade de abuso de direito pelos sucessíveis, pode a declaração judicial de E.V.P. ser requerida junto do Ministério Público, por qualquer interessado,

momento, os sucessíveis, cônjuge ou unido de facto, e credores do vegetante.

Ousamos assumir um regime em congruência com o princípio da unidade jurídica, sem deixar de respeitar a realidade do vegetante, impondo-se como uma proposta em conformidade constitucional com o respeito pela dignidade humana, sem prejuízo do respeito pela tutela geral da personalidade daquela decorrente.

Aqui chegados, julgamos ter alcançado o objetivo a que nos propusemos, e ainda que utopizando uma solução legal, cuja controvérsia e querela jurídica antecipamos, somos do entendimento que a materialidade das realidades em confronto, *in casu*, o E.V.P. e a morte presumida, justificam um regime *iure constituendo*.

Assumimos que as diferenças entre as realidades expostas, impedem a aplicação analógica do regime da morte presumida à realidade do E.V.P.. Defendemos que com a eficácia da declaração judicial do E.V.P, nos termos legais por nós propostos, deverão desencadear-se os efeitos, pessoais e patrimoniais, da morte real ou biológica. Negamos a caprichosa, e juridicamente irrelevante, indissolubilidade do vínculo conjugal, previsto no regime da morte presumida, afastando-nos do exercício da bigamia legal naquele permitido.

A opção por um regime *iure constituendo*, alicerça-se na necessidade de tutela do morto-vivo. Assim, permanecendo a personalidade jurídica do vegetante, ao invés de presumidamente cessada, deverá também permanecer o reconhecimento dos direitos de personalidade com aquela condição compatíveis. Mantém-se também a tutela geral da personalidade relativa aos direitos de personalidade que sobrevieram à declaração judicial de E.V.P., sem prejuízo da inevitável representação em juízo do vegetante por aqueles aos quais a lei reconhece interesse.

Concluimos que, mais do que regular a realidade do E.V.P., por amiúde que se constate, impõe-se o respeito pela dignidade da pessoa humana, reconhecido a todos por igual, devendo o Estado de Direito Democrático, naquela alicerçado e nele centrado, assumir todas as medidas necessárias para a efetivação daquele respeito. Mais do que um humanismo semântico, a realidade do E.V.P. clama por um reconhecimento *ipso jure*, conducente a uma solução capaz de tutelar quer o vegetante, quer a sua realidade, sendo que, no respeito pela unidade jurídica, e sem prejuízo da segurança e certeza jurídica que qualquer ordenamento jurídico reclama, impõem-se o respeito pela dignidade da pessoa

humana enquanto alicerce de qualquer Estado de Direito.

Bibliografia

Abel, f., Camacho, j., Cambra, F., & terribas, N. (2004). el debat bioético en el estado vegetativo. *Revista Bioética e deba*.

Abre, G. A., Carmenates, E. M., & Curbelo, C. M. (2020). Caracterización clínica e imagenológica de pacientes con. *Revista Cubana de Neurología y Neurocirugía*.

Almeida, J. (6). A presunção de morte e o impedimento do vinculo. *Revista Ordem dos Advogados*(3 e 4).

Andrade, M. A. (2003). *Teoria geral da relação jurídica* (Vol. I). Coimbra: Almedina.

Antunes, L., & Lesseps, J. (1985). O diagnóstico da morte cerebral. *J Soe Ciências Méd Lisboa*, 307-9.

Antunes, L., Freitas, A. F., & António Vaz Carneiro. (2005). Parecer sobre o Estado Vegetativo Persistente. *CNECV*. Obtido em setembro de 2021, de <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-sobre-o-estado-vegetativo-persistente-45-cneqv-2005>

Auma, P. O. (2016). Tratamento e cuidado dos pacentes em estado vegetativo persistente: um debate de vida e de morte. *Revista Eletrônica Espaço Teológico*, 10(17), 267-276.

Barbas, S. (2009). Morte e Dignidade Humana numa Perspetiva Jurídica. *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*, pp. 81-92.

Barboza, F. (Agosto de 2019). Curiosidades sobre o coma. Brasília, Brasil. Obtido de <https://blog.grancursosonline.com.br/curiosidades-sobre-o-coma/>

Beltrão, S. R. (2010). Direito da personalidade- Natureza juridica, delimitação do objeto e relações com o direito constitucional. Em J. B. Menezes, *Dimensões Jurídicas da Personalidade na Ordem Constitucional Brasileira* (1ª ed., Vol. 1, pp. 471-489). Florianopolis.

Boscán, L. (Vol. 31, núm. 5 de 2015). En: Opción. *La Bioética Feminista y la construcción actual del género*, pp. 162-188.

Botelho, C. S. (2015). *Os direitos sociais em tempos de crise – Ou visitar as normas programáticas.*. Coimbra: Almedina.

Botelho, C. S. (nº21 de 2017). A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? *Revista Portucalense, revista Juridica*.

Brito, A. J., & Rijo, J. M. (2000). *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal. Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?*. Coimbra: Almedina.

Brito, T. Q. (2017). Crimes contra a vida: questões preliminares. Em T. Q. Morão, *Direito Penal. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora.

Cabral, R. (2000). *A dignidade da pessoa humana- Temas de etica*. Braga: Faculdade de Filosofia.

Capelo de Sousa, R. (2005). *O Direito Geral de Personalidade*.

Carvalho, O. d. (2012). *Teoria Geral do Direito Civil* (3ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Cattorini, P., & Reichlin, M. (1997). *Persistent vegetative state: a presumption to treat. Theoretical Medicine, Vol. 18*. Netherlands.

Cifuentes, S. (1995). *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires : Astrea.

CNECV. (1999). *Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana (26/CNECV/99)*. Documento de Trabalho, Lisboa. Obtido em 18 de outubro de 2021, de <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres/reflexao-etica-sobre-a-dignidade-humana-26-cnecv-99>

CNECV. (2017). *Parecer N.º 95/CNECV/2017 sobre a transmissão de informação relativa às Diretivas Antecipadas de Vontade*. Lisboa. Obtido em 10 de setembro de 2021, de <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-95-cnecv-2017-sobre-a-transmissao-de-informacao-rela>

CNECV. (19 de abril de 2018). *Parecer N.º 102/CNECV/2018 sobre a Proposta de Lei n.º 110/XIII/3.ª (GOV) Estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação*. Obtido em 10 de setembro de 2021, de <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-102-cnecv-2018-sobre-a-proposta-de-lei-n-o-110-xiii>

Coelho, F. P., & Oliveira, G. d. (1981). *Curso de Direito da Família - Volume I - Introdução/Direito Matrimonial* (5ª ed.). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

Comte-Sponville, A. (2005b). Amar a vida até ao fim. . *Deve a eutanásia ser legalizada?*, pp. 17-35.

Comte-Sponville, A., & Ferry, L. (1999). *A Sabedoria dos Modernos*. São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins.

Costa Andrade, M. d. (2004). *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Coimbra: Coimbra Editora.

Costa Gonçalves, D. (2015). Personalidade vs capacidade- um regresso ao monismo conceptual. *Revista da Ordem dos Advogados*, 75(1).

Couto, G. (2016). *A Eutanásia Descodificada. Um Guia para o debate/referendo*. Lisboa: Edições Parténon.

Cunha Gonçalves, L. d. ((1929)). *Tratado de Direito Civil. i*.

Dias Pereira, A. (Numero Especial de 2014). Diretivas antecipadas de Vontade em Portugal. *JULGAR*.

Dias Pereira, A. (dezembro de 2017). O consentimento informado em Portugal: Breves Notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de França*, 12(2).

Dias, C. I. (2013). A Eutanásia: Os trilhos litigantes entre o direito e uma morte digna e o direito à vida-perspectiva jurídico penal. *Dissertação de Mestrado*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra.

Diogo, L. d., & Januário, R. (2007). *Noções e conceitos fundamentais de Direito*. Lisboa: Quid Juris.

E. Perea, M. D., Escalante, R., & Osvaldo Fustinoni, M. E. (2020). Suapensão do Suporte de vida em Estado Vegetativo Permanente e morte digna. *Medicina*, 80(1), 48-53.

Epicuro. (s.d.). *Carta a Meceneu*. Obtido em 16 de Outubro de 2021, de <https://criticanarede.com/meneceu.html>

Esper, C., Campuzano, R. C., Clark, J. G., & Heredia, A. C. (março-abril de 2012). Estado vegetativo conceitos atuais. *Medicina Interno de México*, 28(2).

Estatuto do Serviço Nacional de Saúde - Decreto-Lei n.º 11/93, d. 1. (15 de janeiro de 1993). Obtido em 10 de setembro de 2021, de <https://www.sns.gov.pt/sns/servico-nacional-de-saude/estatuto-do-servico-nacional-de-saude/>

Fernandes, A. E. (2021). O inicio da personalidade jurídica. *RJBL*(3).

Figueiredo Dias. (1973). O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica. *As técnicas modernas de reanimação*.

Figueiredo Dias, J. d., & Brandão, N. (2012). “Art. 131.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (2ª ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

Freitas, F. d. (fevereiro de 1995). Parecer sobre Critério de Morte. 10/CNECV/95. Lisboa. Obtido de <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres/parecer-sobre-o-criterio-da-morte-10-cnecv-95>

Garcia Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Revista Derecho & Sociedad*. Obtido em 18 de outubro de 2021, de <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdia&AN=edsdia.ART0001438642&lang=pt-pt&site=eds-live&scope=site>

Garcia, E. M. (2003). *Direito de Família: princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. . França, SP: Editora de Direito Ltda.

Germano de Sousa, J. (março-abril de 2000). Uma Deontologia Específica para o Fim de Vida. *Revista da Ordem dos Médicos*(14).

Gillon, R. (1993). Pacientes em estado vegetativo persistente: uma resposta ao Dr. Andrews. . *Brit Med J*.

Gomes Canotilho, J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*. . Coimbra: Almedina.

Gonçalves, F. (2007). Conceitos e Critérios de morte. *Nascer e crescer- Revista do hospital de crianças Maria Pia*, XVI(4).

Gonçalves, L. C. (1929). *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.

González, J. A. (2011). *Código Civil Anotado - Volume I Parte Geral (artigos 1.º a 396.º)* (Vol. I). Lisboa: Quid Juris.

González, M. A. (2006). *Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas*. Belo Horizonte, Brasil .

Gouveia, J. B. (jan/junho de 2015). Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Revista DIREITO UFMS*, 35-85.

Guerreiro, J. A., & Vidigal., C. M. (1998). Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado. Lisboa. Obtido em setembro de 2021, de

https://www.irm.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/pdf/1998-parte-2/downloadFile/attachedFile_3_f0/par_4_1998.pdf?nocache=1216387968.15

Guichard Alves, R. (maio de 2015). Alguns Aspectos do Instituto da Interdição –. (e. Cej, Ed.) Obtido em 10 de setembro de 2021, de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf?id=9&username=guest

Hodelín, T. (2005). Paráfrasis sobre el estado vegetativo persistente. *Revista Bioetimed*, 1-3.

<https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/1-dignidade-do-ser-humano>. (s.d.). Obtido em 18 de setembro de 2021, de <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/1-dignidade-do-ser-humano>

Januário, R., & Figueira, A. (2009). *O crime de Homicídio a Pedido. Eutanásia. Direito a Morrer ou Dever de Viver*. Lisboa: Quid Juris.

Jennett, B. (2002a). *The Vegetative State - Medical facts, ethical and legal dilemmas*. . Cambridge: Cambridge University Press.

Jennett, B. (2005b). Thirty years of the vegetative state: clinical, ethical and legal problems. *Laureys S. (Ed.): Progress in Brain Research*, pp. 537-543.

Jennett, B., & Plum, F. (1972). Estado vegetativo persistente após dano cerebral. Uma síndrome em busca de nome.

Joaquim, T. (1999). *REFLEXÃO ÉTICA*. parecer, CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Lisboa. Obtido em 10 de setembro de 2021, de <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/reflexao-etica-sobre-a-dignidade-humana-26-cneqv-99>

Joaquim, T. (1999). *Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana*. Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

Jonas, H. (2006). *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC.

Judiciários, C. d. (fevereiro de 2019). O novo regime jurídico do maior acompanhado. *Brevissimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado em substituição dos regimes da interdição e da inabilitação - Lei 49/2018 de 14 de agosto*. Lisboa. Obtido em 10 de setembro de 2021, de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf

jurisprudencia.pt. (16 de setembro de 2014).
<https://jurisprudencia.pt/acordao/114819/>.

Kant. (1988). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa : Edições 70.

Kant. (18 de setembro de 2021). <https://jus.com.br/artigos/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant/2>).

Kovács, M. J. (2010). *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo.

Lepargneur, H. (2002). A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia. Em B. C. Pessini L, *Fundamentos de bioética* (pp. 177-188). São Paulo.

Lima, C. (2005). Do conceito ao diagnóstico de morte : controvérsias e dilemas éticos. *Rev. da Soc. Port. Med. Interna*, pp. 6-10.

Locke, J. (1999). *Ensaio sobre o entendimento humano. Introdução, notas e tradução de Eduardo Abranches de Soveral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Lopes Ribeiro, N. (9 de março de 2018). Parecer sobre proposta de Lei nº 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura. Obtido em 10 de setembro de 2021, de <blob:resource://pdf.js/db6e0bfd-4a60-4283-9a6b-b488966863ea#filename=2-%20ParecerCSM.pdf>

Lopes, A. M. (2001). *Os Direitos Fundamentais como Limite ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: Sergio Fabris.

Loureiro, J. C. (dezembro de 1994). Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? (Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico). *Cadernos de Bioética*,(8).

M.D.Milan. (2001). bioéticos del enfermo em estado vegetativo per-manente. *Cuadernos de bioética* , 70-76.

Mac-Crorie, B. (2004). O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho - (coord. António Cândido de Oliveira)*, pp. 151-174.

Mac-Crorie, B. (2013). *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina.

McCrudden, C. (2008). Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*, 19(4). Obtido em 18 de setembro de 2021, de <http://www.ejil.org/pdfs/19/5/1704.pdf>

Mendonça, A. M. (1992). Comas na urgência de um hospital central. *Acta Médica Portuguesa*.

Menezes Cordeiro, A. (2018). Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. *Revista de Direito Civil*.

Menezes Cordeiro, A. (s.d.). Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa. *EScrito destinado aos Estudos em Honra do Prof. Doutor Inocencio Galvão Telles*, 1229-1256. (C. C. Lisboa, Ed.) Lisboa.

Miranda Barbosa, M. (2019). *Revista Jurídica Luso- Brasileira*(1), 1449-1490.

Miranda, J. (1986). Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. (R. E. Constitucional, Ed.) (18), p. 132.

Miranda, J. (1999). *A Constituição e a dignidade da pessoa humana*. Lisboa: Didaskalia.

Miranda, J. (2018). *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora.

Mollaret, P. G. (1959). Le coma depasse: memoire preliminaire. pp. 3-15.

Mota Pinto, P. (2001). A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, pp. 527-558.

Mota Pinto, P. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Nunes, R. (1993). Dimensão ética da abordagem do doente terminal. *Ca-dernos de Bioética*, 13-48.

Nunes, R. (1996). Humanização na Doença Terminal. In: Comissões de Ética: Das bases teóricas à actividade quotidiana. Ponta Delgada: Centro de Estudos de Bioética (Açores),.

Oliveira, G., & Orlando de Carvalho, A. P. (2006). Consentimento Informado. *Centro de Direito Biomédico*.

Oliveira, I. T., & Mendes, M. F. (2010). A diferença de esperança de vida entre homens e mulheres: Portugal de 1940 a 2007. *Análise Social*, 194, pp. 115-138.

Oliveira, M. V. (dezembro de 1999). Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e sua aplicação no Tribunal do Júri. Brasil. Obtido em outubro de 2021, de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1072>

ordemdosmedicos.pt. (s.d.). Obtido em 18 de outubro de 2021, de https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Juramento_de_Hip%C3%B3crates.pdf

Osswald, W. (2016). *Morte a pedido: o que pensar da eutanásia*. Lisboa: Universidade Católica.

Otero, P. (2007). *Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I*. Coimbra: Almedina.

Pais de Vasconcelos. (2003). *Pedro Teoria Geral do Direito Civil* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Pallis, C. R. (1990). Handbook of Clinical Neurology: Head Injury. *Brainstem death*. In. Braakman .

Pessini. (2005). Leo Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. *Revista Bioética*, 13(2), 65-76.

Physicians, R. C. (2003). The permanent vegetative state: guidance on diagnosis and management. Report of a working party of the Royal College of Physicians. Obtido em setembro de 2021, de <http://bookshop.rcplondon.ac.uk/contents/47a262a7-350a-490a-b88d-6f58bbf076a3.pdf>

Pinto Monteiro, A. (abr./jun. de 2019). Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei 49/2018 . *Pensar, Fortaleza*, v. 24, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 201, 24(2).

Pinto Monteiro, A. (2019). Das incapacidades ao maior acompanhado— Breve apresentação da Lei n.º 49/201. Em CEJ, *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*. Lisboa. Obtido em 10 de setembro de 2021, de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf

Piperberg, M. (2017). vigilia inconsciente. Análisis de un caso de estado vegetativo y diferentes modelos de toma de decisión. *Rev. Bioética y Derecho*(40). Obtido em 10 de setembro de 2021, de https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200014

PVS, M.-S. T. (1994). *Medical aspects of the persistent vegetative state*. New England: New England Journal of Medicine.

R. Faria em L. Archer, J. B. (1996). O diagnóstico de morte: morte cerebral. *eds. Bioética*, pp. 372-377.

Raimundo, Â. O. (2014). O direito a uma boa morte: a procura de uma justificação para a não punibilidade da eutanásia ativa direta. *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses*. Coimbra.

Raposo, V. L. (2012). Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões. *Lex Medicinæ*.

Renaud, M. (FEv de 1999). A dignidade do ser humano como fundamentação ética dos direitos do homem. *Cultura e Informação*, 148(2), pp. 135-154.

Resta, G. (2002). La disponibilita del diritti fondamentali e i limiti dela dignita (noe a margine dela Carta dei Diritto.). *Rivista di Diritto Civile*, 48.

Rodrigues, Á. d. (fevereiro de 2015). Testamento Vital (Living-will) - Visão de relance sobre aspetos ético-jurídicos de uma figura controversa. *Data Venia - Revista Jurídica Digital*. Obtido em setembro de 2021, de https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p005-044.pdf

Roxin, C. (2000). A Apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia. *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, 32.

Santos, M. S.-C. (2003). Epidemiologia dos traumatismos crânico-encefálicos em Portugal. *Acta Médica Portuguesa*, pp. 71-76.

Saramago, J. (2009). *As Intermitências da Morte*. São Paulo: Companhia das Letras.

Sarlet, I. (2008). *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARLET, I. W. (2007a). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Sarmiento, D. A. (2004). Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. Em J. A. Sampaio, *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte (pp. 375-414.). Belo Horizonte: Del Rey.

School, H. M. (1968). *A definition of irreversible coma*. JAMA.

Semedo, J. (. (2018). *Morrer com Dignidade, A decisão de cada um. Tudo o que deve saber sobre a Morte Assistida*. Lisboa: Contraponto.

Serami, A. (1995). Perplexidades na neurociência contemporânea: O caso de pacientes em estado vegetativo persistente. *Cuadernos de Bioética*.

Serrão, D. (2001). Suicídio Assistido. Em L. Archer, *Novos Desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora.

Serrão, D. (2010). *A dignidade humana no mundo pós-moderno - Revista portuguesa de bioética: cadernos de bioética*. . Coimbra: Revista portuguesa de bioética: cadernos de bioética. .

Shemie, S. D. (2014). *International guideline development for the determination of death*. *Intensive Care Med*. 40.

Silva, M. O. (2017). *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer: Para um debate de Cidadãos*. Lisboa: Editorial Caminho.

Sousa, R. V. (1995). *O direito geral de personalidade: dissertação de doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora.

Tablada, R. H. (agosto de 2013). Aspectos puntuales del estado vegetativo persistente. *Medisan*, 17(8), 3077-3092. Obtido em setembro de 2021, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192013000800013&lng=es&nrm=

Tablada, R. H., & Curbelo, C. (setembro de 2011). Estado vegetativo persistente: un reto para las Neurociencias contemporâneas. *Revista Cubana de Neurología y Neurocirugía*.

Toma, V. G. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Revista Derecho & Sociedad*. Obtido em setembro de 2021, de <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdia&AN=edsdia.ART0001438642&lang=pt-pt&site=eds-live&scope=site>

Uría, M. A. (2020). La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada. *Vol. 29 (1)*.

Vaz Rodrigues, J. (2001). «*O Consentimento Informado para o Acto Médico No Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*», . Coimbra: Coimbra editora.

Vaz Serra, A. P. (1958). Objecto da Obrigação, A Prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*(74), 164-195.

Vaz, R. D., & Goedert, R. C. (jan-jun de 2018). O meu último desejo: o testamento vital. *Revista Aporia Jurídica- Revista Juridica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE* , 1. Obtido em 10 de outubro de 2021, de <https://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/141/140>

Veatch, R. M. (1975a). *The whole-brain-oriented concept of death: an outmoded philosophical formulation*. J. Thanatol.

Veatch, R. M. (1993b). *The impending collapse of the whole-brain definition of death*. Hastings Cent Rep.

Villas-Bôas, M. E. (2005). *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do fim de vida*. . . Rio de Janeiro: Forense.

wikipedia. (s.d.). https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_Portugu%C3%AAs_de_1867.

wikipedia.org. (s.d.). Obtido em outubro de 2021, de <https://pt.wikipedia.org/wiki/Personalidade>

Ziegler, J. (1977). *Os vivos e a morte: uma “sociologia da morte” no Ocidente e na diáspora africana no Brasil e seus mecanismos culturais* . Rio de Janeiro: Zahar Editores.

Zuben, N. A. (1998). *Questões de Bioética: morte e direito de morrer*.

Jurisprudência citada

Ac.s do Tribunal Constitucional

Proc. n.º 83-0006, 11 de abril de 1984, Relator: Juiz Conselheiro Vital Moreira;

Proc.: n.º 274/90, 26 de março de 1996 Relator: Juiz Conselheiro Alves Correia;

Proc. n.º 173/2021, 15 de março de 2021, Relator: Juiz Conselheiro Pedro Machete;

Ac.s da Relação de Coimbra

Proc. 509/10.8TBVNO.C1, 16 setembro 2014, Relator: Juiz Desembargador Carlos Moreira;

Proc. 1069/13.3TBGRD.C1, 17 de maio de 2016, Relator: Juíza Desembargadora Catarina Gonçalves;

Proc. 635/19.8T8CNT-A.C1, 8 de setembro de 2020, Relator: Juíz Desembargador Luís Cravo;

Ac.s da Relação de Guimarães

Proc. 382/15.0T8VCT.G1, 29 de junho de 2021, Relator: Juíza Desembargadora Maria João Matos;

Ac.s da Relação de Lisboa

Proc. 0022456 7, junho de 2001, Relator: Juíza Desembargadora Maria Manuela Gomes;

Proc. 4883/2006-6, 29 de junho de 2006, Relator: Juíza Desembargadora Fátima Galante;

Proc. 10390/2007-2, 22 de fevereiro de 2008, Relator: Juiz Desembargador Jorge Leal;

Proc. 3228/16.8T8LSB.L1-6, 21 de dezembro de 2016, Relator: Juiz Desembargador António Santos;

Proc. 21/19.0T8AMD.L1-7, 11 de dezembro de 2019, Relator: Juíza Desembargadora Higinia Castelo;

Proc. 3974/17.9T8FNC.L1-7, 4 de fevereiro de 2020, Relator: Juiz Desembargador Carlos Oliveira;

Proc. 188/19.7YUSTR.L1-PICRS, 19 de maio de 2020, Relator: Juiz Desembargador Rui Teixeira;

Proc. 18153/18.0T8LSB-B.L1-6, 2 de julho de 2020, Relator: Juiz Desembargador Manuel Rodrigues;

Ac.s da Relação do Porto

Proc. 1470/16.0T8PVZ-A.P1, 14 de março de 2017, Relator: Juiz Desembargador Vieira e Cunha;

Ac.s do Supremo Tribunal de Justiça

Proc. 085647, 6 de outubro de 1994, Relator: Juiz Conselheiro Miranda Gusmão;

Proc. 09A0507, 31 de março de 2009, Relator: Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas;

Proc. 565/1999.L1.S1, 19 de outubro de 2010, Relator: Juiz Conselheiro Alves Velho;

Proc. 4072/04.0TVLSB.C1.S1, 28 de fevereiro de 2013, Relator: Juiz Conselheiro Lopes do Rego;

Proc. 436/07.6TBVRL.P1.S1, 3 de abril de 2014, Relator: Juiz Conselheiro Álvaro Rodrigues;

Proc. 6/15.5T8VFR.P1.S1, 3 de novembro de 2016, Relator: Juiz Conselheiro António Joaquim Piçarra;

Proc. 7613/09.3TBCSC.L1.S1, 29 de novembro de 2016, Relator: Juiz Conselheiro Alexandre Reis;

Proc. 909/16.0T8CLD.C1.S1, 21 de março de 2019, Relator: Juíza Conselheira Maria do Rosário Morgado;

Proc. 2151/18.6T8VCT.G1.S1, 26 de janeiro de 2021, Relator: Juíza Conselheira Graça Amaral;

Legislação citada

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Código Civil – Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro

Código Civil de 1867 – Carta de Lei de 1 de julho de 1867

Código Deontológico dos Médicos - Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro

Código Penal – Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março

Código Processual Civil - Lei n.º 41/2013, de 26 de junho

Código do Registo Civil - DL n.º 131/95, de 06 de junho

Constituição da República Portuguesa - Decreto de 10 de abril de 1976

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos
Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina
Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
Declaração da Ordem dos Médicos prevista no artigo 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril - Diário da República n.º 235/1994, Série I-B de 1994-10-11, páginas 6160 - 6160
Declaração Universal dos Direitos do Homem
Decreto-Lei n.º 101/2006 de 6 de junho - Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados
Despacho Normativo 34/2007, de 19 de setembro
Estatuto do Serviço Nacional de Saúde – Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro
Lei do Divórcio – decreto de 3 de novembro de 1910
Lei 7/2001 de 11 de maio – Proteção das Uniões de Facto
Lei 46/2006 de 28 de agosto
Lei n.º 110/2009 de 16 de setembro - Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social
Lei n.º 25/2012 de 16 de julho - Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade
Lei n.º 31/2018, de 18 de julho – Direitos Das Pessoas Em Contexto de Doença Avançada e Em Fim de Vida
Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto
Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto - Regime do maior acompanhado
Portaria 20688, de 17 de julho de 1964
Portaria 156/71, de 24 de março
Portaria n.º 1087-A/2007 de 5 de setembro
Portaria n.º 189/2008 de 19 de fevereiro
Portaria 353/2017, de 16 de novembro
T.U.E -Tratado da União Europeia

Anexos

Anexo I – Formulário da Diretiva Antecipada de Vontade



Rubrica do
Outorgante

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE (DAV)

Ao abrigo e para os efeitos previstos na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, o presente documento traduz a minha manifestação antecipada da vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que desejo receber, ou que não desejo receber, no caso de, por qualquer razão, me encontrar incapaz de expressar a minha vontade pessoal e autonomamente.

Este documento, que subscrevo sendo maior de idade e capaz e não me encontrando interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, é por mim unilateral e livremente revogável a qualquer momento.

IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE

Nome

Doc. Identificação N.º

Nacionalidade / Naturalidade

N.º Utente Data de nascimento

Morada

C. Postal País Tel.

Correio eletrónico

Pretendo nomear meu Procurador de Cuidados de Saúde _____

Nome

Doc. Identificação N.º

Nacionalidade / Naturalidade

N.º Utente Data de nascimento

Morada

C. Postal País Tel.

Correio eletrónico

1 de 4

Pretendo nomear meu Procurador de Cuidados de Saúde suplente _____

Nome _____

Doc. Identificação _____ Nº _____ Val. _____

Nacionalidade / Naturalidade _____

Nº Utente _____ Data de nascimento _____

Morada _____

C. Postal _____ País _____ Tel. _____

Correio eletrónico _____

SITUAÇÃO CLÍNICA EM QUE A DAV PRODUZ EFEITOS

Quando me encontrar incapaz para expressar a minha vontade autonomamente, em consequência do meu estado de saúde física e/ou mental, e se verificarem uma ou mais das seguintes hipóteses:

(assinalar com um X as hipóteses aplicáveis)

- Me ter sido diagnosticada doença incurável em fase terminal
- Não existirem expectativas de recuperação na avaliação clínica feita pelos membros da equipa médica responsável pelos cuidados, de acordo com o estado da arte
- Inconsciência por doença neurológica ou psiquiátrica irreversível, complicada por intercorrência respiratória, renal ou cardíaca
- Outras: _____

CUIDADOS DE SAÚDE A RECEBER/NÃO RECEBER

Assim, manifesto a minha vontade clara e inequívoca de:

(assinalar com um X as hipóteses aplicáveis)

- Não ser submetido a reanimação cardiorrespiratória

- Não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais
- Não ser submetido a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte
- Participar em estudos de fase experimental, investigação científica ou ensaios clínicos
- Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental
- Recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos
- Interromper tratamentos que se encontrem em fase experimental ou a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos, para os quais tenha dado prévio consentimento
- Não autorizar administração de sangue ou derivados
- Receber medidas paliativas, hidratação oral mínima ou subcutânea
- Serem administrados os fármacos necessários para controlar, com efetividade, dores e outros sintomas que possam causar-me padecimento, angústia ou ~~sofrer~~
- Receber assistência religiosa quando se decida interromper meios artificiais de vida (crença: _____)
- Ter junto de mim, por tempo adequado e quando se decida interromper meios artificiais de vida, a pessoa que aqui designo: _____ (nome), _____ (contacto).
- Outras: _____
- Outras considerações pessoais ou eventuais motivações das minhas decisões.

VALIDADE

1. Esta declaração é eficaz durante 5 anos a contar da data da sua assinatura, podendo ser renovada nos termos da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.
2. Caso seja solicitado o registo no RENTEU, o mesmo só produz efeitos após receção pelo outorgante da informação de conclusão do processo.

OUTORGANTELocal Data Hora h mAssinatura conforme
doc. de identificação civil **MÉDICO (opcional)**

Declaro que prestei as explicações que me foram solicitadas pelo Outorgante relativas a este documento e ao seu estado de saúde.

Nome Cédula Assinatura conforme
doc. de identificação civil **NOTÁRIO / FUNCIONÁRIO DO RENTEU**

(perante o qual a DAV foi assinada)

Nome Id. Civil Assinatura conforme
doc. de identificação civil

(é favor carimbos/felet)

NOTAS

1. Antes de subscrever este documento, recomenda-se que debata previamente o assunto com um profissional de saúde da sua confiança, ou com a equipa de saúde que o cuida.
2. Pode optar pela subscrição da Declaração Antecipada de Vontade, pela designação de um procurador de cuidados de saúde, ou por ambos.