

Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público^{1 2}

André Gonçalo Dias Pereira³

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Palavras-chave: responsabilidade médica; consentimento informado; capacidade para consentir; controlo dos formulários do consentimento informado; Ministério Público.

Resumo: Neste artigo analisa-se, de forma resumida, o instituto do consentimento informado no direito português, enquanto uma das formas de responsabilidade médica. Na parte final, o Autor propõe que o Ministério Público assumira as suas responsabilidades, consagradas na lei, e que promova o controlo do conteúdo dos formulários do consentimento informado, que muitas vezes contêm cláusulas abusivas e iníquas.

1. Um caso de Londrina

Num determinado processo ocorrido em Londrina-PR, apurou-se que o queixoso foi submetido a cirurgias em seu 4.º dedo da mão direita num Hospital daquela cidade paranaense, sendo que, posteriormente, seu dedo ficou flexionado,

¹ Este texto corresponde, com algumas alterações, à Palestra proferida no Congresso Anual do Ministério Público do Estado do Paraná, em Foz do Iguaçu, a 11 de Dezembro de 2004. Agradeço, penhoradíssimo, o convite para participar no Congresso, em primeiro lugar, ao Senhor Procurador-Geral Dr. Milton Macedo, bem como ao Promotor de Justiça Prof. Doutor Clayton Maranhão. Uma palavra muito especial de agradecimento dirijo também à Senhora Promotora de Justiça, Dr.ª Luciana Lepri Moreira, por ter sugerido a minha presença em tão importante evento.

² Texto publicado em *Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Volume 3, Número 2, Julho/Dezembro 2004, pp. 35-58.

³ Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-civilísticas na mesma Universidade. Autor do Livro *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. Email: andreper@fd.uc.pt.

permanecendo nesta posição até aos dias de hoje. O Ex.^{mo} Promotor de Justiça, após análise dos elementos de prova segundo os quais “os procedimentos médicos foram bem indicados para o caso, *salvo o fato de não terem esclarecido ao paciente e seus familiares de que havia grandes riscos de seqüelas na realização do procedimento*”, decidiu pelo arquivamento do processo.

Neste caso, não se fez prova de *má-prática médica*, violação das *leges artis*, negligência, imperícia ou imprudência do médico. Apesar de as consequências da intervenção médico-cirúrgica não serem positivos – antes pelo contrário, em virtude dessa intervenção o paciente ficou com graves lesões num dedo da mão direita, causando-lhe danos patrimoniais e danos morais – não se deve responsabilizar o médico se este não agiu ilicitamente, isto é, se os procedimentos ou técnicas utilizadas não se revelam inadequados para aquele caso.

Porém, de algum modo o Despacho do Senhor Promotor levanta o véu relativo a um outro problema: a existência de uma outra causa de responsabilidade médica resultante da *falta de informação e esclarecimento* do paciente de que havia riscos de sequelas na realização daquele procedimento. Qual será que a relevância jurídica desta falta de informação e de esclarecimento?

2. O Código penal português

De acordo com o Código penal português (CPP) (de 1982), nenhuma dúvida haveria de que o médico poderia ser responsabilizado, mesmo no plano criminal, pela falta de esclarecimento. Contudo, vamo-nos deter por momentos nesta problemática para perceber que o médico seria punido não por lesão do bem jurídico *integridade física*, mas antes do bem jurídico *liberdade*.

Assim, segundo o art. 150º, n.º1 do CPP:

“As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, *não se consideram ofensa à integridade física.*”

Deste modo, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem, em princípio, *ofensas à integridade física*. Posto é que se verifiquem os seus requisitos,

constituídos por dois elementos subjectivos — (a) que o *agente* seja um "médico ou outra pessoa legalmente autorizada"; e que este actue com (b) *finalidade terapêutica* — isto é, que os tratamentos sejam empreendidos "com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental" — e por dois elementos objectivos: (c) que a intervenção seja realizada por *indicação médica* e (d) com o respeito pelas *leges artis*, ou seja, que se trate de "intervenção e tratamentos, que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*".⁴ Assim, a intervenção médico-cirúrgica realizada nos termos do art. 150º CPP, não lesa o bem jurídico integridade física, antes constitui, quando realizada *sem* consentimento do paciente, um crime contra a *liberdade do paciente*, violando o seu direito à autodeterminação (art. 156º CPP).⁵ "E isto independentemente do resultado final: mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte".⁶

Como ensina COSTA ANDRADE, o regime jurídico-penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos está consagrado nos artigos 150º (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*), 156º (*Intervenções e Tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*) e 157º (*Dever de esclarecimento*). "Neste regime entroncam dois enunciados fundamentais: em primeiro lugar, a proclamação da *atipicidade* das intervenções médico-cirúrgicas na direcção dos crimes de Ofensas Corporais e de Homicídio; em segundo lugar, a punição dos tratamentos arbitrários como um autónomo e específico *crime contra a liberdade*. Na síntese de MEZGER: "as intervenções e tratamentos que correspondam ao exercício consciente da actividade médica não constituem quaisquer *ofensas corporais*, mas podem ser punidos como *tratamentos arbitrários*". A lei portuguesa assumiu, de forma consciente, a solução doutrinal (de autores como SCHMIDT ou ENGISCH) que coloca a intervenção medicamente indicada e prosseguida segundo as *leges artis* fora da área de tutela típica das ofensas corporais e do homicídio".⁷ Pelo que, resumidamente, "a produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento da doença ou das lesões) só relevará como

⁴ Cfr. Manuel da COSTA ANDRADE, in FIGUEIREDO DIAS (Direcção), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 307.

⁵ Crime punível com pena de prisão até 3 anos.

⁶ COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 450.

⁷ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 302.

ofensa corporal típica, quando representar a consequência adequada da violação das *leges artis*.”⁸

Por outro lado, já constituirão *ofensas à integridade física*, só podendo então a sua justificação derivar, se puder, da eventual relevância nos termos gerais de uma concreta causa de justificação, *maxime consentimento* do ofendido ou do estado de necessidade, situações como a extracção de órgãos ou tecidos para transplantes, determinadas formas de esterilização, a experimentação médico-científica (pura), intervenções de finalidade cosmética, entre outras. Para estas situações deveremos, pois, considerar o regime do consentimento do ofendido, nos termos dos artigos 38º e 149º do CPP.⁹

Numa palavra, o bem jurídico protegido pelo direito penal português no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (art. 156º CP) – e que corresponde à grande maioria das intervenções médicas – é a *liberdade*, como se confirma pela própria inserção sistemática deste tipo legal de crime (Capítulo IV, relativo aos “Crimes contra a Liberdade Pessoal”, do Título I, da Parte Especial do Código Penal).

Todavia, o legislador criou um outro tipo legal de crime¹⁰, o art. 156.º, n.º1: (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários):

“1. As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos *sem consentimento do paciente* são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”

E para que o consentimento seja válido este deverá ser devidamente esclarecido, como nos informa o art. 157.º CPP (Dever de esclarecimento):

“Para efeito do disposto no artigo anterior, *o consentimento só é eficaz* quando o paciente tiver sido devidamente *esclarecido* sobre o diagnóstico

⁸ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 305.

⁹ Note-se, contudo, desde já, que há leis específicas a disciplinar aspectos específicos do consentimento do ofendido (como por exemplo: disponibilidade, capacidade, representação legal). Tal acontece, *v.g.*, com a disciplina da esterilização (Lei n.º 3/84, de 24 de Março, Educação Sexual e Planeamento Familiar), transplante de órgãos e tecidos (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril) e ensaios clínicos (Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto).

Cfr. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 277. Resulta da articulação destas duas normas o regime jurídico-penal do consentimento no âmbito das ofensas à integridade física. Em primeiro lugar, sabemos que o legislador considera este bem jurídico *livremente disponível*. O requisito dos *bons costumes*, ao contrário do entendimento dominante durante um longo período, não pode abrir a porta à punição de lesões corporais (consentidas) *em nome da sua imoralidade*. A fronteira dos bons costumes passa pela distinção entre ofensas *ligeiras e graves* (FIGUEIREDO DIAS). Só não será assim nos casos em que a lesão esteja ao serviço de interesses de superior e inquestionável dignidade, reconhecida pela ordem jurídica. Tal acontece, por exemplo, com os *transplantes entre vivos*.

¹⁰ Inserido no Capítulo IV — Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal.

e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”

Assim, o médico pode ser punido a dois títulos diferentes: ou por ofensa à integridade física, no caso de ter havido violação das *leges artis*, ou por ofensa à liberdade (direito de autodeterminação nos cuidados de saúde) no caso de, tendo agido de acordo com as regras da profissão, não ter esclarecido devidamente o paciente dos riscos ou consequências secundárias da intervenção.^{11 12}

3. Ordenamentos que punem a intervenção médico-cirúrgica como lesão corporal

Os direitos austríacos e portugueses constituem porém uma excepção em termos de direito comparado. A maior parte dos ordenamentos jurídicos (*v.g.*, Brasil, Espanha, França, Alemanha, Inglaterra) entende que a intervenção médico-cirúrgica é, no plano da tipicidade, uma *ofensa corporal*, que pode ser justificada pelo consentimento do paciente. Consentimento que para ser válido carece de ser prestado por quem tem *capacidade*, tem que ser *livre* e devidamente *esclarecido*, sob pena de ineficácia desse mesmo consentimento. Numa palavra, perante uma situação como a descrita no “caso de Londrina”, em muitos ordenamentos jurídicos poderia haver acusação do profissional de saúde uma vez que *o consentimento é ineficaz* e portanto *a lesão corporal não se encontra juridicamente justificada*.

¹¹ Para uma explicação do regime em termos de Direito civil, *vide* André PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 121 e ss..

¹² O legislador penal da República alpina teve a mesma opção político-criminal que o português. Na verdade, nos termos do § 110, 1 do Código Penal austríaco, as intervenções médico cirúrgicas arbitrárias (*Eigenmächtige Heilbehandlung*) constituem um crime contra a liberdade e não um crime contra a integridade física. Para a doutrina penal dominante a intervenção, com indicação médica e de acordo com as *leges artis*, não preenche o tipo de ofensas à integridade física mesmo que careça do consentimento do paciente. Esta perspectiva é defendida mesmo quando há uma perda importante, substancial (por exemplo: uma amputação) ou quando a operação não é bem sucedida. Negam a tipicidade de ofensas corporais porque a actividade médica não tem um carácter de comportamento social perigoso e inadequado. A intervenção arbitrária viola, porém, o §110, 1 StGB que protege a autodeterminação do paciente. Tal como vimos para o direito português, quando haja violação negligente das *leges artis*, aplicam-se os crimes de ofensa corporal (§88 ofensas corporais negligentes e §80 homicídio negligente). Distingue-se entre intervenções terapêuticas de outras intervenções médicas (por exemplo: operações cosméticas, colheita de órgãos e de sangue, investigação pura). Estas intervenções preenchem o tipo de ofensas corporais e são justificáveis pelo consentimento.

4. O dever de esclarecimento

Se o devido e adequado esclarecimento são condição necessária para a obtenção de um consentimento válido e eficaz, reparamos então que a chave do *consentimento informado* está em grande medida no *dever de esclarecimento*.¹³

a) Quem presta a informação?

A informação deve ser prestada pelo médico responsável pela intervenção médico-cirúrgica. Em caso algum deve ser delegada a outros profissionais de saúde não médicos (enfermeiros, paramédicos, pessoal auxiliar); todavia a doutrina aceita que – no âmbito da medicina de equipa – seja um assistente ou um médico menos graduado que o chefe de equipa que acompanhe o processo de informação e esclarecimento. Ainda assim o cirurgião deve confirmar, assegurar-se de que o paciente está devidamente informado antes de iniciar uma intervenção, especialmente tratando-se de uma intervenção invasiva.¹⁴

b) Quem recebe a informação?

O titular do direito à indemnização é o paciente. O paciente e não a família! A este compete o exercício do direito ao *esclarecimento-para-a-autodeterminação*.¹⁵ Por outro lado, o direito à confidencialidade contrapõe-se também (e sobretudo) face àqueles que nos são mais próximos. Tal não olvida que muitas vezes os pacientes conferem uma autorização expressa ou tácita ao médico para que este revele informações aos seus familiares; ou que sendo a família quem normalmente tem que prestar acompanhamento de enfermagem e de apoio afectivo ao paciente esta deva ser informada no âmbito do chamado *esclarecimento terapêutico*.¹⁶

¹³ Irei aqui apenas responder às principais questões que se colocam nesta matéria em termos muito esquemáticos. Para mais desenvolvimentos, vide André PEREIRA, *O Consentimento Informado...* (2004). Para o direito brasileiro, vide Cláudia LIMA MARQUES, “A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha do Dever de Informar ao Consumidor”, *Revista dos Tribunais*, Ano 93, v. 827, Setembro de 2004, p.11-48 e Heloisa Helena BARBOZA, “A Autonomia da Vontade e a Relação Médico-Paciente no Brasil”, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, n.º2, 2004, 5-14.

¹⁴ Muitas vezes o cumprimento do dever de esclarecer ajuda a evitar erros técnicos grosseiros, como a amputação de um membro saudável, por exemplo.

¹⁵ No *esclarecimento para a autodeterminação (Selbstbestimmungs-aufklärung)* estamos perante a informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a uma livre decisão do paciente, por forma a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do axioma fundamental que é a dignidade humana.

¹⁶ Como ensina LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, München, Beck, 2003, p. 503: Esta *therapeutische Aufklärung* ou *Sicherungsaufklärung* consiste em prestar todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição, se prepare para uma intervenção diagnóstica ou

c) Onde e quando se transmite a informação?

As informações e esclarecimentos devem ser transmitidos na consulta e, tratando-se de *cirurgia electiva* (não se tratando de uma emergência) com suficiente antecedência para que o paciente possa reflectir e ponderar sobre as vantagens e riscos de se submeter à intervenção. Veja-se, neste sentido uma decisão do Supremo Tribunal Federal alemão (BGH – *Bundesgerichtshof*) de 25 de Março de 2003.¹⁷ O paciente sofria de um disco intra-vertebral que se deslocava pelo que foi remetido para uma clínica para fazer uma cirurgia 5 dias depois. O paciente apenas foi informado acerca dos riscos durante a tarde do mesmo dia em que foi operado pelas 20h. Uma segunda operação realizada 4 semanas mais tarde ocorreu com sucesso no que respeita à resolução de sintomas persistentes do disco deslocado, mas deixou o paciente com incontinência urinária. Este problema que surgiu durante a segunda estadia na clínica é um efeito lateral muito raro deste tipo de operações; desapareceu nas semanas seguintes mas voltou passado um ano. O paciente pede uma indemnização pelos danos corporais bem como pelos danos morais, alegando que foi informado muito tarde e de forma incompleta sobre os riscos da operação. Os tribunais inferiores não deram procedência à demanda. O BGH entendeu que a informação prestada foi adequada e suficiente. Todavia, julgou que foi prestada de forma demasiado tardia. O réu deveria ter informado o paciente de riscos mesmo que remotos com suficiente antecedência para que o paciente possa reflectir sobre as vantagens e riscos da intervenção e desse modo tomar uma decisão informada sem a pressão psicológica da intervenção iminente. Tendo em vista os riscos que a intervenção poderia originar não é suficiente informar o paciente apenas algumas horas antes da operação.

Esta decisão confirma anteriores decisões do BGH¹⁸ que afirmam que o paciente deve ser informado com alguma antecedência face à intervenção médica, para poderem reflectir tranquilamente sobre as implicações da operação. Circunstâncias especiais,

curativa, ou refere-se ao aconselhamento de uma dieta. Pode envolver aconselhamento acerca de medidas que deve tomar (v.g., fazer ginástica) ou os perigos que deve evitar (v.g., conduzir o automóvel em virtude de um problema cardíaco grave). Pode ainda abranger a informação sobre o *diagnóstico*, nomeadamente quando tenha em vista evitar certas sequelas infecciosas o próprio paciente ou em terceiros, destacando-se aqui de um resultado de seropositividade. É muito relevante relativamente à medicação: esta obriga o médico a informar o paciente acerca da dose, efeitos secundários e reacções adversas e quanto mais agressivo o fármaco for mais deve o doente ser informado; além disso, o médico deve acompanhar a toma dos medicamentos e favorecer a *compliance* do paciente face ao tratamento em curso.

¹⁷ BGH, VI ZR 131/02 (25.03.2003).

¹⁸ Cfr. BGH, [1985] NJW, 1399; BGH, [1998] NJW, 1784.

como os conhecimentos profissionais do paciente ou experiência por virtude de tratamentos anteriores, ou a urgência da intervenção, podem reduzir o intervalo temporal entre a informação e a intervenção.

O BGH tomou a decisão acertada¹⁹ ao considerar que não era suficiente a possibilidade de o paciente discutir com familiares por telefone a questão, e ao não admitir o argumento de que o risco era muito raro, porque mesmo uma probabilidade diminuta pode exigir um longo tempo de ponderação.

d) O que se informa?

O conteúdo do dever de esclarecimento é uma matéria complexa e muito discutida na doutrina e jurisprudência europeia. Especialmente no que respeita à informação dos *riscos graves mas raros*.²⁰

É hoje porém consensual que o médico deve informar acerca dos riscos frequentes e dos riscos graves previsíveis. Graves são os riscos que afectam de forma séria e duradoura a vida do paciente, nomeadamente a paralisia e no limite a morte.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH 30 de Janeiro de 2001) o seguinte. O paciente sofrendo de uma deterioração dos discos intra-vertebrais levou a cabo um tratamento médico. A operação deixou o paciente com lesão de um nervo do pé e com impotência. Consequentemente, teve que deixar o seu emprego como chaveiro. Provou-se que o réu não informou o autor acerca do risco mais grave da operação (paralisia total), nem da possibilidade de impotência. Não ficou claro se o risco de lesão do nervo do pé tivesse sido discutido antes da operação.

O tribunal de 1.ª instância condenou em 20.000€ por danos morais e condenou no pagamento dos danos futuros. O tribunal de apelação confirmou a decisão e acrescentou a obrigação de pagar juros.

O BGH considerou que uma vez que o paciente demonstrou que não realizaria a operação se soubesse do risco, ambas as lesões (impotência e lesão do nervo do pé) devem ser compensadas, sem sequer se levantar a questão da *Grundaufklärung* (o esclarecimento do risco mais grave) – esta questão só é pertinente no caso de se realizar um risco muito raro que normalmente não tem que ser revelado.

¹⁹ No entender de Jörg FEDTKE, in KOZIOL/ STEININGER (Ed.), *European Tort Law 2003*, New York - Wien: Springer, 2004, p. 189.

²⁰ Especialmente sobre esta questão, vide André PEREIRA, “Responsabilidade médica por violação do Consentimento Informado”, *Actas do Congresso Internacional – Responsabilidade civil dos médicos*: 24 e 25 de Abril de 2004, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, no prelo.

Ou, na Inglaterra, a Corte de Apelação condenou o médico no caso *Chester v Afshar*.²¹ A paciente sofria de dores nas costas crónicas. O réu, neurocirurgião, recomendou uma cirurgia mas não informou a paciente do baixo risco de complicações sérias, na ordem dos 1%-2%. A paciente consentiu na operação e submeteu-se à cirurgia, mas sofreu de danos no sistema nervoso que lhe causaram paralisia parcial. O juiz deu por provado que não houve negligência na intervenção, mas que não se cumpriu o dever de informar acerca dos riscos envolvidos naquela cirurgia. A paciente provavelmente não teria consentido na cirurgia se tivesse sido adequadamente informada acerca dos riscos e o nexo de causalidade estava portanto estabelecido.

A *Court of Appeal* confirmou a decisão do tribunal de primeira instância, segundo a qual para estabelecer a causalidade a autora apenas tem que demonstrar que não se teria submetido àquela operação concreta. Não tem que provar que nunca se submeteria a uma operação daquele género. Admitir essa defesa, seria subverter as regras do dever de esclarecimento.

e) Como se informa

A medicina é ainda de algum modo uma ‘arte’. E parte importante dessa arte está na capacidade de comunicação e de acompanhamento do paciente, não apenas enquanto portador de uma maleita, mas como pessoa, com uma personalidade que importa respeitar. Nesse sentido, o modo de informar não é questão que possa ser respondida por um jurista. De qualquer modo sempre diria que a melhor doutrina – seguindo GADAMER – faz apelo à ideia de *diálogo socrático*: isto é o médico deve procurar respeitar o sistema de valores do paciente e estabelecer um diálogo cuja linguagem, cujas premissas acompanhem as capacidades intelectuais e culturais do doente, com vista ao chamado “*entendimento mútuo*.” Este carácter individualizado, personalizado do dever de informar é decisivo e urge manter em mente quando falarmos dos Formulários de consentimento informado.

f) Excepções ao dever de informar

Há basicamente duas excepções – para além do caso de *emergência* – ao dever de esclarecimento: o chamado privilégio terapêutico e o direito a não saber.

Quanto ao primeiro instituto, mais correctamente deveríamos falar de *princípio*

²¹ *Chester v Afshar* [2002] EWCA Civ 724, [2003] Queen’s Bench (QB) 356.

*humanitário*²², já que mais que um privilégio para o médico é um dever de humanidade de não prestar informações ao paciente quando estas, em si mesmas, lhe possam causar graves danos à saúde ou conduzi-lo ao suicídio.²³ Será, por exemplo, o caso de um paciente que sofreu de um enfarte do miocárdio e que deverá ser poupado a emoções fortes. O princípio humanitário não justifica porém a mentira ou que se omitam esclarecimentos para que o paciente não se afaste do tratamento proposto.

O *direito a não saber* está previsto no n.º 2 do art. 10.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa,²⁴ e constitui uma dimensão do princípio da autonomia da pessoa humana.

5. A capacidade-para-consentir

Em nome do princípio da autonomia, o Direito deverá exigir o consentimento do paciente sempre que este tenha capacidade de entendimento, discernimento e de decisão sobre as alternativas propostas. Em termos mais sucintos: a evolução do Direito vai no sentido de abandonar as velhas categorias de ‘incapazes’ que foram forjadas nos códigos de oitocentos para responder às necessidades de uma economia liberal, agrária e fundiária.

Perante problemas que afectam eminentemente bens jurídicos pessoalíssimos e de limitação dos direitos de personalidade (como é o consentimento para actos médicos) a determinação do que o menor ou o adulto incapaz possa ou não realizar pode (e deve) obedecer a regras diferentes. Nesse sentido aponta também o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* do menor, constitucionalmente imposto pelo art. 26º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa, que deverá ser respeitado sobretudo ao nível dos actos pessoais.²⁵

Assim, diremos sucintamente que se o adulto (com mais de 18 anos) estiver na

²² Christian KATZENMEYER, *Arzthaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 335.

²³ Cfr., por exemplo, a parte final do Art. 157.º do CPP que dispensa a "comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente poriam em *risco a sua vida* ou seriam susceptíveis de lhe causar *grave dano à saúde, física ou psíquica*".

²⁴ Sobre esta Convenção, vide André PEREIRA, “A crescente ‘europeização’ do Direito da Saúde”, in GOMES, Fábio Luiz (Org.), *Estudos Multidisciplinares sobre Integração*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp. 22-38.

²⁵ Se estivéssemos presos a expressões literais, ou mesmo a conceitos plasmados pelo legislador, obteríamos resultados que poderiam ser totalmente desajustados. No Brasil, de acordo com o Código Civil de 1916, os silvícolas não tinham capacidade de exercício de direitos. Ora, só por absurdo, se poderia admitir que um silvícola, adulto e *competente*, ficasse impedido de manifestar validamente o seu consentimento ou dissentimento face a uma intervenção médica! Cfr. art. 6º parágrafo único: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar...”). O novo Código de 10.1.2002, remete para legislação especial esta matéria (art. 4º, parágrafo único).

posse das suas faculdades intelectuais e volitivas, nenhuma dúvida há de que deva ser este a exercer o seu direito de consentir. No que respeita à posição dos menores e dos adultos incapazes (interditos ou inabilitados), porém registam-se algumas evoluções a nível de direito comparado. Problemas especiais nos oferecem as pessoas adultas que não tendo tutor ou curador, encontram-se, de facto, num estado de incapacidade, por demência, senilidade, doença mental ou estado de incapacidade transitória causado por acidente ou uso de estupefacientes ou entorpecentes.

5.1. Os menores

Quanto à capacidade para consentir dos menores, a idade de 14 anos é considerada como a *idade de referência* no direito português. A lei (concretamente, o art. 38º, n.º 3 Código Penal) exige dois requisitos cumulativos: a idade (14 anos) e o “*discernimento* para avaliar o sentido e alcance do consentimento *no momento em que o presta*”. A doutrina maioritária entende que, “*se deve dar um relevo geral à norma do Código Penal que reconhece a autonomia dos jovens com catorze anos e com discernimento suficiente.*”²⁶

O art. 38º, n.º 3, do Código Penal, aliás, está perfeitamente de acordo com o princípio de que os menores devem ter uma autonomia progressiva (art. 1878º, n.º 2 CC) e apenas concretizou a idade a partir da qual os menores escapam à necessidade e à intervenção protectora do poder paternal, em assuntos relacionados com a assistência médica. “Essa norma criou, em termos gerais, uma “maioridade especial”, uma *maioridade para o acesso a cuidados de saúde.*”²⁷

Porém, deparamos com legislação especial que traça a fronteira da capacidade para consentir, por vezes em idade mais precoce, outras vezes em idade mais avançada. Por vezes ainda, a lei procurou envolver todas as partes (pais e menores) na decisão a tomar, reconhecendo aos menores *direitos de veto* e de *co-consentimento* (v.g., nos ensaios clínicos e doação de órgãos).

Efectivamente, no domínio da legislação de direito da saúde é patente a emancipação que se atribui aos menores a partir da adolescência.²⁸ Segundo o regime da

²⁶ Guilherme de OLIVEIRA, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *Temas de Direito da Medicina*, p. 228. A idade de 14 anos é aliás seguida em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente a Áustria, Alemanha, o Quebeque, New South Wales (Austrália) e muitos dos Estados dos Estados Unidos da América.

²⁷ Guilherme de OLIVEIRA, *ult. ob. cit.*, p. 228.

²⁸ O direito ao consentimento vem aqui acompanhado, paredes-meias, pelo direito à privacidade. Na verdade, a doutrina entende que, por vezes, se justifica que o médico mantenha o segredo de certas

lei e da portaria sobre *educação sexual e planeamento familiar*, deve-se admitir o acesso livre às consultas, sem restrições, como a que resultaria da necessidade de uma autorização prévia dos pais. Tal resulta do art. 5º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março: "É assegurado a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar"; e da Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro, que regulamentou os chamados centros de atendimento para jovens e previu o acesso, "sem quaisquer restrições", de "todos os jovens em idade fértil". Pelo que, defende Guilherme de Oliveira, "ficou aberta uma importante excepção à sujeição dos menores ao poder paternal, nesta matéria relativa à informação sexual e à contracepção".^{29 30}

No que respeita ao *dissentimento* ou *recusa de tratamento*, entendo que se o menor for capaz de compreender o alcance, a índole e as consequências da intervenção e da recusa do tratamento, de forma a que se deva considerar capaz para consentir deve

informações relativamente aos pais (ou tutores) no interesse objectivo dos menores. Pense-se, por exemplo, no caso de doenças sexuais, toxicod dependência ou a prescrição de contraceptivos orais (BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, Wien, p. 284, que cita o §21 ABGB). Em França, segundo a Lei de 4 de Março de 2002, o médico pode dispensar-se de obter o consentimento do(s) titular(es) da autoridade parental sobre as decisões médicas a tomar quando o menor se opõe expressamente à consulta do(s) titulares da autoridade parental a fim de guardar segredo sobre o seu estado de saúde. Todavia, o médico deve esforçar-se por obter o consentimento do menor para consultar os pais. No caso de o menor manter a sua oposição, o médico pode dar início à intervenção, mas nesse caso, o menor deve fazer-se acompanhar de uma pessoa maior à sua escolha. O consentimento do menor é suficiente no caso de ter havido uma ruptura dos laços familiares e de este beneficiar a título pessoal do reembolso das prestações de segurança social.

²⁹ Está assim ultrapassada a doutrina do Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 53/80 de 6 de Novembro de 1980, que concluía pela negação aos menores não emancipados, na falta de autorização expressa dos pais ou dos representantes legais, do direito de acesso às consultas de planeamento familiar. Para uma crítica a este Parecer, vide Maria de Nazareth LOBATO GUIMARÃES, "Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar", *Revista do Ministério Público*, ano 3º, Vol. IX, 1982, pp. 193-201.

³⁰ Em Portugal, o caso especial da medicina reprodutiva (que tem por base fundamental a Lei 3/84, de 24 de Março, e a Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro) aponta, efectivamente, para uma protecção do segredo mesmo perante os pais. Na verdade, a preocupação do legislador foi a de permitir o acesso dos adolescentes às consultas de medicina familiar e reprodutiva, sem inibições sociais e familiares. O legislador nacional mostra-se claramente favorável à autonomia e privacidade dos menores ao nível da sua saúde sexual e reprodutiva. Assim, a *Resolução da AR n.º 51/98*, de 2 de Novembro, sobre educação sexual e planeamento familiar, recomenda ao Governo a criação de consultas próprias de ginecologia e obstetrícia nos centros de saúde e hospitais para adolescentes. A *Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/98*, de 21 de Outubro, cria uma comissão intergovernamental para o plano de acção integrado para a educação sexual e planeamento familiar. A *Lei n.º 120/99*, de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, no seu art. 5º, reafirma que os jovens podem ser atendidos *em qualquer consulta de planeamento familiar*, ainda que em centro de saúde ou serviço hospitalar que não seja da sua área de residência. Para além disso, *não há restrições etárias para a venda dos contraceptivos de venda livre*, sendo estes inclusivamente gratuitamente dispensados nos centros de saúde. No mesmo sentido, o Decreto-Lei n.º 157/99, de 10 de Maio, relativo à criação, organização e funcionamento dos centros de saúde, prescreve no art. 5º, n.º 3, "são utentes do centro de saúde todos os cidadãos que nele se queiram *livremente inscrever*, com prioridade, no caso de carência de recursos, dos residentes na respectiva área geográfica." Este livre acesso individual, com garantia de confidencialidade, garante maior liberdade aos adolescentes relativamente a uma autónoma autodeterminação nos cuidados de saúde, nomeadamente nos que se prendem com a saúde reprodutiva. No mesmo sentido milita o regime do Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17 de Outubro.

também ser considerado capaz para dissentir. Nos termos do art. 1886º do Código Civil (*a contrario*), o menor com mais de 16 anos tem o direito de decidir sobre a sua religião.³¹ Ora, a recusa de certos tratamentos vitais, enquanto livre expressão da personalidade do indivíduo tem por fundamento precisamente a “*liberdade de consciência, de religião e de culto*” (art. 41º da Constituição), seja numa perspectiva religiosa, seja agnóstica ou atea, mas sempre na liberdade de *consciência*.

Todavia, veria assim com bons olhos uma norma, semelhante à austríaca³² e espanhola³³ que impusesse uma *instrução de procedimento (Handlungsanleitung)* ao médico no sentido de chamar os pais a colaborar no esclarecimento, na formação da vontade do menor, quando este aponta para uma solução com resultados graves e irreversíveis para a sua saúde ou a sua vida. E de algum modo, este dever pode ser afirmado, *de jure condito*, com base no art. 1878º.

Se o menor *não tem discernimento suficiente*, o que será a regra no caso dos menores de 14 anos, as intervenções de saúde devem ser precedidas pelo consentimento dos detentores do poder paternal. No caso de recusa de consentimento paternal para um tratamento medicamente indicado e indispensável para salvar a vida do menor ou afastar doença grave, o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, após um expedito procedimento de *levantamento do poder paternal*, ou com base na *urgência* (art. 8º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina).

5.2. Os adultos em estado de incapacidade

Sendo este um novo ramo da capacidade jurídica, é legítimo vir a retirar consequências quer quanto à *definição da incapacidade*, quer quanto ao modo de *suprimento* dessa incapacidade. A preferência deve ser dada à autonomia do paciente,

³¹ Na doutrina alemã e austríaca também se faz o paralelo com a capacidade para a escolha da religião, ou por vezes com a capacidade para testar ou para casar: Cfr. BARTH, p. 52; LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, p. 824; GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, p. 516; ESER/ SCHMIDT, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, p. 68; LENCKNER, in ESER (et al), *Lexicon Medizin-Ethik-Recht*, doente 273; WINCKLER-WILFURTH, *Betreuung und Heilbehandlung*, p. 32.

³² Cfr. § 146c Abs 2 ABGB e a interpretação proposta por Reinhard RESCH, “Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen”, in KOPETZKI, *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Wien, Manz, 2002, p. 44.

³³ Cfr. o art. 9, n.º 3, al. c), parte final, da *Ley 41/2002, de 14 de Noviembre*, que prescreve: “*Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.*”

incluindo a *autonomia prospectiva* (Dworkin)³⁴, e às *relações de afecto, maxime familiares*.³⁵ Na verdade, a representação para problemas de saúde consiste numa extensão do *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*.

Ainda assim, lançando mão das categorias da incapacidade negocial, pode-se presumir que os *interditos por anomalia psíquica* (e os *inabilitados por anomalia psíquica*, se a sentença de inabilitação assim o impuser) são incapazes para consentir. Os interditos por surdez-mudez e por cegueira e os inabilitados, pelo contrário, não se presumem *incompetentes*.

Donde decorre que *não* há uma diferença estrutural entre incapazes com ou sem representante legal. No domínio dos cuidados de saúde, o *médico* deve começar por estabelecer a capacidade do paciente; se este se revelar incapaz, mas tiver representante legal constituído, é este que deve, em regra, ser chamado, caso contrário levanta-se o problema de saber *quem deve autorizar a intervenção*.

A regra primeira é a de que a pessoa incapaz (para consentir) em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização (art. 6º, n.º 3 da CDHBio).

Em segundo lugar, entendo que se deve respeitar os *testamentos de paciente* e a nomeação dos *procuradores de cuidados de saúde* (art. 9º da CDHBio). Efectivamente, *de jure condito*, os desejos previamente expressos não podem ser ignorados, sob pena de o médico violar o seu *direito à autodeterminação* e a *integridade física e moral* do paciente. Todavia, pode o médico justificar o seu não acatamento com base no facto de ter decorrido algum tempo e a ciência ter entretanto progredido, ou o doente pode ulteriormente ter exprimido uma outra vontade ao médico.

O Estado português deveria legislar sobre esta matéria, no sentido de criar as condições procedimentais, formais e substanciais para um efectivo cumprimento das directivas antecipadas.

Quando se está perante um paciente incapaz para consentir e a intervenção não é

³⁴ Ronald DWORKIN, *Life's Dominion: an argument about abortion and euthanasia*, London, Harpen Collins Publishers, 1993.

³⁵ O direito espanhol opta por conferir um papel de grande relevo aos familiares no processo do consentimento informado. Veja-se o artigo 5 da *Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*: "1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal." Destaca-se, neste aspecto, o n.º 3, segundo o qual: "Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho."

urgente, dever-se-á dar início a um processo de nomeação de um *tutor provisório* ou de *representação provisória*, nos termos do art. 142º CC.

Por outro lado, no caso de não se conseguir conhecer a *vontade real* do paciente, nem se conseguir decretar um tutor provisório, *o médico deve ouvir a família* e as *pessoas próximas*, por forma a recolher elementos sobre o sistema de valores do paciente e assim configurar dados para um *juízo sobre a sua vontade hipotético-conjectural*. A audição da família não visa conceder a esta o poder de *representar* o paciente, já que este só pode ser atribuído pelo tribunal ou por lei; o que se pretende é que o médico efectue um juízo de *consentimento presumido* (art. 340º, n.º3 CC) com base nas informações disponíveis, sendo que a opinião da família que conduza a uma situação de perigo de vida do paciente não é vinculante nem justifica a não intervenção do médico (art. 38º, n.º 3 CDOM).

Cabe a quem para tanto tem legitimidade instaurar o competente *processo de interdição*, nos termos da lei civil, de forma a conferir ao portador de anomalia psíquica os pertinentes mecanismos de representação.

6. Os Formulários para prestação do consentimento informado

Actualmente vive-se a ‘psicose do formulário’, tornando o processo do consentimento informado num *formalismo burocrático*. Como afirma Galán Cortés, “os protocolos devem ser realizados por médicos para os pacientes, e não por juristas para os médicos.” Os formulários devem ser abertos, a serem completados no caso concreto, em função do paciente concreto. Acresce que, em termos da prova do cumprimento do dever de esclarecimento, entende a jurisprudência espanhola e alemã que o prontuário médico deve ser valorizado mais do que um mero formulário.

O que aqui sugiro³⁶ é que se realize o controlo dos formulários pelas normas que regulam os *contratos de adesão*.^{37 38}

³⁶ Vide, já antes, André PEREIRA, “Formulários para prestação do Consentimento: uma proposta para o seu controlo jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Brasil, 2001, pp. 65-90.

³⁷ A relação entre o direito do consumidor e o clássico direito civil varia bastante de país para país. O Brasil foi pioneiro no que respeita à publicação de um Código do Consumidor. Na Alemanha, na reforma do Direito das Obrigações realizada em 2002, optou-se por inserir a maioria das disposições de protecção do consumidor no Código Civil, incluindo o controlo das cláusulas abusivas. Em Portugal é um diploma extravagante que regula esta matéria.

³⁸ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho. Não é nosso propósito levar a cabo uma análise detalhada do regime do diploma das cláusulas contratuais gerais. Apenas enunciaremos sucintamente algumas normas que se nos afiguram de especial relevância. Para maiores desenvolvimentos cfr., entre

Na síntese de Pinto Monteiro, “um controlo eficaz terá de actuar em três direcções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um efectivo e real acordo sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de cláusulas abusivas; e pela atribuição de legitimidade processual activa a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadear um controlo preventivo (que além de permitir superar a habitual inércia do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza este processo negocial), isto é, um controlo sobre as “condições gerais” antes e independentemente de já haver sido celebrado um qualquer contrato.”³⁹

Assim, este regime garante-nos, desde logo, um *controlo de inclusão*. O art. 5º impõe o *ónus de comunicação*⁴⁰ prévia e na íntegra dos termos do formulário.⁴¹ Comunicação essa que deverá ser feita de modo adequado e com a devida antecedência. Reveste-se de extraordinária importância em sede de um litígio de responsabilidade médica por violação do direito ao consentimento informado o n.º 3 deste artigo, segundo o qual: “o *ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contraente que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais.*”

O art. 6º, por seu turno, prescreve o *dever de informação*. Repete-se assim uma exigência por tantos modos afirmada da relação médico-paciente. E quem tivesse dificuldade em assacar uma eficácia jurídica a esse *dever de esclarecimento*, eis que o art. 5º e 6º em conjugação com o art. 8º acarreta que as cláusulas relativamente às quais

outros, PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 5 de Outubro”, *ROA*, 1986, pp. 736 e ss; PINTO MONTEIRO, “O Novo regime jurídico dos Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais”, *ROA*, Ano 62, 2002, pp.111-142; para uma monografia profunda relativa a esta problemática, vide SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, *passim*.

³⁹ PINTO MONTEIRO, “O Novo regime jurídico dos Contratos de Adesão...”, *cit.*, p. 119.

⁴⁰ Cfr. Almeno de SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*², Coimbra, Almedina, p. 24 onde o Autor explica que tecnicamente estamos perante um ónus e não um dever jurídico.

⁴¹ Resulta interessante travar um confronto com as normas do *New Zealand Code of Health and Disability Consumers' Rights*. O right 5 tem por epígrafe: “Right to Effective Communication”: 5 (1) “Every consumer has the right to effective communication in a form, language, and manner that enables the consumer to understand the information provided. Where necessary and reasonably practicable, this includes the right to a competent interpreter” (2) Every consumer has the right to an environment that enables both consumer and provider to communicate openly, honestly, and effectively”. Cfr. SKEEG, “Informed Consent”, *Med. L. Rev.*, p. 156.

No direito brasileiro entende-se que “com o novo código (do consumidor), tornou-se imprescindível que os médicos passem a ter um especial cuidado ao realizar os seus contratos, que deverão conter a descrição detalhada do serviço, do preço e demais cláusulas em letra legível e de forma a poderem ser facilmente compreendidos” - Jane LUZKY, *ob. cit.*, p. 105.

se não cumpriram os referidos deveres serão *excluídas* do formulário. Para além disso, partindo do princípio que as cláusulas que tenham sido objecto de um acordo específico (v.g., cláusulas manuscritas) traduzem melhor do que as outras um efectivo consenso, consagra-se, coerentemente, no art. 7º, a sua *prevalência* sobre quaisquer outras cláusulas contratuais gerais.

O art. 11º do diploma dos contratos de adesão garante que as *cláusulas ambíguas* “têm o sentido que lhes daria o contraente indeterminado normal ... quando colocado na posição do aderente real.” No direito alemão, Erwin Deutsch chama à atenção que a maior parte das cláusulas insertas nos formulários do consentimento são ambíguas e logo, na dúvida, deve-se dar a interpretação menos favorável ao disponente (antigo §5 AGBG, actual §305c BGB, equivalente ao nosso art. 11º).⁴²

Para além do controlo ao nível do conhecimento e plena consciência do paciente das cláusulas pré-fixadas no documento e sua discussão com o médico, ainda nos oferece esta lei o *controlo do conteúdo*. Aqui, “o eixo fulcral do sistema é constituído pelo princípio da boa fé: são proibidas as condições gerais contrárias à boa-fé, surgindo as listas de cláusulas proibidas como simples concretização, de valor meramente exemplificativo, da intencionalidade valorativa nesse princípio pressuposta.”⁴³

Vejamos, nesta sede, apenas alguns dos casos que nesta rede de proibições (absolutas e relativas) dos artigos 18º a 22º podem ter especial relevo, na matéria dos formulários para prestação do consentimento.

São proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas (art. 18º, al. a)). A al. d) proíbe as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou culpa grave. Todavia, somos da opinião, que em matéria de actuação médica nem a culpa leve pode ser excluída, dada a natureza dos bens jurídicos, saúde e integridade física, que estão em causa.⁴⁴ Só esta interpretação, aliás, estaria em conformidade com a al. a) que como vimos proíbe qualquer limitação da responsabilidade no que toca a *danos corporais*. A alínea c) do art. 21º proíbe a existência de cláusulas que “permitam

⁴² DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 100.

⁴³ Almeno De SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais*²..., p. 69.

⁴⁴ Cfr., no mesmo sentido ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, p. 133 e ss., PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, Separata BFD XXVIII, 1985 pp. 234 e ss., CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 406, Álvaro DIAS, *Procriação Assistida*..., p. 247, e GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 147.

a não correspondência entre as prestações a efectuar e as indicações, especificações ou amostras feitas ou exibidas na contratação.” Tal situação constituiria uma autêntica fraude ao consentimento esclarecido e surge com muita frequência nos hospitais portugueses.⁴⁵ A *Audiência Provincial das Astúrias* (decisão de 25 de Maio de 1998) censurou cláusulas do estilo que autorizam a aplicar “*otras medidas terapêuticas si fueran necesarias en el curso de la intervención*”, exigindo pormenorizar que medidas se trata. Condena-se, portanto, a autorização de “alternativas em branco”. No mesmo sentido, o mesmo tribunal critica a menção genérica em que se “*consiente y autoriza al médico a realizar cuantas actuaciones juzgue necesarias y aconsejables*”. Em conclusão, este tipo de “carta branca” ou de “fórmulas *omnibus*” serão consideradas nulas de pleno direito.⁴⁶

O diploma em análise permite, para além do controlo incidental, o *processo abstracto de controlo*. A nossa lei optou pelo sistema da acção inibitória. Assim, as acções de defesa do consumidor ou, numa interpretação mais ampla, que aqui propomos, *as associações de pacientes* podem intentar acção destinada a banir o uso de certas cláusulas iníquas dos formulários para prestação do consentimento.

Este é um instrumento revolucionário, “cujas características essenciais se traduzem no seu carácter colectivo, com a atribuição de legitimidade de iniciativa a associações ou organizações de interesses, e na eficácia *ultra partes* da decisão proferida no processo judicial.”⁴⁷

Para terminar, faremos referência ao facto de os tribunais alemães terem vindo a realizar um controlo dos formulários do consentimento com base na antiga *AGB-Gesetz*. Assim, por exemplo, uma cláusula, na qual o paciente comprova pela sua assinatura que ele foi informado com toda a amplitude e de acordo com a lei, é nula por força do §11 Nr. 15 (actual §309, Nr. 12 BGB): esta norma proíbe as cláusulas que imponham uma *inversão do ónus da prova*⁴⁸. Entre nós, tal situação constituiria uma violação do art.

⁴⁵ Veja-se o caso da Declaração de consentimento dos serviços clínicos de um Hospital português, que na cláusula 2 do formulário prevê: “Autorizo mais que me seja feito no decurso da operação que me foi indicada tudo o mais que o médico acima mencionado, o anestesista ou os assistentes de ambos entendam tornar-se necessário”. Esta cláusula consiste no que poderíamos chamar de “consentimento em branco”, enquanto forma de autodeterminação do paciente, mas não se pode admitir como cláusula geral de um formulário abstracto e pré-elaborado.

⁴⁶ Também na Colômbia, a decisão do *Consejo de Estado*, de 3-5-1999, declarou a invalidade de um documento genérico que autorizava “a prática de todos os exames que se considerarem necessários, incluindo exames *post mortem*, e submeter-se ao tratamento que se indicar para a doença”. Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 148.

⁴⁷ Almeno de SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais*²..., p. 79.

⁴⁸ Cfr. WOLF/HORN/LINDACHER, *Kommentar*..., p. 353.

21º, al. g). Num outro caso o BGH declarou nula uma cláusula inserta num formulário, que previa a exclusão da responsabilidade do prestador de cuidados de saúde, por violação dos §§9 (actual §307, princípio da boa-fé - *Treu und Glauben*), e do 11 Nr. 7 e 8 *AGBG* (actual §309, Nr. 7 e 8 *BGB* - limitação da responsabilidade).⁴⁹

Outros exemplos resultam do facto de o diploma dos contratos de adesão proibir as cláusulas de exclusão da responsabilidade no que toca a danos corporais (Art. 18.º a)). Por seu turno, em Espanha, a Audiência Provincial das Astúrias, na sua decisão de 25.5.1998, proibiu uma cláusula que autorizava a instituição de saúde a aplicar “*outras medidas terapêuticas se forem necessárias no decurso da intervenção*”, por se revelar demasiado genérica.

Conclusão

O consentimento passou a ser visto por parte de alguns médicos como um mero formalismo, um dos documento para ter um “dossier” clínico bem organizado e rapidamente as administrações hospitalares começaram a redigir formulários, nos quais impõem cláusulas que visam proteger a instituição em caso de conflitos judiciais. Mais a mais é prática comum que esses formulários sejam entregues por funcionários administrativos, absolutamente desligados do acto médico, não tendo o paciente a possibilidade de obter informações adequadas sobre o seu conteúdo.

A ordem jurídica já possui mecanismos de reacção expeditos e simples que permitem pôr cobro a esta situação insustentável. A minha proposta é a de que se aplique os meios de controlo, formal e material, concreto e abstracto, do diploma das condições gerais aos formulários para prestação do consentimento. Dessa forma poderemos expurgar desses documentos as cláusulas abusivas, bem como aquelas que não foram comunicadas ou devidamente esclarecidas, e dessa forma fazer valer o direito ao consentimento informado.

Ora, quer em Portugal, quer no Brasil, o Ministério Público (para além de associações de pacientes) tem competência para defender estes *interesses difusos e colectivos*.⁵⁰

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos *vide* JUNGBECKER, “Formulargestützte Aufklärung”, in RATAJCZAK/STEGERS (Scriftleitung), *Risiko Aufklärung – Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung?*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2001, pp. 31-42.

⁵⁰ *Vide*, Clayton MARANHÃO, *Tutela Jurisdiccional do Direito à Saúde*, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Aqui fica o desafio!