

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**O CONSENTIMENTO  
INFORMADO**

**NA**

**RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

**ESTUDO DE DIREITO CIVIL**

**André Gonçalo Dias Pereira**

À memória das minhas avós, Ofélia Dias e Silva  
e Carolina da Conceição Cavadas,  
e dos meus avôs, António Libório e  
Joaquim Pereira

Uma lembrança também para ti, Paulo, meu  
irmão.



## **Agradecimentos**

À minha família, meus pais e meus irmãos, pela fraternidade e cumplicidade com que me presenteiam.

À Mariana, minha filha, devo os sorrisos cristalinos que me oferecem um redobrado empenho nas tarefas que procuro cumprir.

Para a realização desta dissertação foi decisivo o incentivo, apoio e dinâmica que os Doutores Guilherme de Oliveira e Jorge Sinde Monteiro imprimiram ao meu estudo de direito civil da medicina e pela confiança que vêm depositando em mim.

A ambos o meu Muito Obrigado!

Coimbra, Fevereiro de 2004





**“Wofür ich Allah höchlich danke? Dass er  
Leiden und Wissen getrennt. Verzweifeln  
musste jeder Kranke, das Übel kennend, wie der  
Arzt es kennt.”**

Goethe, West-östlichem Diwan, Hikmet Nameh,  
Buch der Sprüche.

# ÍNDICE

Agradecimentos .....	V
Índice .....	IX
Lista de Abreviaturas .....	XIX

## PARTE I – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CONSAGRAÇÃO DO DIREITO AO CONSENTIMENTO INFORMADO

### CAPÍTULO I – A CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

§ 1. Justificação da matéria .....	1
§ 2. O Consentimento Informado: sua emergência histórica .....	5
1. Da “medicina arte” e o “doente - enfermo” à “medicina – técnica” e o “paciente - cidadão” .....	5
§ 3. A relação médico–paciente como contrato de prestação de serviços (médicos) .....	10
1. O contrato de prestação de serviços: virtudes e defeitos .....	10
2. O conteúdo do contrato de prestação de serviços clínicos.....	14
3. A indispensável responsabilidade delitual.....	15
4. Direitos e deveres do Paciente .....	22
§ 4. O direito ao consentimento informado: história do seu desenvolvimento dogmático..	25
1. O direito ao consentimento .....	26
2. O Código de Nuremberga e a consagração do direito ao consentimento <i>voluntário</i> .....	27
3. O Consentimento <i>esclarecido</i> .....	28
4. O Consentimento autêntico.....	31
5. Consentimento informado como elemento das <i>leges artis</i> .....	32
6. O esclarecimento terapêutico e o esclarecimento para a autodeterminação .....	35
7. Do <i>informed consent</i> à <i>informed choice</i> .....	36
8. A crise do consentimento informado? .....	38

### CAPÍTULO II - FONTES INTERNACIONAIS E EUROPEIAS DO DIREITO BIOMÉDICO

§ 5. Fontes internacionais .....	40
§ 6. Fontes europeias.....	40
1. Conselho da Europa.....	41
1.1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina .....	41
1.2. A Protecção do Direito ao Consentimento Informado no Direito do Conselho da Europa.....	46



2. A Comunidade Europeia .....	47
--------------------------------	----

### CAPÍTULO III – O CONSENTIMENTO INFORMADO NO DIREITO PORTUGUÊS

§ 7. Fontes Normativas do Consentimento Informado no Direito Português .....	50
1. Direito Constitucional .....	50
2. Direito Internacional.....	51
3. Direito Penal .....	51
4. Direito Civil.....	52
5. Legislação de direito da saúde .....	53
6. No plano deontológico.....	54
7. Conclusão .....	55

### PARTE II – ESTRUTURA DOGMÁTICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

§ 8. Razão de Ordem.....	57
--------------------------	----

#### CAPÍTULO I - DOS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS

§ 9. Direito Penal Português .....	59
§ 10. Direito comparado.....	60
1. A tese das Ofensas Corporais do Supremo Tribunal Alemão .....	61
2. O Direito Austríaco.....	63
2.1. A Doutrina Penal austríaca.....	63
2.2. A Doutrina Civil austríaca.....	64
§ 11. Bens jurídicos protegidos pelo direito civil e danos ressarcíveis .....	67
1. Intervenção médica sem consentimento mas com êxito terapêutico .....	67
2. Intervenção ou tratamento realizada sem prévio consentimento e sem êxito terapêutico ou causadora de consequências laterais desvantajosas .....	70

#### CAPÍTULO II - ELEMENTOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO E CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS PRÉVIAS

§ 12. Elementos do Consentimento Informado .....	72
--	----

##### Secção I – O Consentimento como Acto Jurídico *Stricto Senso*

§ 13. Natureza jurídica do consentimento .....	73
1. O consentimento tolerante, autorizante e vinculante .....	73
2. Teoria do negócio jurídico e Teoria do acto jurídico em sentido estrito .....	75
2.1. Distinção entre negócio jurídico e acto jurídico em sentido estrito .....	75
2.2. Teoria do negócio jurídico.....	76
2.3. Teoria do <i>acto jurídico em sentido estrito</i> .....	76

3. O consentimento como aceitação contratual e o consentimento como causa de justificação da intervenção médica .....	77
§ 14. O respeito pelos bons costumes e pela ordem pública .....	79
1. O carácter pessoal e a disponibilidade do bem jurídico lesado .....	79
2. A não contrariedade do facto consentido aos “bons costumes” e à “ordem pública” .....	80

## Secção II - Capacidade para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade de Exercício de Direitos (Diferente da Capacidade Negocial de Exercício)

§ 15. Capacidade para Consentir: Distinção de figuras afins .....	84
§ 16. Capacidade para consentir ou <i>Competência</i> .....	87
1. Elementos constitutivos da figura .....	87
1.1. A posição de Amelung .....	88
1.2. A concepção de Grisso e Appelbaum .....	91
1.3. A <i>British Medical Association</i> e a <i>Law Society</i> .....	93
1.4. Síntese .....	93
1.5. Consequências .....	95
2. Estabelecimento da Capacidade para consentir .....	96
3. O papel da capacidade negocial – <i>Orientierungspunkt</i> .....	98
3.1. Pessoas com capacidade negocial .....	98
3.2. Pessoas sem capacidade negocial .....	99
3.3. Consequências de regime .....	100
§ 17. Os actos pessoais <i>versus</i> actos patrimoniais: comparação com a capacidade para perfiar, casar e testar .....	100

## CAPÍTULO III – O CONSENTIMENTO INVÁLIDO, ÓNUS DA PROVA E SANÇÃO JURÍDICA

### Secção I - Vícios que Afectam o Consentimento e sua Sanção

§ 18. Invalidez ou ineficácia do consentimento viciado .....	102
1. Vícios materiais .....	102
1.1. Falta de indicação médica .....	102
1.2. Violação dos bons costumes e da ordem pública .....	103
1.3. Falta de informação .....	103
1.4. Falta de capacidade .....	104
1.4.1. Um caso particular – capacidade para consentir na doação <i>inter vivos</i> de órgãos e tecidos .....	106
2. Vícios de forma .....	108

### Secção II – Ónus da Prova e Consentimento Informado

§ 19. Ónus da prova do consentimento .....	110
§ 20. O ónus da prova da prestação da informação .....	112

1. Direito comparado.....	113
i) Nova Posição. “Revirement” da Jurisprudência francesa e a <i>loi du 4 mars</i> .....	114
2. Direito português – solução adoptada.....	118

## PARTE III – A DINÂMICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

### CAPÍTULO I – A CAPACIDADE PARA CONSENTIR

#### Secção I - Adultos com Plena Capacidade

§ 21. O Adulto capaz: o titular do direito ao consentimento .....	120
§ 22. O papel da família .....	120
1. O direito à privacidade impõe-se mesmo face à família .....	120
2. O que é a família?.....	123
§ 23. O papel do Cônjuge.....	124

#### Secção II - Os Maiores Inaptos a dar o seu Consentimento Válido em Razão do seu Estado Físico ou Mental

§ 24. Incapazes adultos com representante legal .....	126
1. Os adultos incapazes: interditos e inabilitados .....	126
2. A incapacidade negocial não determina necessariamente a incapacidade para consentir.....	128
3. Redução teleológica das normas de direito da saúde relativas ao consentimento dos incapazes.....	129
§ 25. Incapazes adultos sem representante legal.....	132
1. Enunciação do problema: quem autoriza a intervenção? .....	132
2. O envelhecimento da população nas sociedades ocidentais .....	132
3. Direito comparado.....	134
4. Análise estrutural.....	138
4.1. A família.....	138
4.1.1. ‘Direitos’ do cônjuge.....	138
4.2. O tribunal .....	140
4.3. O médico - o consentimento presumido.....	141
5. Como se toma a decisão .....	141
5.1. Escolha explícita do paciente .....	142
5.2. Vontade presumida (julgamento em substituição).....	142
5.3. Os melhores interesses do paciente .....	142
6. A autonomia prospectiva.....	142
§ 26. Testamentos de Paciente e Procuradores de cuidados de saúde .....	143
1. Definição .....	143
2. Experiências de direito comparado.....	144
3. Exigências das directivas antecipadas .....	147
3.1. Capacidade do autor no momento em que a elabora as directivas antecipadas .....	147
3.2. Exigências de forma .....	147

3.3. Relativa actualidade.....	148
4. Vantagens e desvantagens do living will .....	148
5. Testamentos de paciente no direito português .....	149
§ 27. Consentimento dos incapazes adultos: Proposta de solução à luz do direito português .....	152
§ 28. Excurso. Um caso especial: A Esterilização de Incapazes .....	157
1. Modalidades de esterilização .....	157
2. A esterilização compulsiva: programas eugénicos no século XX.....	158
3. A eugenia em Portugal: breve resenha para a história do direito português .....	160
4. A esterilização de pessoas com doença mental profunda .....	167
4.1. Direito Comparado.....	168
4.1.1. Modelo proibicionista .....	168
4.1.2. Modelos não proibicionistas	
4.1.2.1. Modelo do mero controlo médico .....	169
4.1.2.2. Modelo do controlo procedimental-material.....	169
5. A solução à luz do direito português .....	172

### Secção III – Os Menores

§ 29. Autonomia progressiva do Menor no Direito Internacional .....	175
§ 30. Direito comparado.....	176
1. Descrição de alguns regimes legais .....	176
2. Análise comparativa .....	182
§ 31. O Regime do consentimento dos menores à luz do direito português .....	183
1. Menoridade e Poder Paternal.....	183
2. As ‘maioridades especiais’.....	185
3. ‘Maioridades especiais’ na legislação de direito da saúde.....	187
4. Os 14 anos como um marco no direito português.....	191
5. A capacidade para consentir dos menores.....	192
6. Recusa do menor com mais de 14 anos .....	194
7. O menor sem capacidade para consentir .....	196
8. Recusa dos pais e risco para a vida do menor .....	197
9. O respeito pelo poder paternal.....	200
§ 32. O direito de veto e o <i>co-consentimento</i> dos menores e dos adultos incapazes.....	201
1. Os três grupos de direitos de veto .....	201
2. Análise do direito de veto no direito português.....	203
2.1. Ensaio clínico .....	203
2.1.1. Experimentação não terapêutica em menores e incapazes? .....	203
2.1.2. Consentimento, Co-consentimento e Direito de Veto nos Ensaio Clínicos .....	205
2.2. Colheita e transplante de órgãos e tecidos .....	207

### Secção IV - Problemas especiais do Contrato Médico quando o paciente é menor, interdito ou inabilitado

§ 33. A relação obrigacional quando o paciente é um incapaz.....	209
--	-----

## CAPÍTULO II – O DEVER DE ESCLARECIMENTO

## Secção I - A Obrigação de Informação

§ 34. Dados empíricos.....	214
§ 35. Fundamento legal.....	216
1. Remissão para a Introdução.....	216
2. A autonomização do dever de informar face ao consentimento .....	216
3. O dever de informar no contexto do direito civil.....	217
4. O apelo ao direito do consumidor .....	217
4.1. Direito comparado .....	217
4.2. Noção de consumidor. Direito português.....	219

## Secção II - O Devedor da Obrigação de Informação

§ 36. O devedor da obrigação de informação .....	221
1. O médico.....	221
2. A equipa médica.....	222
3. Participação de vários médicos.....	223
4. Os enfermeiros.....	225

## Secção III - Credor da Obrigação

§ 37. Remissão para o Capítulo “Capacidade para consentir”.....	226
---	-----

## Secção IV - Conteúdo da Informação

§ 38. Conteúdo da informação .....	227
1. O Diagnóstico .....	229
1.1. Excurso: O “ <i>arrêt Perruche</i> ” e a <i>loi du 4 mars 2002</i> : breve apontamento sobre os recentes desenvolvimentos no direito francês relativos aos casos de <i>wrongful life</i> .....	231
1.1.1. Noção. Posição Tradicional.....	231
1.1.2. A jurisprudência francesa: o ‘ <i>affaire Perruche</i> ’ .....	234
1.1.3. A <i>loi du 4 mars 2002</i> – a solidadiedade social como solução redentora.....	236
1.1.4. Direito Português. Breve reflexão.....	238
2. Os Meios e os Fins do Tratamento Médico .....	241
3. Prognóstico.....	241
4. Os Efeitos Secundários.....	242
5. Riscos e Benefícios .....	243
5.1. Riscos típicos e atípicos.....	243
5.1.1. A teoria dos riscos significativos .....	244
5.1.1.a) Risco significativo em razão da necessidade terapêutica da intervenção.....	245
i) Urgência do tratamento .....	245
ii) Necessidade do tratamento .....	245
iii) Perigosidade do tratamento .....	246
iv) Novidade do tratamento.....	247
v) Gravidade da doença.....	248
vi) intervenções diagnósticas e intervenções terapêuticas....	248
5.1.1.b) Risco significativo em razão da sua frequência .....	249

i) O critério estatístico e os riscos especializados.....	250
5.1.1.c) Risco significativo em razão da sua gravidade.....	252
i) A jurisprudência francesa e a <i>loi du 4 mars</i> .....	253
5.1.1.d) Risco significativo em razão do comportamento do paciente .....	256
6. Dever de informar sobre a urgência da intervenção/ risco da demora no tratamento.....	257
7. As alternativas terapêuticas com os seus efeitos secundários, riscos e benefícios respectivos .....	257
8. Riscos e consequências da recusa do tratamento .....	259
9. Possibilidade de levar a cabo o tratamento num estabelecimento de saúde mais adequado.....	260
10. Competência ou falta de competência do médico?.....	260
11. Cláusula de <i>resultado</i> e Cláusula de <i>garantia</i> .....	261
11.1. Distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado.....	261
11.2. Alcance prático da distinção em função da actividade médica exercida .....	265
11.3. A cláusula de garantia .....	268
12. O custo do tratamento.....	269
13. Dever de comunicar novos riscos identificados posteriormente à execução de exames de diagnóstico, tratamentos ou acções de prevenção .....	270
14. Dever de comunicar os erros médicos praticados.....	271
§ 39. Critérios valorativos da informação prestada .....	272
1. Critério do médico razoável.....	272
2. Critério do paciente razoável .....	274
3. Critério subjectivo: o paciente concreto.....	275
§ 40. Excurso: Dever de Informar nos Ensaios Clínicos .....	277
1. A experimentação com seres humanos e o consentimento informado .....	277
2. A utilização de placebo e o dever de informação .....	280
3. A gratuidade e o consentimento livre.....	282
4. Distinção entre ensaios clínicos e inovações terapêuticas.....	283

### Secção V - Modo de Transmissão da Informação

§ 41. O modo de transmissão da informação .....	283
1. Oral .....	283
1.1. O direito a ser informado numa língua que o paciente compreenda ..	283
1.2. Direito a ser informado numa linguagem acessível a leigos .....	284
2. Escrito .....	284
3. Momento em que se transmite a informação.....	285

### Secção VI – Limites ao Dever de Informar

§ 42. O Privilégio Terapêutico.....	286
1. Noção e Direito Comparado .....	286
2. Direito Português.....	289
§ 43. O Direito a Não Saber .....	291

### Secção VIII - O dever de Verificar o Esclarecimento do Doente

§ 44. O dever de verificar o esclarecimento do paciente – situações mais relevantes .....	294
---	-----

## CAPÍTULO III – O CONSENTIMENTO

### Secção I – O Consentimento

§ 45. Modalidades da declaração de consentimento.....	297
1. Consentimento expreso e consentimento tácito .....	297
1.1. Casos em que se exige consentimento expreso .....	297
2. Forma do consentimento .....	300
2.1. A regra da liberdade de forma.....	300
2.2. Casos em que o consentimento deve ser prestado por escrito .....	300
2.2.1. Exigência de forma no caso de intervenções invasivas? .....	301
3. Intervenção de outras entidades no processo do consentimento informado ....	302
§ 46. Tempo do consentimento.....	305
§ 47. Renúncia ao direito de consentir .....	306
1. Renúncia .....	306
2. O Consentimento ‘em branco’ .....	306
§ 48. Revogação do consentimento .....	307
§ 49. O consentimento presumido.....	309
§ 50. Alcance do consentimento – “ <i>Extended operations</i> ” .....	311

### Secção II – O Dissentimento

§ 51. A Recusa de Tratamento/ O Dissentimento.....	313
1. Direito de recusar o Tratamento .....	313
2. Recusa de transfusões sanguíneas ou outros tratamentos vitais.....	314
3. Tratamento coactivo para evitar tentativa de suicídio.....	317
§ 52. O direito a morrer com dignidade: eutanásia e cuidados paliativos .....	318
1. O caso limite do paciente em estado vegetativo crónico.....	318
2. O "Direito de morrer (direito a não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida)" .....	320
3. Eutanásia versus Cuidados Paliativos (?).....	322
4 A Eutanásia no Direito .....	323

### Secção III - Dever de Documentação

§ 53. O dever de documentação.....	327
§ 54. O acesso ao dossier clínico.....	329
1. Direito comparado.....	329
2. Em Portugal.....	332

### Secção IV - Os Formulários para Prestação do Consentimento

§ 55. A Utilização dos Formulários para Obtenção do Consentimento do Paciente .....	333
1. A burocratização do consentimento informado .....	333
2. Estudos sociológicos: o fracasso da informação escrita .....	336
§ 56. O Controlo do Formulários para Prestação do Consentimento pelo Diploma das Cláusulas Contratuais Gerais .....	337

1. O Diploma das Cláusulas Contratuais Gerais e o consentimento para intervenções médicas .....	337
2. Os formulários em clínicas privadas.....	337
3. No quadro de uma relação de serviço público.....	339
4. Vantagens de regime: controlo de inclusão, controlo do conteúdo e a acção inibitória .....	340
5. Conclusão.....	343

### Secção V - A Telemedicina

§ 57. Noções introdutórias.....	344
1. Definição.....	344
2. Tipos de Telemedicina.....	345
§ 58. Consentimento informado e telecirurgia.....	346
1. Tipologia da telecirurgia.....	346
2. Nível da informação .....	347
3. Conteúdo da informação .....	348
4. Responsabilidade pela informação.....	349
5. Forma do consentimento .....	350

## CAPÍTULO IV - EXCEPÇÕES À OBRIGAÇÃO DE OBTER O CONSENTIMENTO (INFORMADO)

### Secção I - A Urgência

§ 59. A urgência como justificação legal do tratamento médico.....	351
--	-----

### Secção II - Autorizações Legais

§ 60. Ponto de ordem.....	353
§ 61. O direito de saúde pública.....	357
1. Vacinação obrigatória.....	357
2. A doença de Hansen .....	358
3. Internamento compulsivo de doente pulmonar (tuberculose) .....	358
§ 62. Tratamentos em detidos .....	363
§ 63. Internamento compulsivo de doentes mentais .....	366
§ 64. Exames médicos em medicina do trabalho .....	370
§ 65. Direito Processual.....	372
1. Exames médicos em Processo Penal.....	372
2. Testes de alcoolemia.....	373
3. Exames médicos em Processo Civil ( <i>maxime</i> nas acções de filiação).....	374
§ 66. Doação <i>post-mortem</i> de órgãos ou tecidos.....	376
1. A Doação <i>post mortem</i> como elemento de um processo de tratamento de centenas de concidadãos.....	376
2. O modelo da oposição ou dissentimento – sua conformidade com a Constituição.....	377
3. Normas inconstitucionais.....	380
4. Sanções pela colheita ilegal em cadáveres .....	380
§ 67. Utilização de cadáveres para fins de ensino e de investigação científica.....	382



## PARTE IV – RESULTADOS DA INVESTIGAÇÃO

§ 68. Resultados da investigação.....	385
BIBLIOGRAFIA.....	403

## Lista de Abreviaturas:

ABGB – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco)  
ADN – Ácido Desoxirribonucleico  
AMM – Associação Médica Mundial  
AR – Assembleia da República  
Art. - Artigo  
BFD – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)  
BGH – Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão)  
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça  
BverfG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão)  
BW (Burgerlijk Wetboek) – Código Civil dos Países Baixos  
CC – Código Civil  
CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos  
CEDH – Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos e Liberdades Fundamentais do Homem  
CEDHbio – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina  
CES – Comissões de Ética para a Saúde  
Cfr. - Confronte  
CJ – Colectânea de Jurisprudência  
CJ-STJ – Colectânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)  
CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida  
CP – Código Penal  
CPC – Código de Processo Civil  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
CSP – Code de Santé Publique (França)  
DAR – Diário da Assembleia da República  
DGSI – Direcção Geral dos Serviços de Informática  
DPN – Diagnóstico Pré-Natal  
DR – Diário da República  
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem  
EDPr – Europa e Diritto Privato  
EH – Estatuto Hospitalar  
EOE – Estatuto da Ordem dos Enfermeiros  
ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais  
EUA – Estados Unidos da América  
FS - Festschrift  
GG – Grundgesetz (Constituição da República Federal alemã)  
HIV – Vírus de Imunodeficiência Adquirida  
JCP – Juris-classeur périodique. La Semaine Juridique (Édition Générale)  
JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias  
JZ – Juristen Zeitung  
LBS – Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 21 de Agosto)  
LDC – Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho)  
LSM – Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho)  
MP – Ministério Público  
Med.L.Rev. – Medical Law Review

---

Med Law – Medical and Law (World Association for Medical Law)  
MedR – Medizin und Recht  
NJW – Neue Juristische Wochenschrift  
OGH - Oberste Gerichtshof (Supremo Tribunal austríaco)  
OMS – Organização Mundial de Saúde  
OTM – Organização Tutelar de Menores  
P(p). – página(s)  
P. ex: – por exemplo  
PGR – Procuradoria Geral da República  
PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos  
PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais  
PMA – Procriação Medicamente Assistida  
RCP – Responsabilità Civile e Previdenza  
RDE – Revista de Direito e Economia  
RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais  
RdM - Recht der Medizin  
RDSS - Revue de Droit Sanitaire et Social  
Rev Der Gen H – Revista de Derecho y Genoma Humano  
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência  
ROA – Revista da Ordem dos Advogados  
RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal  
S(s). – seguinte(s)  
SIDA – Síndrome de imunodeficiência adquirida  
SNS – Serviço Nacional de Saúde  
STA – Supremo Tribunal Administrativo  
STJ – Supremo Tribunal de Justiça  
Tb. – Também  
UE – União Europeia  
VersR – Versicherungsrecht  
ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



# PARTE I – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CONSAGRAÇÃO DO DIREITO AO CONSENTIMENTO INFORMADO

## CAPÍTULO I – A CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

### § 1. Justificação da matéria

A responsabilidade médica é hoje centro das atenções públicas. Seja nos meios de comunicação social, no debate universitário, ou nas salas dos tribunais, o médico deixou de estar imune à crítica e à responsabilidade, que numa sociedade plural e aberta se afirma, cada vez mais, na sua face jurídica<sup>1</sup>. Contudo, a percepção da realidade varia em função do observador. Se por parte dos médicos<sup>2</sup> se regista um receio da “negligência”, do “erro médico” – da *malpractice* – já por parte dos pacientes há um descontentamento devido à desumanização da actividade médica e uma demanda crescente da sua participação activa

---

<sup>1</sup> O direito ganha, nas sociedades ocidentais hodiernas, um estatuto de primazia na regulação da vida em sociedade. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, “O direito como alternativa humana”, *Digesta*, vol. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 289 e ss. Por outro lado, o Direito das Pessoas afirma-se como uma das áreas mais prometedoras do desenvolvimento da Ciência do Direito no século XXI, na opinião de MENEZES CORDEIRO, “Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa”, *ROA*, 61, III, Dezembro de 2001, p. 1229. A crescente litigiosidade médica deve ser vista no âmbito, mais geral, do aumento progressivo da responsabilidade profissional e estas transformações são mais um problema social e moral do que de pura reforma legislativa, como afirma Lord Kilbrandon no prefácio da obra de Dieter GIESEN, *International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988. Aliás, como afirma GIESEN (*ibidem*, p. XIV): “cases of professional liability outside the medical field are much more frequent than medical malpractice actions, and the success rate of plaintiffs in medical malpractice actions remains considerably lower than in other areas of professional liability.”

<sup>2</sup> Cfr., todavia, António BARROS VELOSO, *Medicina: A Arte e o Ofício*, Lisboa, Gradiva, p. 142. O Autor assinala que a boa relação comunicacional com o paciente pode absolver o médico mais incompetente da assunção da responsabilidade: “Veja-se, por exemplo, o caso de um doente que sai do hospital satisfeito e reconhecido, que distribui presentes aos médicos e às enfermeiras e que publica agradecimentos nos jornais. Lembro-me de alguns casos destes em que, do ponto de vista técnico, tudo tinha corrido de forma desastrosa e em que a qualidade da medicina prestada tinha sido muito má.”

nos cuidados de saúde ministrados no seu próprio corpo – fruto da democratização do conhecimento e de uma cultura consumerista e reivindicativa.<sup>3</sup>

Assim, na Europa<sup>4</sup> e nos Estados Unidos<sup>5</sup>, verifica-se um crescimento da litigiosidade ao nível da responsabilidade médica<sup>6</sup>, ganhando destaque, nos quadros

---

<sup>3</sup> Na verdade, nas últimas décadas têm-se registado fortes melhorias da saúde dos Portugueses. Parece chegar agora o tempo da melhoria da qualidade e da humanização dos serviços. Os “ganhos em saúde” são acentuadas quer na redução da incidência dos problemas de saúde (nomeadamente das *doenças transmissíveis*: tosse convulsa, poliomielite, tétano e difteria), quer por redução das taxas de mortalidade (nomeadamente de algumas *doenças crónico-degenerativas*); por outro lado, houve ganhos notáveis na saúde perinatal, e na saúde da mulher e da criança (embora com espaço ainda para ganhos no apoio pré-concepcional e no diagnóstico pré-natal). Os ganhos são mais modestos nas áreas ligadas a “atitudes e comportamentos nocivos, condutas imprudentes e agressivas, escasso respeito por si próprio, pelos outros e pela sociedade, em suma traços de subdesenvolvimento cívico e de cidadania” (acidentes, em especial os de viação, violência doméstica e SIDA). Por outro lado, “é importante reconhecer que muitos dos ganhos observados para os menores de 65 anos de idade não se reflectem em ganhos para a população mais idosa” - OBSERVATÓRIO PORTUGUÊS DOS SISTEMAS DE SAÚDE, *O Estado da saúde e a Saúde do Estado, Relatório de Primavera – 2002*, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002, pp. 22-23; cfr. tb. [www.observaport.org](http://www.observaport.org).

<sup>4</sup> Segundo MALICIER/ MIRAS/ FEUGLET/ FAIVRE, *La Responsabilité Médicale – Données Actuelles*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Editions ESKA/ Editions Alexandre Lacassagne, 1999, p. 13, em França, de acordo com o “*Panorama du Médecin*”, de 30 de Agosto de 1990, cada ano, um médico em cada 70 corre o risco de estar envolvido num processo judicial de responsabilidade médica.

<sup>5</sup> É de todos conhecido o nível especulativo a que se chegou nos EUA no que respeita à responsabilidade médica. Vem-se falando em muitos países, sobretudo em França, numa “*dérive à l'américaine*” ou num “*spectre de la judiciarisation à l'américaine*”. Ora, note-se que há diferenças estruturais que contribuem para que as características próprias do sistema de responsabilidade civil americano sejam irrepetíveis na Europa, em geral. Uma delas é o elevado nível de prestações da segurança social que se verifica na Europa, conduzindo a que, por exemplo, a Dinamarca – apesar do seu alto índice de desenvolvimento - seja um dos países europeus em que as indemnizações por danos pessoais é mais baixa. Isto porque, uma vez que o cidadão beneficia de largos apoios da segurança social, os seus danos patrimoniais não são tão elevados, por aplicação da *teoria da diferença* (art. 562º CC). Pode-se afirmar que nos EUA, o cidadão carece mais da tutela da responsabilidade civil. Outro aspecto relevante é a proibição da “*quota litis*” (cfr. art. 66º do estatuto da Ordem dos Advogados - Decreto-Lei nº 84/84, de 16 de Março). Segundo António ARNAUT, *Estatuto da Ordem dos Advogados*, 5ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 64, “tal proibição pode filiar-se na independência e dignidade do Advogado, cujos honorários não podem depender da demanda.” Ora, a “*quota litis*”, que é muito frequente nos EUA, embora permita que o cidadão aceda gratuitamente ao tribunal, pode dar lugar a processos especulativos. Uma terceira razão encontra-se na existência de “*punitive damages*” (danos punitivos) os quais são calculados acima do montante do dano real e que têm em vista sancionar o autor do prejuízo. Trata-se de uma figura inteiramente desconhecida na Europa continental. Outro factor importante é a presença de júris, que têm inflacionado o montante das indemnizações do outro lado do Atlântico (Cfr. Basil MARKESINIS, “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt PÉRRUCHE”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, vol. 8, n.º 4, p. 86).

<sup>6</sup> O “direito da reparação dos danos (pessoais)” inclui, para além da tradicional responsabilidade civil (subjectiva e objectiva), outros “mecanismos de reparação colectiva”, sendo famosa a “*alternativa escandinava*”. Sobre este tema, *vide* as obras de Jorge SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil”, *RDE*, Coimbra, Ano IV, nº 1, Jan.-Jun. 1978, p. 313 e ss., IDEM, “Responsabilidade por Culpa, Responsabilidade Objectiva, Seguro de Acidentes”, *RDE*, Coimbra, Ano V, nº1, Jan.-Jun. 1979, p. 317 e ss. (estes estudos foram republicados pelo Autor em *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983); IDEM, “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal: a Lei e o Futuro”, *CJ*, Ano XI, 1986, Tomo 4, p. 6 e ss.; e na doutrina estrangeira, cfr. Raimo LAHTI, “Towards a comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finish Experience”, WESTERHÄLL/ PHILLIPS (Eds.), *Patient's Rights*, Stockholm, 1994; PICHLER, *Rechtsentwicklungen zu einer Verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich*, Wien, Bonn, Weimar, Böhlau, 1994; Giovanni COMANDÉ, *Risarcimento del Dano Alla Persona e Alternative Istituzionali: Studio di Diritto Comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999; Christian KATZENMEYER, *Arzthaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 194-272; Martti MIKKONEN, “The Nordic Model: Finish Experience of the Patient Injury Act in Practice”, *Med Law* (2001) 20: pp. 347-353 e ERCHSEN, “The Danish Patient Insurance System”, *Med Law* (2001) 20: pp. 355-369. Esta alternativa está hoje novamente na ordem do dia com a sua

estatísticos, a responsabilidade por violação do consentimento informado (*informed consent*)<sup>7</sup>. Com efeito, mais do que o reconhecimento da negligência, que se situa na evolução natural do direito, o consentimento é a pedra angular de uma ruptura conceptual do paciente que se transforma num consumidor de cuidados de saúde.<sup>8</sup>

O direito à *autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde*<sup>9</sup> é, pois, uma realidade filosófica, normativa e com clara expressão na realização prático-judicativa do direito. Num estudo sobre responsabilidade médica, elaborado pelo *Colegio Oficial de Médicos de Barcelona*, no ano de 1998, concluiu-se que a metade das acções judiciais relativas à responsabilidade médica subjaz um problema de comunicação (violação da confidencialidade, realização de intervenções médicas sem informar o paciente, ou transmissão de informação insuficiente ou errada). Na Alemanha, já na década de setenta, duas terças partes dos processos de responsabilidade médica prendiam-se com a ausência ou insuficiência de informação.<sup>10</sup>

Uma outra razão é de natureza muito pragmática e de origem processual. É que dada a extrema dificuldade de prova da negligência médica, orientar o processo com mira na responsabilidade pelo consentimento informado afigura-se, muitas vezes, mais fácil e mais eficaz.<sup>11</sup> Afirmam autores norte-americanos que: “*It may be that the cases that have reached*

---

introdução, embora parcial e mitigada, no direito austríaco (onde só se aplica nos *hospitais públicos* - Cfr. AIGNER/ WALLNER, “Attempts to establish a system of non-fault compensation for medical maltreatment in Austria”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, II, pp. 329-333) e no direito francês (onde se limita a certas classes de danos - cfr. Jean-Marie CLÉMENT, *Droits des malades*, 2002, pp. 59 a 73).

<sup>7</sup> Cfr. Olivier DUPUY, *L'information médicale: information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, pp. 108 e ss. O Autor apresenta um estudo estatístico das decisões da *Cour de Cassation* e do *Conseil d'État* em matéria de litígios relativos à informação dos pacientes por parte dos médicos entre 1 de Janeiro de 1990 e 30 de Junho de 2000. As acções por violação do consentimento informado não sendo muito numerosas, nos tribunais superiores, têm já uma expressão significativa. O não esclarecimento dos riscos da intervenção representa 90% dos casos de falta de informação, na *Cour de Cassation*, e 76%, no *Conseil d'État*.

<sup>8</sup> Assim, CLÉMENT, *Droits des Malades (les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droit hospitalier)*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, p. 8.

<sup>9</sup> Expressão de Guilherme de OLIVEIRA, “O fim da ‘arte silenciosa’”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 99. Saliento, desde já, que esta expressão é feliz, pois está perfeitamente adaptada à medicina moderna, que se revela na sua faceta diagnóstica, terapêutica, preventiva, curativa, paliativa, farmacológica, cirúrgica, estética, hormonal, laboral, ligada aos seguros, às práticas desportivas, de procriação assistida, de transexualismo, de esterilização, de transplantação, experimentação, caminhando já para a terapia génica, discutindo-se mesmo se aí se deverá inserir o acto da eutanásia, etc. Ou seja, o acto médico, em sentido amplo, não se reduz já apenas à intervenção terapêutica e curativa. A medicina assume, assim, quase foros de um verdadeiro *serviço* enquadrado na *sociedade de consumo*. O conceito de *autodeterminação nos cuidados de saúde* tem, adequadamente, um sentido amplo e abrangente.

<sup>10</sup> GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 21.

<sup>11</sup> Sobretudo, se aceitarmos que o ónus da prova do consentimento informado impende sobre o médico, como explicam LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup>, München, C.H.Beck, 2002, p. 507.

*the appellate courts on an informed consent issue are those in which the plaintiff's attorney learned he could not prove a deviation from the standard of care after he invested a significant sum in the litigation.*<sup>12</sup>

Esta observação, meramente empírica, justificará que o grande labor doutrinal e jurisprudencial dos ordenamentos jurídicos europeus e norte-americanos se concentre de forma muito significativa na matéria que pretendo tratar nesta dissertação. A jurisprudência, para lá do Guadiana e do Minho<sup>13</sup> é abundante e a doutrina é também muito rica. Acresce ainda, que, por toda a Europa se tem registado, nos últimos anos, uma intensa actividade legislativa, quer a nível autonómico<sup>14</sup> e nacional<sup>15</sup>, quer a nível internacional e comunitário.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Stanley PREISER/ Cyril WECHT/ Monty PREISLER, *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, vol. II, p. 7. No mesmo sentido, para o direito alemão, cfr. Erwin DEUTSCH, *Medizinrecht (Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht)*, 4. Auflage, Springer, 1999, p. 77.

<sup>13</sup> Em Espanha encontramos muita jurisprudência relativa à responsabilidade por violação do consentimento informado. Só na obra de MARTINEZ-CALCERRADA/ Ricardo DE LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, 3 Tomos, Colex, 2001, onde os autores fazem uma selecção da jurisprudência mais significativa, encontramos 20 casos de consentimento informado decididos pelo Tribunal Supremo. Para o direito alemão, vide KUNTZ, *Arztbaftungsrecht: Sammlung von Entscheidungen*, que dedica grande parte do vol. 2 e do vol. 3 à jurisprudência relativa ao dever de informação e ao consentimento; cfr. Erich STEFFEN/ Wolf-Dieter DRESSLER, *Arztbaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung*, 9., neubearbeitete Auflage, Köln, 2002, pp. 162-228 e LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup>, pp. 1538-1574. Para o direito francês, vide Gilles DEVERS, *Pratique de la responsabilité Médicale*, Paris, Éditions ESKA, 2000., pp. 130 e ss.

<sup>14</sup> Refiro-me à riqueza legislativa das Comunidades Autónomas espanholas: *v.g.*, a Ley 21/2000, de 29 de Dezembro, sobre direitos de informação relativa à saúde e autonomia do paciente e documentação clínica, da Comunidade autónoma da Catalunha, a Ley 3/2001, de 28 de Maio, da Comunidade Autónoma da Galiza e a Ley 10/2001, de 28 de Junho, da Extremadura.

<sup>15</sup> Lars FALLBERG, “Consequences of the Amsterdam Declaration – a rights revolution in Europe?”, in 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 6, constata que desde a publicação, em 1994, da *Declaração de Princípios dos Direitos dos Pacientes na Europa*, da OMS, muitos países produziram legislação sobre esta matéria: 8 países introduziram legislação (Países Baixos, Noruega, Lituânia, Dinamarca, Islândia, Geórgia, Israel e Áustria); outros países melhoraram a sua legislação (Grécia, Hungria, Bielorrússia, Eslováquia, Eslovénia e Suécia). Já antes, na Finlândia tinha sido promulgado o *Act on The Status and Rights of Patients*, de 17 de Agosto de 1992.

Mesmo fora do Continente europeu se regista esse movimento: em Israel, o *Knesset* aprovava, a 1 de Maio de 1996, a Lei dos Direitos do Paciente (*Vide* Amos SHAPIRA, “Country Report Israel”, in Jochen TAUPITZ (Ed.) *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their life – An International Documentation*, Springer, 2000, pp. 691 ss.); na Nova Zelândia vigora o *Code of Health and Disability Services Consumers’ Rights* (*Vide* Peter SKEEG, “Country Report New Zealand”, in TAUPITZ, *Regulations of Civil Law...*, pp. 773 e ss.).

Muito recentemente também vários países – e, para mais, países culturalmente próximos de Portugal – aprovaram legislação referente aos direitos dos pacientes. Assim aconteceu em França (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* - sobre a qual vide PALEY-VINCENT, *Responsabilité du médecin*, Paris, Masson, 2002, *passim*, e GARAY, “La nouvelle législation française relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 194 e ss.), a Bélgica (*Loi relative aux droits du patient*, de 22 de Agosto de 2002 – que entrou em vigor a 6 de Outubro de 2002) e a Espanha (Ley 41/2002, de 14 de Novembro ‘*reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*’, que entra em vigor no dia 16 de Maio de 2003).

O Reino Unido lançou mão de outro método para promover os direitos dos pacientes: em 1991 publicou a Carta do Paciente (*Patient’s Charter*): uma combinação de *standards* nacionais e uma codificação da prática existente. Portugal, Irlanda e a Alemanha seguiram este modelo. Contra estas Cartas aduz-se que não têm força de lei, traduzindo-se num mero manifesto político. Cfr. tb., FLUSS, “Comparative Overview of



Passados que estão os tempos em que o “Físico” era uma espécie de Sacerdote, e a cura uma graça de Deus, a relação médico-paciente entrou no mundo do direito. Por todo o lado os casos de negligência médica e de intervenções não consentidas vão chegando às salas dos Tribunais e às páginas dos jornais. Numa sociedade crítica, como a nossa, os cidadãos clamam pela satisfação dos seus direitos e exigem responsabilidades em situações que outrora relegavam ao fado, ao azar.

A afirmação do primado da pessoa humana, que se vem delineando desde o renascimento e que alcança o seu esplendor após os horrores da segunda guerra mundial, tem o seu reflexo no mundo da medicina com a consagração do princípio ético da autonomia, que se não se sobrepõe, pelo menos não pode ser amesquinhado pelo princípio da beneficência. Como afirma Costa Andrade, “o médico não pode apenas sacrificar ao velho mandamento hipocrático: *salus aegroti suprema lex esto!* Tem também de prestar homenagem ao imperativo: *voluntas aegroti suprema lex esto!*”<sup>17</sup>

O estudo jurídico do consentimento informado parece-me, deste modo, justificado. Trata-se de uma matéria actual, que tem vindo a ser objecto de intervenções legislativas nos nossos países vizinhos e de crescente importância jurisprudencial. Os tribunais portugueses ainda não sentiram o grande embate que se avizinha. Espero poder contribuir para que, quando esse momento chegar, haja mais um instrumento de trabalho que permita ajudar a resolver os complexos problemas jurídicos que se irão colocar.<sup>18</sup>

## § 2. O Consentimento Informado: sua emergência histórica

*“Il n’appartient qu’aux médecins de mentir en toute liberté...”*

Platão

### 1. Da “medicina arte” e o “doente–enfermo” à “medicina–técnica” e o “paciente–cidadão”

---

International and National Developments in Regard to Patient’s Rights Legislation”, in WESTERHALL/ PHILLIPS (Ed.), *Patient’s Rights*, Stockholm, 1994, pp. 439 e ss.

<sup>16</sup> Dimo ILIEV/ Mikko VIENONEN, *Patient’s Rights Development in Europe*, December 1998, OMS.

<sup>17</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 381.

<sup>18</sup> Este trabalho tem na sua base um lastro de cultura jurídica de direito da medicina que vem sendo realizado na Escola da Faculdade de Direito de Coimbra, de que destacaria, no específico tema do consentimento informado, os trabalhos de FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Lisboa, 1984, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, Coimbra, 1992, Guilherme de OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, 1999, e VAZ RODRIGUES; *O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, 2001.

O consentimento do paciente conta com uma longa história. Começou por ser uma mera manifestação de cooperação do doente até chegarmos ao reconhecimento da autonomia da vontade. O respeito devido ao doente, reconhecido desde a medicina antiga, não implicava necessariamente que se fizesse referência à liberdade do paciente. Naturalmente, para ganhar a sua confiança, os escritos hipocráticos sugeriam que se assegurasse a cooperação do paciente e Platão estimava que era necessário informar o homem livre, sem dar ordens, para conseguir alcançar essa confiança. Mas foi apenas com o povo hebraico que o consentimento se tornou uma regra da relação médico-paciente. O respeito pela pessoa humana impunha que o médico não executasse qualquer operação sem o consentimento do doente (*Talmud*, Tratado Baba Kamma). Contudo, se até ao séc. XIX, o consentimento parece desejável isto visa apenas favorecer o tratamento e a actividade do médico.<sup>19</sup>

Com a filosofia das luzes, em especial com o contributo de Immanuel Kant, dá-se a emancipação do indivíduo<sup>20</sup> e os direitos humanos erguem-se em fundamento da democracia, o que, com o tempo, veio a transformar radicalmente a relação médico-paciente. O séc. XIX traz-nos o conhecimento das doenças e a primeira metade do séc. XX conhece a revolução do medicamento. Estavam assim reunidas as condições da ascendência crescente da medicina sobre a sociedade e conhecem-se os dias gloriosos do paternalismo médico.

Mas, nos dias de hoje, os avanços médicos em termos de aumento da esperança de vida são menores. Os desenvolvimentos da biologia e da medicina são cada vez mais inquietantes: as pessoas têm medo de ser “experimentadas”, duvida-se de “manipulações genéticas”. A medicina imiscui-se na nossa vida privada como nos mostra a procriação assistida ou as informações médicas utilizadas para fins de investigação. Enfim, a medicina é cara quando não é mesmo perigosa: pense-se nas doenças iatrogénicas, nas infecções nosocomiais<sup>21</sup>, na contaminação dos produtos sanguíneos pelo vírus da SIDA e da Hepatite.

---

<sup>19</sup> Christian BYK, “Le Consentement à l’acte médical dans la relation médecin-patient en Europe”, in LEMAIRE/ RAMEIX/ GHANASSIA, *Consentement aux soins: vers une réglementation*, Paris, Flammarion, 1995.

<sup>20</sup> Cfr. Ruth FADEN/ Tom BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 8.

<sup>21</sup> Segundo David MORRIS, *Doença e cultura na era pós-moderna*, Lisboa: Instituto Piaget, 2000, uma estadia no hospital expõe agora os pacientes a infecções hospitalares – as chamadas infecções nosocomiais, que matam mais de sessenta mil americanos anualmente, muitos deles idosos. Chega mesmo a haver um *Journal of Hospital Infection...* De facto, a doença iatrogénica – o eufemismo médico para a doença causada por médicos ou procedimentos médicos – tornou-se um problema de tal forma grave que, frequentemente, as pessoas receiam mais os hospitais e os médicos que a própria morte.

Nestas condições — pergunta Christian Byk — uma maior autonomia do paciente não poderá ser o meio de reequilibrar a relação médico–paciente em benefício deste último, e também de fazer tomar consciência dos riscos que uma medicina tecnológica e desumanizada fará correr a toda a sociedade? É esta evolução de que dão testemunho a deontologia e o direito médico na Europa.<sup>22</sup>

O consentimento foi assim fruto de uma evolução progressiva. Todavia, este reconhecimento quiçá não teria sido possível sem a existência de um profundo traumatismo para a ética médica: as “experiências” com “material humano” realizadas durante a Segunda Guerra mundial por médicos alemães e japoneses, dos quais alguns eram figuras de proa reconhecidos pela comunidade científica internacional. Por isso, o Código de Nuremberga é o primeiro texto que explicita a exigência do consentimento. O consentimento para a investigação clínica foi o grande desencadeador da reflexão filosófica e jurídica após 1947, que viria a resultar nas décadas seguintes no debate sobre o consentimento para cuidados médicos.<sup>23</sup> Na verdade, foi preciso esperar até 1964, com a *Declaração de Helsínquia*, da Associação Médica Mundial,<sup>24</sup> para que um texto internacional de ética médica impusesse a exigência de consentimento, e ainda assim apenas para o domínio da experimentação médica. Esta mesma Associação Médica só em 1981, com a *Declaração de Lisboa*, veio afirmar que “depois de ter sido legalmente informado sobre o tratamento proposto, o doente tem o direito de aceitar ou recusar”.<sup>25</sup>

O poder terapêutico do médico da antiguidade grega não era inferior ao do médico do início do séc. XIX. A esperança de vida à nascença era de 18 anos na pré-história e em 1820 não ultrapassava os 30 anos, em Paris. A medicina não mudava e a moral e o direito da medicina também não. Daí a permanência das regras hipocráticas, de generosidade, de compaixão, de dedicação e de desinteresse. Hipócrates conviveu durante mais de 20 séculos com Hammurabi. Por um lado, o imaginário da história da medicina é dominado pelos templos em honra de Esculápio e da figura de semi-deus de Hipócrates e seus sequazes. Mas não podemos esquecer que o Código do rei da Pérsia criou as bases da responsabilidade médica e dissociou a figura do médico do padre. E não só “rebaixou” o

---

<sup>22</sup> BYK, “Le Consentement à l’acte médical...”, *cit.*, p. 31.

<sup>23</sup> RAMEIX/ ROUPIE, “Du Paternalisme à L’autonomie des Patients. L’exemple du consentement aux soins de réanimation”, in LEMAIRE/RAMEIX/GHANASSIA, *Consentement aux soins:..., cit.*, p. 9.

<sup>24</sup> Revista, por último, em Outubro de 2000, em Edimburgo, Escócia.

<sup>25</sup> A Declaração de Lisboa (1981) viria a ser emendada pela 47ª Assembleia Geral em Bali (Indonésia), em Setembro de 1995. Também a *Declaração de Bioética de Gijón* (2000), inclui a recomendação de que o paciente e o seu médico devem estabelecer conjuntamente os termos do tratamento.

médico ao mundo do direito, como lhe impôs uma *obrigação de resultado*.<sup>26</sup> Alguns historiadores afirmam que o médico viveu com uma certa impunidade, mas não podemos esquecer os relatos do “médico francês chamado à cabeceira de João do Luxemburgo (1296-1346), rei da Boémia, que incapaz de curar a cegueira do soberano, foi metido num saco, com a abertura cosida, e lançado ao rio Oder”;<sup>27</sup> o mesmo se diga das dificuldades de Vesálio.<sup>28</sup>

A medicina mudou.

Desde o final do século XIX, a higiene pública foi a guarda avançada daquilo a que se chamou “*police sanitaire*.”<sup>29</sup> E os frutos não tardariam a chegar: a primeira metade do século XX viria mudar a face da luta contra a doença. A revolução terapêutica operada no séc. XIX acentua-se com as descobertas das sulfamidas e, depois, da penicilina com Flemming. Doenças durante tanto tempo fatais podiam agora ser combatidas vitoriosamente: tuberculose, sífilis, septicemia, ou a afecção das glândulas endócrinas.<sup>30</sup> Curiosamente, foi na mesma época que a *Cour de Cassation* abriu as portas para o direito médico moderno, que se baseia na ideia de *contrato* e na ideia de *obrigações de meios* (*arrêt Mercier*, de 20 de Maio de 1936).<sup>31</sup>

O modelo paternalista já não satisfazia nem os paciente nem os médicos. As razões da superação desse modelo encontram-se, em parte, na própria medicina: ela tornou-se uma ciência cada vez mais precisa. Uma medicina que sabia menos, tinha menos a dizer ao doente. Por outro lado, tornou-se mais eficaz e, por isso, mais agressiva, mais invasiva, potencialmente mais perigosa, por meios cirúrgicos, químicos, exploratórios, que apelam ao consentimento do paciente. Outras razões estão na própria evolução da sociedade: a democratização do ensino, o crescimento do conhecimento e a autonomia dos cidadãos, o

---

<sup>26</sup> Pierre LE MAUFF, in *Les Aspects Actuels ou Méconnus de la responsabilité Médicale*, Paris, Litec, 1991, p. 5.

<sup>27</sup> Jacques LE GOFF, *As doenças têm história*, Mem Martins, Terramar, 1991, p. 221, *apud* Guilherme de OLIVEIRA, “Estrutura jurídica do acto médico”, in *Temas...*, p. 69.

<sup>28</sup> Como bem mostra LÓPEZ PIÑERO, *La Medicina en la historia*, Madrid, Salvat Editores, 1986, p. 15, a medicina da Idade Média ora era atirada à fogueira por diabólica bruxaria (cfr. Encíclica de 1484 do Papa Inocêncio VIII), ora era venerada pelos milagres dos ‘santos da igreja’!

<sup>29</sup> CLÉMENT, *Droits des Malades*, p. 9. *Vide*, em Portugal, João Rui PITA/ Ana Leonor PEREIRA, “Liturgia Higienista no século XIX. Pistas para um estudo”, *Revista da História das Ideias*, 15, 1993, pp. 437-559.

<sup>30</sup> Sobre a revolução medicamentosa, *vide* João Rui PITA, *História da Farmácia*, Ordem dos Farmacêuticos Secção Regional de Coimbra/ Minerva, 1998, pp. 241 e ss.

<sup>31</sup> Uma decisão do Tribunal Federal Suíço, de 10 de Junho de 1892, reconhecia já a existência de uma relação contratual entre o paciente e o médico (“louage de services”). Cfr. Gérard MÉMETEAU, “Le tour du monde en 80 lignes, notes sur la responsabilité médicale comparé”, in *Les Aspects Actuels ou Méconnus de la responsabilité Médicale*, 1991, p. 76.

desenvolvimento da informação médica e, sobretudo, talvez, o pluralismo das opções políticas, filosóficas e religiosas, colocam em cheque o paternalismo actual.<sup>32</sup>

Com o consentimento informado abandona-se o tempo da *autoridade de Esculápio*. O tempo da medicina paternalista, em que se procurava seguir o princípio da beneficência, mas sem considerar devidamente as opiniões do paciente: “tudo para o doente, mas sem o doente”. A relação médico–paciente era de tipo vertical, de forma que o médico desempenhava o papel de tutor e o *enfermo* o de desvalido. Na verdade, a palavra enfermo provém do termo latim *infirmus*, ou seja, débil, sem firmeza, não apenas física, mas também moral; de onde resulta que historicamente não fizesse sentido solicitar a sua opinião ou o seu consentimento.

A relação médico–paciente transformou-se: partindo de um esquema autoritário e vertical, surge-nos hoje como democrática e horizontal; de um código moral único passou a um modelo pluralista de sociedade, que respeita os diferentes códigos morais. Na origem desta mudança estão diversos factores. Por um lado, a perda da relação de confiança que, outrora, presidia indefectivelmente às relações médico–paciente, e, por outro lado, a complexidade crescente e a correspectiva especialização do exercício da medicina, determinante, em último termo, de uma forte desumanização da sua prática.<sup>33</sup> Do estetoscópio e do xarope passou-se para a tomografia axial computadorizada e para o *pace-maker* na rotina dos cuidados de saúde; por outro lado, o ambiente em que a relação se desenvolve sofreu uma “revolução copernicana” ao “deslocar-se da casa do doente para os grandes complexos hospitalares.”<sup>34</sup>

A ideia de que cada intervenção médica carece do consentimento deve-se ao liberalismo no pensamento jurídico ocidental.<sup>35</sup> Como causas deste desenvolvimento encontramos, por um lado, a forte consciência do direito de livre autodeterminação sobre o próprio corpo, que a pouco e pouco também se afirmou perante o médico e, por outro lado, os avanços na medicina – novas técnicas operatórias e de procedimentos anestésicos – que acarretaram uma forte desconfiança por parte dos doentes.

Com efeito, as experiências totalitárias e os horrores do século passado, com programas de tratamento compulsivo, de esterilizações forçadas, de instrumentalização da

---

<sup>32</sup> RAMEIX/ ROUPIE, “Du Paternalisme à L’autonomie des Patients”..., *cit.*, p. 10.

<sup>33</sup> GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 24.

<sup>34</sup> Expressão de FIGUEIREDO DIAS, “O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica”, in *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos médicos, teológico-morais e jurídicos* (Exposições introdutórias do Colóquio realizado em 26 de Maio de 1972), Ordem dos Advogados, Porto, 1973, p. 32.

<sup>35</sup> Daniela ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen*, Wien, Verlag Orac, 1996, p. 66.

pessoa humana através da experimentação científica, em campos de concentração e em hospitais psiquiátricos (espelhos do *therapeutic state* dos anos sessenta e setenta), vieram alertar a sociedade e a doutrina jurídica no sentido de se dar a primazia aos “interesses de cada ser humano”<sup>36</sup>.

### § 3 A relação médico–paciente como contrato de prestação de serviços (médicos)

#### 1. O contrato de prestação de serviços: virtudes e defeitos

Antes de analisar especificamente o desenvolvimento do consentimento informado, importa compreender que a relação se juridificou. O direito é hoje capaz de realizar a anatomia da relação clínica, compreender a sua fisiologia e procura actuar em casos de patologia. E o grande instrumento que permitiu esta intervenção do direito foi o contrato.

Efectivamente, entende-se hoje que a relação médico–paciente reveste a forma de um contrato. Nem sempre foi assim. Ao longo do séc. XIX a relação médico–paciente esteve apenas sujeita ao regime da responsabilidade extracontratual.<sup>37</sup> Foi a 20 de Maio de 1936, que a Câmara civil da *Cour de Cassation*, no *arrêt “Mercier”*, sublinhou a relação contratual médico–paciente.<sup>38</sup> Com esta decisão, a relação assim definida é indiscutivelmente um *contrato*;<sup>39</sup> por outro lado, o acórdão define de maneira precisa a *obrigação de meios* que se impõe ao médico e o campo da responsabilidade médica é, deste modo, sensivelmente restrito.

Do ponto de vista da política de saúde, a afirmação da existência de um contrato teve, na época desta decisão, uma importância fundamental. Ela permitia fazer passar as

---

<sup>36</sup> Na expressão do artigo 2º da Convenção de Oviedo (1997).

<sup>37</sup> MORELLE, “La relation médecin-malade dans le Droit Français”, in *Consentement aux soins...*, cit., p. 25 ss.

<sup>38</sup> Nas palavras do Tribunal francês: “Forma-se entre o médico e o seu cliente um *verdadeiro contrato* comportando, para o médico, a obrigação, se não obviamente de curar o doente (o que aliás nunca foi defendido) ao menos de lhe fornecer os cuidados não quaisquer uns, mas conscienciosos, atentos, e, reserva feita a circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência; que a violação mesmo involuntária desta obrigação contratual será sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual.”

Já antes o Tribunal da Cassação se havia pronunciado no sentido contratualista, na sua decisão de 8-2-1932, *cf.* Yves-Henri LELEU/ Gilles GENICOT, *Le droit médical – aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 48. Em 24-2-1997, decidiu o Tribunal de Grande Instância de Versailles que: “La relation médicale entre le praticien et son patient emporte des obligations réciproques caractérisant l’existence d’un contrat, dont la violation, même involontaire, est sanctionnable par une responsabilité de nature contractuelle. Aux termes du contrat, le médecin s’engage à prodiguer des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données de la science, auxquelles le patient doit consentir”.

<sup>39</sup> O contrato é pois um instituto bastante maleável. Para uma análise histórica deste instituto *vide* Francisco Manuel de Brito Pereira COELHO, “Contrato” – Evolução do Conceito no Direito Português, *BFD*, LXIV, 1988, pp. 233-296. Na doutrina civilista é ainda hoje fundamental a obra de Inocêncio GALVÃO TELLES, *Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. VII, pp. 114-282. Na literatura mais recente, *vide* FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, I – Conceito, Fontes, Formação*, Coimbra, 2000.

relações entre médico e paciente de um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo direito: a mensagem do *arrêt Mercier* é, numa palavra, que o médico é um contraente, como qualquer outro prestador de serviços.<sup>40</sup>

Mais recentemente, o Código Civil Holandês de 1995 tipificou e regulamentou o *contrato de serviços médicos*. Embora esteja consciente das dificuldades que este modelo apresenta, a doutrina aplaude a opção<sup>41</sup>. Todavia, várias objecções se levantam a este modelo<sup>42</sup>. Em primeiro lugar, o contrato pressupõe a capacidade negocial, uma capacidade que nem sempre está presente, por exemplo, nos doentes do foro psiquiátrico ou que está totalmente ausente nos doentes em estado vegetativo (em coma). Em segundo lugar, nem sempre há uma correspondência entre as partes no contrato e na relação médico-paciente nem sempre são os mesmos. E isto, quer pela parte do paciente (veja-se o caso das crianças – o paciente é o menor, mas quem tem a obrigação de pagar os serviços são os pais; ou as situações complexas dos trabalhadores sujeitos a exames a cargo da entidade empregadora ou as relações entre as seguradoras e os clínicos); quer pela parte do médico, que muitas vezes é um mero “auxiliar” (na terminologia do art. 800º CC), sendo um terceiro o verdadeiro contraente.

Na verdade, a medicina privada envolve hoje vários intervenientes. O ‘João Semana’, que Fernando Namora imortalizou em *Retalhos da Vida de um Médico*, já não configura o tipo social dominante nos dias de hoje. Há clínicas, consultórios partilhados, sociedades de médicos, companhias de seguros, entidades empregadoras. O contrato médico pode, portanto, ser muito rico na sua estrutura. Como ensina Ferreira de Almeida, devemos distinguir entre as *partes* no contrato e as *pessoas* que intervêm no acto médico através do qual se realiza a prestação. Assim distingue as seguintes modalidades contratuais:

---

<sup>40</sup> MORELLE, “La relation médecin-Malade dans le Droit Français”, in *Consentement aux soins...*, pp. 25 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. Ewoud HONDIUS/ Annet VAN HOOFT, “The New Dutch Law on Medical Services”, *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996, pp. 1-17.

<sup>42</sup> DIJON, *Le sujet de droit et son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982, pp. 403 e ss., põe em causa a natureza contratual da relação médico-paciente, com base nos seguintes argumentos: (a) por um lado, este contrato não tem um objecto determinável, dada a natureza evolutiva e por vezes imprevisível da relação terapêutica: o direito à protecção da integridade física implica uma renovação do consentimento sempre que haja lugar a uma nova intervenção. Ora, parece pouco prático imaginar uma sucessão de contratos, a cada acto médico importante que suponha um novo acordo de vontades. (b) por outro lado, interroga-se sobre a licitude de se realizar um contrato sobre o direito fundamental à integridade física. De facto, o consentimento para uma lesão da integridade física é por essência revogável, o que parece incompatível com a noção de contrato. Como iremos ver ao longo deste trabalho, esta concepção não tem em conta a diferença entre o contrato base da relação clínica e o consentimento que se estabelece para cada intervenção médica, pelo que caem por terra estas objecções.

(1) a modalidade médico–paciente; (2) clínica–paciente; (3) médico–empresa; e, finalmente, (4) clínica–empresa.<sup>43</sup>

Por outro lado, o contrato normalmente acarreta direitos e obrigações para ambas as partes. Ora, o contrato de serviços médicos afigura-se bastante desequilibrado, com apenas duas obrigações do lado do paciente (a de pagar os honorários e a de fornecer ao médico a necessária informação e cooperação) e múltiplos deveres por parte do médico.<sup>44</sup> Contudo, a opção contratual tem a grande vantagem de o contrato se basear na *autonomia das partes* e de colocar em *posição de paridade* o médico e o paciente. Este é o habitat natural para os direitos do paciente tais como o direito à informação, ao consentimento e o acesso aos registos médicos. O contrato de direito civil dá-nos a base jurídica para os direitos, obrigações e deveres do médico bem como do paciente. O contrato médico consiste numa relação contratual, que pode ser vista como um “organismo”; visto que tem um início e um fim, desenvolvem-se deveres principais e secundários. Os direitos do paciente, previstos na *Declaração de Lisboa*, de livre escolha do Médico, de esclarecimento e à autodeterminação são bem recebidos no contrato civil.<sup>45 46</sup>

Em Portugal, Moitinho de Almeida afirmou, em 1972: “as relações mais comuns entre médicos e doentes assumem natureza contratual”.<sup>47</sup> Este contrato é qualificado pela doutrina nacional como *contrato de prestação de serviços*.<sup>48</sup> Ferreira de Almeida entende que este contrato, embora não seja um tipo legal (porque não tem regulamentação legal própria), é um *tipo social e nominado*, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais, isto é, trata-se de um “*contrato socialmente típico*”<sup>49</sup> inserido na categoria

---

<sup>43</sup> Cfr., com desenvolvimento, FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 89 ss. Na doutrina de língua alemã, cfr. Daniela ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffe*, Wien, Verlag Orac, 1996, pp. 16 e ss. e Gerson KERN, *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Wien, Manz, 1999, pp. 152 e ss.

<sup>44</sup> HONDIUS/ VAN HOOFT, “The New Dutch Law on Medical Services”, *cit.*, p. 10.

<sup>45</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht...*, p. 38. Na Alemanha foi apresentado, em 1982, um projecto de lei que visa regulamentar o contrato de serviços médicos (cfr. *idem*, *ibidem*, pp. 60-62).

<sup>46</sup> Na Bélgica, a natureza contratual da relação médica é defendida pela maioria dos autores e uma jurisprudência quase unânime. O mesmo valendo para o chamado “*Contrat d’Hospitalisation*”- cfr. LELEU/ GÉNICOT, *Le droit médical*, p. 48, com bibliografia e jurisprudência.

<sup>47</sup> MOITINHO DE ALMEIDA, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Juridica*, XXI, 1972, pp. 327 e ss.

<sup>48</sup> HENRIQUES GASPAS, “A Responsabilidade Civil do Médico”, *CJ*, 1978, 1, p. 543; PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra, 1986, art. 1154, na. 2 e art. 1156, na. 4 – relativamente à generalidade dos “acordos no domínio das profissões liberais”, ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica 21, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 222 e ss.

<sup>49</sup> Sobre os contratos socialmente típicos, *vide* PAIS de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 59 e ss. O Autor explica (pp. 60-61): “Para que de um tipo social se possa falar é preciso, em primeiro lugar que se verifique uma pluralidade de casos: a tipicidade não é compatível com a individualidade. Em segundo lugar, é necessário que essa pluralidade se traduza numa prática, quer dizer, que entre os casos que constituem a pluralidade haja uma relação ou ligação tal que eles se reconheçam como aparentados ou do mesmo tipo e que essa prática seja socialmente reconhecível, quer dizer, que seja, no meio



ampla de *contratos de prestação de serviço* (art. 1154º), onde se incluem prestações de “trabalho intelectual”.<sup>50 51</sup>

Contudo, seguindo a opinião de Figueiredo Dias, Sinde Monteiro<sup>52</sup> e Ferreira de Almeida<sup>53</sup>, a tipificação de um contrato de prestação de serviços médicos parece-me extremamente útil<sup>54</sup>.

Perante a falta de tipicidade legal, podemos ensaiar uma apresentação sumária do conteúdo desse contrato. Como ponto de partida, é seguro que se trata de um contrato civil

social em que é praticada, reconhecida como uma prática e não apenas como uma ou mais coincidências fortuitas. Em terceiro lugar, é preciso que exista, no meio social em que é praticada, uma consciência assumida, em termos tendencialmente gerais e pacíficos, da vigência e da existência dessa prática como algo de vinculativo, como modelo de referência e padrão de comparação, e como norma de comportamento, isto é, é preciso que exista o reconhecimento do carácter vinculativo dessa prática e desse modelo. São, no fundo, estes os requisitos do reconhecimento do direito consuetudinário. Os tipos contratuais sociais são direito consuetudinário.” Sobre o problema geral dos contratos atípicos, *vide*, ainda, PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, 2000, *passim*, especialmente pp. 30 a 44.

<sup>50</sup> E nem se invoque que em sede de responsabilidade contratual não haveria lugar à indemnização por danos não patrimoniais. Não há dúvidas que, ao menos, quando está em causa a “*violação ou ofensa a bens de natureza não patrimonial inseridos no quadro contratual*,” “a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais “é indiscutível” - como afirma PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 32, nota 77. No mesmo sentido também já FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 27. Desenvolvidamente sobre o tema, cfr. Maria Manuel VELOSO GOMES, *A Compensação do Dano Não Patrimonial (em especial no direito de autor)*, Coimbra, polic. 1998.

<sup>51</sup> Nas ordens jurídicas onde está tipificado legalmente o contrato de prestação de serviços, a opinião dominante vai no sentido de se lhe reconhecer essa natureza. Na doutrina espanhola defende-se que se trata de um contrato de prestação de serviços especial (FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidade Médica*, Tercera Edición, Granada, Comares Editorial, 2000. p. 30). O Tribunal Supremo, na decisão de 7 de Fevereiro de 1990 qualifica “*de contratos de servicios especial el que une al medico com el paciente....*”. Segundo LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, 2002, p. 349, na Alemanha, o contrato médico é visto como um contrato de serviços: *Der Arzvertrag ist kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag*. Pode-se, todavia, considerar que em certos casos há aspectos de um *Werkvertrag* (contrato de empreitada), nomeadamente no caso de realização de próteses ou a realização de exames laboratoriais. Segundo BARENDRECHT/ HONDIUS/ HESSELINK et al., *Study Group on a European Civil Code* “Chapter X – Treatment”, polic, 2002: “In most European countries the contract for treatment falls into the existing categories of *contract for services* (Austria, Italy, Portugal, Germany, Netherlands), *contract for work* (France, some Austrian doctrine) and *mandate* (Switzerland), or assume it to be a *sui generis* contract (some Austrian and Portuguese doctrine). The only country regulating the contract for treatment as a nominate contract is The Netherlands, whose Civil Code contains rules for such contracts. In some countries (Germany, Spain), if a contract for services can not be deemed perfect (e.g., lack of consent), the rules on *negotiarum gestio* are applied.”

<sup>52</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “*lege ferenda*””, *Scientia Iuridica*, XXXIII, Jan-Abril, 1984. p. 107.

<sup>53</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “*Os Contratos Cívicos*...”, *cit.*, p. 88.

<sup>54</sup> Uma alteração legislativa que viesse no sentido de tipificar o contrato de serviços médicos, talvez pudesse ser aplicável quer às relações de direito privado, quer às relações estabelecidas entre os ‘utentes’ e os hospitais e centros de saúde públicos. Com efeito, os tratamentos médicos, no nosso país, são frequentemente realizados de forma concomitante, ora no hospital, ora no consultório. Cfr., por exemplo, o caso decidido pelo Acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001, *in CJ-STJ*, II, 2001, 166 ss. É pois bizarro que o direito responda de formas tão distintas quando a realidade material entrecruza e confunde os dois planos (medicina privada e medicina pública). Basta ver que, consoante se esteja perante a responsabilidade administrativa ou civil, o réu é distinto (ali o hospital, aqui o médico), com diferentes jurisdições (no primeiro caso, a administrativa, no segundo, a comum); para além do próprio regime ser diferente: de um lado o Decreto-Lei n.º 48051, do outro o CC, em especial os artigos 798º ss..

Pronunciou-se contra a tipificação legal do contrato de serviços médicos o 52º (*Deutsche Juristen Tag*), opinião esta que aliás foi decisiva para que o governo alemão abandonasse o projecto de regulação, no BGB, deste contrato. *Vide* LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup>, 2002, p. 352.

(nunca é um acto de comércio), celebrado *intuitu personae* e é um contrato de consumo e portanto merecedor da aplicação das regras de protecção dos consumidores.<sup>55</sup>

## 2. O conteúdo do contrato de prestação de serviços clínicos

Procurando discernir o conteúdo desse contrato socialmente típico, deparamos com o facto de estes contratos serem normalmente realizados oralmente e sem serem acompanhados de detalhadas negociações pré-negociais dada a relação de confiança e a permanente continuidade que esta relação normalmente acarreta. Por isso, a *integração contratual* (art. 239º CC) é, neste contexto, extremamente útil.

Assim, este contrato estará enquadrado pelos seguintes patamares.<sup>56</sup> Em primeiro lugar, devem-se aplicar as *regras legais imperativas*, designadamente as impostas pela regulação da profissão médica e pela protecção dos consumidores e as normas que atribuem direitos e deveres aos pacientes. Em segundo lugar, o *costume, normas deontológicas e usos* (que não contrariem as normas legais imperativas). A integração das normas deontológicas e dos usos assenta nos seguintes pressupostos: (a) que o costume *praeter legem* seja aceite como fonte de direito colocada ao mesmo nível hierárquico das normas legais supletivas; (b) que se qualifiquem as normas deontológicas emitidas pela Ordem dos Médicos como normas corporativas; (c) que se admita a natureza normativa de certos usos e que a remissão do art. 239, 1ª parte, os possa incluir. Em terceiro lugar, deve-se recorrer às normas dos *contratos de mandato* ou de *empreitada* (se e na medida em que haja suficiente analogia). O art. 1156º remete-nos para as disposições sobre o mandato, mas pressupõe que se façam as necessárias adaptações. Quando em relação a determinado aspecto do contrato de prestação do serviço médico haja maior proximidade com o modelo legal da empreitada do que com o do mandato, a preferência pelas regras daquele contrato justificar-se-á, tanto mais que a empreitada é, tal como o mandato, um tipo incluído na categoria dos contratos de prestação de serviço.<sup>57 58</sup>

<sup>55</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis...”, *cit.*, p. 89.

<sup>56</sup> Sigo muito de perto FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis...”, *cit.*, pp. 99 ss..

<sup>57</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis...”, *cit.*, p. 101.

<sup>58</sup> Fazamos, então, um breve cotejo analítico das normas do contrato de mandato aplicáveis ao contrato de prestação de serviços médicos. Segundo o art. 1158º, o serviço presume-se oneroso, visto que o médico exerce a sua profissão (Cfr., também, o regime da Gestão de negócios – art. 470º CC –, que se presume onerosa, quando corresponde ao exercício da actividade profissional do gestor). O art. 1161º estabelece as obrigações do mandatário, ou seja do médico. A obrigação de seguir as instruções do mandante, não se coaduna com a *autonomia técnica e científica e independência* do médico [direito à liberdade de diagnóstico e terapêutica (art. 46º CDOM), independência dos médicos (art. 4º CDOM), liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento (art. 125º CDOM)]. Já o *dever de prestar informação*, assenta como uma luva, e pode ser invocado como mais um fundamento, de natureza civil e especificamente contratual, no sentido do dever de esclarecimento, cuja norma fundamental se encontra no art. 157º CP. Também o art. 1162º, al. a) pode ser relevante para a matéria do alcance do consentimento (regulado primacialmente no art. 156º, n.º 2 CP): na

### 3. A indispensável responsabilidade delitual

Por muito que se amplie o conceito de contrato nunca poderemos aí enquadrar situações em que não existe consentimento nem concurso de vontades prestado por uma das partes, nem directamente, nem através de um representante seu, pelo que teremos que aplicar (exclusivamente) o regime geral da *responsabilidade aquiliana*.<sup>59</sup>

Assim acontece, em primeiro lugar, no caso de *ausência de contrato*. Se o paciente está inanimado<sup>60</sup>, ou se trata de um incapaz sem representante legal, no caso de um anestesista que fez o seu trabalho sem conversar com o doente, não há um encontro de vontades, como também não existe quando a relação é imposta, como nos casos da medicina do trabalho, da medicina escolar e, para alguma doutrina, na medicina hospitalar.

Em segundo lugar, a responsabilidade delitual deve-se aplicar aos casos de *nulidade do contrato*. Assim acontecerá na prática de um aborto ilícito, contratos de disposição do corpo humano, nulos por violação da lei, da ordem pública ou dos bons costumes; quando

---

verdade, segundo esta norma, o mandatário (médico) pode afastar-se das instruções se puder afirmar que o mandante aprovaria a sua conduta. O art. 1163º prevê a aprovação tácita da execução ou inexecução do mandato, e parece pouco útil ao nível do contrato médico. É de admitir, em regra, que o consentimento seja prestado tacitamente (art. 217º CC); por outro lado, se o doente concordar *a posteriori* com a actuação do médico também nos parece lícito. O direito de o mandatário se fazer substituir (art. 1165º CC) deve ser conciliado com o direito à escolha do médico (Declaração de Lisboa da AMM) e o respeito pela vontade do paciente. O art. 1166º, ao estabelecer o regime da responsabilidade *conjunta*, não será aplicável já que, aceitando a doutrina do cúmulo das responsabilidades (Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, polic. Coimbra, 1983, pp. 211 e ss.) e visto que haverá sempre, na actividade médica, uma ofensa a um direito de personalidade, logo geradora de responsabilidade extracontratual, se poderá aplicar o regime da responsabilidade solidária, previsto no art. 497º CC. Do art. 1167º, relativo às obrigações do mandante (o paciente), podemos colher a obrigação de este fornecer ao médico os “meios necessários à execução do mandato”, que mais não é que o dever de informar o médico, para que este possa fazer a anamnese e estabelecer um diagnóstico correcto; em segundo lugar, está expresso o dever de pagar a retribuição a provisão por conta conforme aos usos. O art. 1170º estabelece que o mandato é livremente revogável, o que está em plena conformidade com a natureza do contrato médico; trata-se de um relação de índole pessoalíssima, em que a confiança entre as partes é absolutamente essencial e, logo, a liberdade de o paciente abandonar o contrato é imperiosa. O que aqui não encontramos é a regulação das necessárias cautelas que o médico deve ter se quiser pôr fim ao contrato. Também não se aceitará convenção em contrário (que será nula no caso do contrato médico), bem como a renúncia ao direito de revogar. O mandato também *no interesse do mandatário*, embora pudesse ser concebível em abstracto (por exemplo: na experimentação), é inadmissível. Aliás, a Lei dos ensaios clínicos (art. 10º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril) e dos transplantes (art. 8º, n.º 6 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril) não prevêm a hipótese de indemnização no caso de revogação do consentimento. E embora o art. 81º, n.º 2 o admita em geral para os direitos de personalidade, parece-nos, que no domínio médico dificilmente se poderá configurar essa hipótese. É que estamos aqui perante o *consentimento tolerante* (cfr. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1ª turma) do curso jurídico de 1980/1981*, Coimbra, 1981, polic., p. 183), que não admite qualquer indemnização. Sobre o mandato de interesse comum, cfr. Irene GIRÃO, *O mandato de interesse comum: um contributo para a determinação do conceito de interesse subjacente às norma dos artigos 1170º, n.º 2, 1175.º e 265.º, n.º 3 do Código Civil Português*, Coimbra, polic., 1997.

<sup>59</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Uma ‘Terceira Via’ no Direito da Responsabilidade Civil?*, p. 20, nota 4, com referência à doutrina nacional que discute a bondade da distinção entre responsabilidade obrigacional e extraobrigacional, optando o Autor pela valia desta distinção no direito português.

<sup>60</sup> Cfr. Esther GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo IV, Octubre-diciembre, 1998, p. 1695.

o médico viola as normas penais, pode incorrer em responsabilidade extracontratual para com a vítima. Também assim, se a vítima do dano não é parte no contrato ou o dano não deriva da inexecução do contrato – danos sem conexão funcional com o acto médico; e ainda no caso de responsabilidade dos médicos perante terceiros (emissão de atestado que não corresponde à verdade).<sup>61</sup>

Finalmente, em algumas ordens jurídicas a relação que se estabelece entre o paciente e o *hospital público* não tem natureza contratual. O sistema francês é o paradigma do regime da responsabilidade administrativa.<sup>62</sup>

Por seu turno, no direito austríaco e alemão, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, entre o paciente e o hospital público verifica-se uma *relação contratual de direito civil*.<sup>63</sup> Solução semelhante vigora em Itália<sup>64</sup>, onde, inclusivamente, de acordo com a recente

<sup>61</sup> MALICIER/MIRAS/FEUGLET/FAIVRE, *La Responsabilité Médicale...*, p. 29. Cfr., tb., ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, pp. 227-228.

<sup>62</sup> Em França, se o acto médico foi praticado num hospital público, a jurisdição competente, depois da decisão do Tribunal de Conflitos de 1957, é a administrativa. Há duas excepções em que a responsabilidade administrativa não é convocada, embora o acto se pratique dentro de um hospital público: 1) danos causados fora do exercício das suas funções: a chamada *faute “détachable” du service*, em que o autor é plenamente responsável; 2) quando o médico exerce medicina privada no interior do hospital público (nos termos da Lei de 27 de Janeiro de 1987) - Cfr. Jean PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 2ª ed., Paris, Dalloz, p. 49 e Guy NICOLAS, *La Responsabilité Médicale*, Paris, Flammarion, 1996.

Também em França se questiona a natureza não contratual dos cuidados de saúde em hospitais públicos. Afirmava, em 1964, René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales droit civil aujourd'hui*, Paris, 1964, p. 88: “Quando um particular se dirige a um hospital público, solicitando observação ou tratamento médico, não vemos porque não configurar entre ambos a existência de um contrato. É certo que para o hospital pode não existir a possibilidade de recusa, e o doente não escolhe o médico, tendo que sujeitar-se ao regime que lhe é imposto. Mas a obrigação de contratar, como há muito se vem salientando e recentemente nos demonstram os seguros obrigatórios, não exclui a natureza contratual da regulamentação de interesses operada por acordo de vontades, e a imposição de certo conteúdo é própria dos contratos de adesão. É, em regra, um contrato deste tipo o que o particular celebra com o Estado: “Alors la réglementation du contrat ne se fait plus par la volonté unilatérale d’un contractant; elle se fait par des *apolices* étroitement réglementées en des dispositions d’ordre publique comme pour l’assurance, le gaz ou l’électricité. C’est là, par excellence un contrat réglementé. Il cesse évidemment d’être un contrat libre”.

Segundo MALICIER *et al.*, *La Responsabilité Médicale...*, p. 31-32. Os argumentos substanciais no sentido da responsabilidade administrativa são os seguintes: (1) o doente está sujeito a um regulamento hospitalar, que ele não pode discutir, o que exclui a formação do contrato médico-paciente e o recurso ao regime do *Code Civil*; (2) o médico hospitalar não escolhe nem os seus colaboradores nem o material; (3) o hospital não pode recusar a entrada de um doente a menos que tenha a possibilidade de o dirigir a um estabelecimento melhor equipado. Daqui resulta, que a culpa pessoal do médico apenas acarreta a responsabilidade da administração hospitalar, e a jurisdição competente para conhecer destas matérias é a administrativa. Esta responsabilidade não é objecto de qualquer legislação específica, o que permitiu ao *Conseil d’État* criar uma jurisprudência original.

<sup>63</sup> KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 153. Na Áustria, também se discutiu a natureza jurídica da relação entre o paciente e um hospital público. Embora a lei tenha atribuído aos hospitais certas pretensões marcadamente de direito público (só podendo ser exigidas pela via administrativa), entende a doutrina que isso não é razão para que toda a relação jurídica esteja sujeita ao direito público. Não há qualquer diferença material entre a actividade médica consoante estejamos num hospital público ou privado, considerando-se pois um acto de gestão privada da administração. Foi marcante neste sentido a decisão do Tribunal Constitucional, de 18 de Outubro de 1957: “[...] para a delimitação do domínio dos actos de gestão privada dos actos de gestão pública não se deve atender aos motivos e aos fins da actividade; decisivo é saber qual o meio técnico-jurídico que o legislador utilizou para concretizar as suas funções. Se o legislador não conferiu ao serviço administrativo poderes de autoridade, então não estamos perante actos de gestão pública, antes perante actos de gestão privada”.

decisão do Tribunal da Cassação italiano n.º 589/1999, entre o médico e o paciente se estabelece um relação de natureza contratual, com base na teoria do ‘*contato sociale*’.<sup>65</sup>

Olhando a estas diferentes experiências do direito comparado, resulta claro que a aplicação do regime civil ou administrativo não é inerente ao facto de o *prestador* ser estatal ou não, ou de num determinado país vigorar o sistema de *Beveridge* ou de *Bismarck*.<sup>66</sup> Trata-

---

<sup>64</sup> Em Itália, a relação estabelecida entre um estabelecimento sanitário público e o paciente é de natureza *contratual*, “perché l’ingresso del paziente in un ospedale determina la conclusione di un *contratto d’opera professionale*, o anche perché, secondo una più recente giurisprudenza, il privato è titolare verso lo Stato, di un *diritto soggettivo* attraverso l’esercizio del quale si perfeziona un vero e proprio rapporto obbligatorio di talché ‘... la responsabilità dell’ente pubblico, gestore del servizio pubblico, va qualificata *contrattuale*, intesa, in tal senso, come responsabilità insorta nel compimento di un’attività dovuta nell’ambito di un preesistente rapporto giuridico.. tra i due soggetti”, afirma Luca NIVARRA, “La responsabilità civile dei professionisti: medici, avvocati, notai) il punto sulla giurisprudenza”, *EDPr*, 2, 2000, pp. 514-515.

O cirurgião, funcionário de um hospital, que levou a cabo uma operação causadora de danos ao paciente, foi considerado responsável delitual e contratualmente por decisão do Tribunal da Cassação, de 22 de Janeiro de 1999. O tribunal aplicou o art. 2236 do *Código civile* (relativo à responsabilidade profissional) a um caso em que não havia relação contratual directa entre o paciente e o cirurgião (há apenas dois contratos, o “*contratto d’opera*” entre o paciente e o hospital e o “*contratto di lavoro*” entre o hospital e o cirurgião). Contudo, na opinião do tribunal, o paciente e o cirurgião estabelecem uma relação que se assemelha a uma relação contratual. Isto significa que o paciente não precisa de provar a culpa do cirurgião (o que teria de provar se propusesse a acção por responsabilidade delitual) e o cirurgião apenas pode ilibar-se da responsabilidade se provar que a operação envolvia a resolução de problemas técnicos de grande complexidade - cfr. FIORI/BOTTONE/ D’ALESSANDRO (eds.), *Responsabilità medica – 40 anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 2000.

<sup>65</sup> Segundo o Tribunal italiano, “l’obbligazione del medico dipendente del servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contato sociale” connotato dall’affidamento che il malato pone nella professionalità dell’esercene una professione protetta, há *natura contrattuale*”. O tribunal acrescenta ainda que “... i regimi della riparizione dell’onere della prova, del grado di colpa e della prescrizione sone quelli tipici delle obbligazioni da contratto d’opera intellettuale”. Esta tese contratualista da relação médico (público) - paciente funda-se em três razões: (1) independentemente do contexto em que se estabeleça a relação médico - paciente ela tem o mesmo conteúdo; (2) sobre o médico não impende apenas um genérico dever de abstenção, mas uma específica obrigação de *facere*; (3) segundo a tese de Castronovo, estabelece-se um vínculo jurídico, que se caracteriza como “un obbligo primario di prestazione”, cuja violação configura um caso de “*culpa in faciendo* e dà luogo a responsabilità contrattuale” – afirma NIVARRA, “La responsabilità civile...”, *cit.*, p. 517.

<sup>66</sup> Sobre o sistema de saúde português, vide CONSELHO DE REFLEXÃO SOBRE A SAÚDE, *Reflexão sobre a Saúde, Recomendações para uma reforma estrutural*, 1998; OBSERVATÓRIO PORTUGUÊS DOS SISTEMAS DE SAÚDE, *O Estado da saúde e a Saúde do Estado, Relatório de Primavera – 2002*; Miguel GOUVEIA, “Do Pecado Original às Reformas”, *Economia Pura*, Junho de 2000. Portugal, à semelhança da Inglaterra, Escandinávia e Europa do Sul (a adopção do SNS não foi um acto isolado; integra-se num movimento mais amplo que contempla outros países do sul da Europa: Itália (1978), Portugal (1979), Grécia (1983), Espanha (1986)) segue o *modelo integrado ou de Beveridge*. Neste modelo o Estado é simultaneamente o proprietário dos equipamentos de saúde, o empregador e o pagador dos profissionais de saúde, o regulador da qualidade e o árbitro no racionamento dos recursos. O *modelo de Bismarck* assenta em instituições de base sectorial e deixa um papel importante na área da prestação de cuidados para o sector privado, onde historicamente são de grande relevância as instituições sem fim lucrativo. Neste modelo, o Estado aparece como financiador das despesas agregadas em saúde e como instituição que superintende um sistema relativamente descentralizado. Este modelo corresponde aos sistemas de saúde da Bélgica, da Holanda, da França e da Alemanha.

Para uma análise dos problemas jurídicos emergentes da *relação pentalateral* dos serviços de saúde financiados pelas *Krankenkasse*, vide Antje BUDEE, *Der Arztvertrag nach dem SGB V*, Köhler-Druck, Tübingen, 1997. Trata-se de uma complexa “*Fünfeckverhältnis*”: a envolver os segurados, as companhias de seguros de saúde (Krankenkasse), as associações de *Krankenkasse*, a associação dos médicos das companhias de seguros e o médico que realiza o contrato (IDEM, *ibidem*, p. 182).

Em Espanha, as relações que se estabelecem entre o paciente e o centro médico privado assumem natureza contratual; (2) quanto à prestação e assistência através de um *seguro médico* e a medicina dependente

se antes de uma opção legislativa, sendo certo que nos países onde vigoram dois regimes diferentes (*v.g.*, França), a iniquidade e a insegurança jurídica em nada favorecem a realização da justiça no direito médico.<sup>67</sup>

Entre nós, no quadro de um hospital público a doutrina e a jurisprudência<sup>68</sup> dominante entendem tratar-se de uma relação de *serviço público*, não se podendo dizer que o utente faz um contrato com o médico que o assiste, nem sequer com a instituição a que recorre, pelo que se deveria seguir as regras da *responsabilidade extracontratual*. Outros há que advogam a tese da *responsabilidade contratual dos hospitais*<sup>69</sup>.

Figueiredo Dias e Sinde Monteiro defendem que "não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clínica privada," *havendo somente responsabilidade contratual da própria organização hospitalar*<sup>70</sup>. Segundo os Autores, "o quadro do contrato parece-nos o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde. O tratamento em hospitais públicos transformou-se num fenómeno de massas. A nota do contrato, relação especial entre duas partes, fará sobressair que, para efeitos jurídicos, a relação social estabelecida tem um carácter pessoal. Isto é, a aceitação de uma relação de tipo contratual ajuda a personalizar

---

da *seguridad social*, o Tribunal Supremo (espanhol) por vezes considera que se verifica responsabilidade extracontratual, outras vezes decide pela responsabilidade contratual; a doutrina, por seu turno, inclina-se maioritariamente para negar que exista uma relação contratual – cfr. Esther GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo IV, Octubre-diciembre, 1998, p. 1705 e ss.

Para um diagnóstico dos problemas do nosso SNS, *vide* PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1999, e Manuel ANTUNES, *A Doença da Saúde- Serviço Nacional de Saúde: ineficiência e desperdício*, Lisboa, Quetzal Editores, 2000.

<sup>67</sup> Basta tomar em conta que a *Loi du 4 mars 2002* teve como um dos grandes objectivos equiparar os regimes de direito civil e de direito administrativo. A jurisprudência administrativa criou um verdadeiro *Richterrecht* progressivamente mais favorável ao paciente (cfr. *Affaire Gomez, Arrêt Bianchi e Affaire Cohen*) que não era acompanhada pela *Cour de Cassation*, o que criava uma situação menos favorável aos pacientes que sofressem danos no âmbito da medicina privada. Com esta lei, o legislador renova e coloca em ordem o regime da responsabilidade médica e da reparação dos pacientes em caso de acidente médico e cria um procedimento de regulação amigável, acompanhado de um procedimento de peritagem e de um regime de indemnização das vítimas - cfr. NICOLAS, *La responsabilité médicale*, p. 56 e ss., MALICIER *et al, ob. cit.*, p. 49-50 e CLÉMENT, *Droits des Malades*, 2002, pp. 59 a 73.

<sup>68</sup> *Vide*, a título meramente exemplificativo, os seguintes acórdãos: Acórdão do STA, de 4 de Outubro de 1990, o Acórdão do STA, de 9 de Março de 1995, o Acórdão do STA, de 23 de Abril de 1996, e, por último, o Acórdão do STA, de 22 de Abril de 1999, in DGSJ.

<sup>69</sup> MOITINHO DE ALMEIDA, "A Responsabilidade Civil do Médico e o seu seguro", *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, 1972, , p. 352; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 35 e ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, p. 238 e ss. A nível jurisprudencial, *vide* Acórdão da Relação de Coimbra, de 20 de Novembro de 1984, e o Acórdão do STJ, de 27 de Julho de 1985, in ROA, Ano 48 (1988), respectivamente pp. 511 s. e 529 ss., com anotação de J. Alcoforado SALDANHA, pp. 537 ss.

<sup>70</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 33. SINDE MONTEIRO, “Anotação ao Acórdão de 12 de Novembro de 1996”, in RLJ, n° 3887 e 3888, 3889, 3897, 3898 e 3900, veio discutir a natureza contratual da responsabilidade do concessionário das auto-estradas pelos danos sofridos pelos automobilistas e também nesta circunstância, embora com outros argumentos, este autor defende que poderá haver uma relação contratual.

uma espécie de relações sociais que, no plano sociológico, se apresenta como um fenómeno de massas.” O fundamento jurídico para a tese da responsabilidade contratual da instituição pública pode encontrar-se na aceitação de um *contrato de adesão*. Outro caminho será a figura das “*relações contratuais de facto*”, na sua vertente de “*relações de massas*” (*Massenverkehr*), resultantes de um *comportamento social típico* (*Sozial typisches Verhalten*).<sup>71</sup>

A doutrina e a jurisprudência dominante<sup>72</sup>, todavia, entendem que estamos perante uma *relação de serviço público*<sup>73</sup>, devendo aplicar-se as regras da responsabilidade aquiliana. Na verdade, embora o acto médico seja fundamentalmente idêntico onde quer que seja praticado (art. 36º do CDOM), tem-se entendido que está consagrada a tese de que se trata de um *acto de gestão pública*<sup>74</sup>, o que nos conduz directamente ao regime da responsabilidade extracontratual do Estado e outros Entes Públicos. Esta corrente também lança mão de argumentos substanciais: por um lado não há liberdade contratual por parte quer do hospital quer dos médicos, na medida em que eles são parte do SNS, cumprindo uma função do Estado social - a prestação de cuidados de saúde. Por outro, nem os médicos escolhem os doentes, nem os doentes normalmente escolhem os médicos<sup>75</sup>. Os médicos trabalham em condições, com instrumentos e com pessoal auxiliar que não seleccionam. Por outro lado, o utente não está obrigado a qualquer contraprestação, à excepção do pagamento de uma taxa. Sérvulo Correia afirma peremptoriamente o *carácter não contratual*<sup>76</sup> das relações de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde (SNS). “Não cremos com efeito que o acto criador da relação de

---

<sup>71</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 35. Sobre esta figura da autoria de HAUPT, cfr., Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p.126.

<sup>72</sup> *Vide*, em sentido contrário, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 24 de Outubro de 2002, que concluiu que não estava perante um acto de gestão pública, pelo que a competência para dirimir o litígio competia aos tribunais cíveis.

<sup>73</sup> Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, nº 398; Sérvulo CORREIA, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados de Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 22-27; Guilherme de OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, p. 61. Cfr. ainda um estudo pioneiro de SILVA CARNEIRO, “Responsabilidade da Administração Hospitalar”, *RDES*, ano XIX, 1972, pp. 123-305.

<sup>74</sup> Cfr. o Estatuto do Médico (Decreto-Lei nº 373/79, art. 8º, nº3) e a antiga Lei do SNS (Lei nº 56/79, art. 12º). Com a aprovação da nova Lei do SNS (Lei nº 48/90, de 24 de Agosto) e o seu silêncio sobre esta questão, o problema foi de algum modo relançado na doutrina. FREITAS DO AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde”, *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991, p. 129, entende, porém, que o silêncio do legislador não vem alterar o regime anterior e a jurisprudência tem seguido esta orientação.

<sup>75</sup> Ver, porém, a *Declaração sobre os Direitos do Doente ou Declaração de Lisboa* da AMM: al. a) “O Doente tem o direito de escolher livremente o seu médico”. A LBS (Lei nº 48/90, de 24 de Agosto) também prevê na Base XIV que os utentes têm direito a “escolher, no âmbito do serviço de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores.”

<sup>76</sup> SÉRVULO CORREIA, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 22. No mesmo sentido TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 129 e Marcelo REBELO DE SOUSA, “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 157.

utilização dos hospitais ou dos centros de saúde do SNS seja bilateral, isto é, que nele se materialize um acordo de vontades.”<sup>77</sup> Os utentes estão submetidos a um regime jurídico pré-estabelecido num plano normativo. “A situação do utente tem pois um carácter geral e estatutário.”<sup>78</sup>

Um argumento normalmente aduzido é também o de que “o carácter jurídico-administrativo da responsabilidade dos agentes pela prática de actos ilícitos que ofendam disposições legais destinadas a proteger os interesses dos administrados tornou-se ainda mais evidente a partir do momento em que o art. 51º, n.º 1, alínea h), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais deferiu à competência dos tribunais administrativos as acções que a tiverem por objecto.”<sup>79</sup> Actualmente, o ETAF, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, inclui na justiça administrativa a apreciação dos litígios que tenham por objecto questões relacionadas com a responsabilidade civil extracontratual de pessoas colectivas públicas (não se restringindo aos danos resultantes do exercício da função administrativa, mas abrangendo igualmente danos provenientes do exercício das funções política e legislativa, assim como do funcionamento da administração da justiça), com a responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos e ainda com a responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público (cfr. art. 4º, n.º 1, alíneas g), h), e i) do ETAF).

Assim, no plano processual, a acção deverá ser intentada no tribunal administrativo territorialmente competente e apenas contra a entidade hospitalar. No caso de "ter actuado com diligência e zelo manifestamente inferiores aos que eram devidos em razão do cargo" (art. 2º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967) poderá o médico ser demandado pela administração hospitalar no exercício do seu *direito de regresso*. Só existe responsabilidade pessoal e directa do médico quando ele tiver actuado com dolo (aqui a administração hospitalar responde solidariamente) ou "quando tiver excedido os limites das suas funções" (art. 3º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967).

---

<sup>77</sup> “Com a hipotética excepção de casos respeitantes a não beneficiários do SNS, estas relações não são portanto constituídas através de contrato mas sim de facto ou acto jurídico”, afirma SÉRVULO CORREIA, “*As Relações Jurídicas...*”, *cit.*, p. 66. O Autor defende (*ibidem*, p. 24) que quando o utente requer uma consulta ou quando é internado, são praticados *actos administrativos, sob solicitação do particular* ou seguidos do seu consentimento (no caso de decisão de internamento). No plano estrutural, a marcação de consulta ou a decisão de internamento são manifestações unilaterais da vontade da Administração, constitutivas de uma relação específica de prestação de serviços (cuidados) de saúde, que se articulam com as manifestações de vontade do particular.”

<sup>78</sup> SÉRVULO CORREIA, “*As Relações Jurídicas...*”, *cit.*, p. 26.

<sup>79</sup> SÉRVULO CORREIA, “*As Relações Jurídicas...*”, *cit.*, p. 65.



Alguns autores entendem, argumentando com a necessidade de adaptar o regime deste Decreto-Lei à Constituição de 1976, que "os lesados por condutas ilícitas dos servidores da função pública podem dirigir as suas demandas não apenas contra o Estado e demais entidades públicas mas também — exclusiva ou conjuntamente — contra os próprios indivíduos que hajam actuado como órgãos, funcionários ou agentes"<sup>80</sup> Sigo, contudo, a opinião que o regime do Decreto-Lei não sofre de nenhuma inconstitucionalidade superveniente, pelo que se mantém plenamente em vigor.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Cfr., entre outros, FREITAS DO AMARAL, "Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde", in *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991, p. 131; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 261; TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica", in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 128, FAUSTO DE QUADROS (coord.), *Responsabilidade Civil da Extracontratual da Administração Pública*, Coimbra, 1995. Na Jurisprudência, cfr., p. ex., Acórdão do STA, de 3-5-2001 (in *dgs*).

<sup>81</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, "Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica", *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991, p. 138 a 145; GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 953, "enquanto não houver intervenção legislativa — que é da competência da Assembleia da República —, deverá continuar a considerar-se em vigor o disposto no Decreto-Lei n.º 48051 e no Código Administrativo sobre a matéria." Ou seja, o profissional de saúde em exercício de funções num hospital público só responde directamente se actuar com dolo, ou, em via de regresso, caso aja com negligência grosseira. Cfr. também Marcelo REBELO DE SOUSA, "Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?", *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 164 e Margarida CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Studia Iuridica 52, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 27 e 30 e ss. Na Jurisprudência *vide, v.g.*, Acórdão da Relação de Coimbra, de 20 de Outubro de 1978, e Acórdão do STJ, de 6 de Maio de 1986, (in *BMJ*, 357, 1986, p. 392).

Por outro lado, foi recentemente apresentada a Proposta de Lei n.º 95/VIII (Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, que revoga o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967). Esta Proposta de Lei tinha por base o antigo Decreto-Lei n.º 48051 e as soluções adoptadas pela Jurisprudência administrativa portuguesa. As grandes novidades consistiam no melhoramento do regime da responsabilidade pelo exercício da actividade administrativa, estendendo o campo de aplicação do regime da responsabilidade solidária também ao domínio das condutas praticadas com culpa grave (e não só, como actualmente a doutrina dominante entende, às condutas dolosas). Por outro lado, estabelecia-se, pela primeira vez em Portugal, um regime geral de responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional e introduzia-se um regime inovador, mesmo numa perspectiva de direito comparado, em matéria de responsabilidade pelo exercício da função política e legislativa. Destaca-se ainda o facto de se impor o dever do Estado e demais pessoas colectivas de direito público de indemnizarem todo aquele a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem *danos especiais e anormais*, sem circunscrever este regime ao exercício da função administrativa. Esta proposta, porém, foi rejeitada na fase final da produção legislativa.

Nessa proposta de lei previa-se um *alargamento da regra da solidariedade*, de harmonia com a opção fundamental do art. 22º da CRP, ao domínio das acções ou omissões ilícitas realizadas com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles que se achavam obrigados em razão do cargo (caso das "negligências graves"). Isto significa que, mesmo de *jure condendo*, parte significativa da doutrina nacional entende que em caso de negligência leve o funcionário ou agente da administração não deve responder perante o terceiro lesado.

Sobre esta matéria, *vide* a obra colectiva organizada pelo MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, designadamente os estudos de Rui MEDEIROS, "A responsabilidade civil pelo ilícito administrativo no quadro da reforma do Decreto-Lei n.º 48051", *JA*, 27, Maio/Junho, 2001, 20-33; SÉRVULO CORREIA, "Da Sede do Regime de Responsabilidade Objectiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa", *ROA*, 61, III, 1313. Cfr., também, Jorge MIRANDA, "A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, 61, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 927-941.

Daqui resulta que, apesar de a figura do contrato ter sido fundamental para trazer a medicina para o domínio da regulação do direito e para estabelecer entre médico e paciente uma relação de paridade, típica do direito privado, o regime extracontratual é indispensável e, entre nós, de grande importância prática, visto que o SNS tem um grande peso na prestação de cuidados médicos. De todo o modo, os *utentes* gozarão dos direitos e estão sujeitos aos deveres dos pacientes em geral, com as necessárias adaptações (*v.g.*, não há lugar ao pagamento de honorários).

Como é sabido há algumas diferenças entre responsabilidade contratual e responsabilidade delitual<sup>82</sup>, pelo que o problema do *cúmulo de responsabilidades* está omnipresente na matéria da responsabilidade médica.<sup>83</sup>

#### 4. Direitos e Deveres do Paciente

Na definição do conteúdo da relação jurídica médico-paciente, a *Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes*<sup>84</sup>, não tendo embora força vinculativa, tem o mérito de elencar de forma compreensiva os fundamentais traços constitutivos da relação médico-paciente. A Carta sintetiza de forma adequada os direitos e os deveres dos pacientes, os quais estão consagrados no direito positivo vigente. Apresento aqui o mero elenco e o fundamento legal destes direitos e deveres.

Quanto aos direitos, em primeiro lugar, a Carta apresenta o '*respeito pela dignidade humana*'. Efectivamente este é o pilar sobre que assenta todo o ordenamento jurídico

---

<sup>82</sup> Cfr., por exemplo, RUI de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 211 ss.: ónus da prova (art. 487º. n.º1 e art. 799º, n.º1); solidariedade passiva ou conjunção; prescrição (309º e 498º); possibilidade ou não de gradação equitativa da indemnização (494º); regime da responsabilidade por facto de terceiro (art. 500º e art. 800º); regras da capacidade (art. 123º, 127º e 488, n.º 2); momento da constituição do devedor em mora (804º, n.º 2, al. b). Uma diferença que tradicionalmente se apresenta é a da não ressarcibilidade de danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual. Sobre este tema *vide* Maria Manuel VELOSO, *A Compensação do Dano Contratual não Patrimonial (em especial no direito de autor)*, Coimbra, polic., 1998, pp. 93 e ss.

<sup>83</sup> Parece-nos preferível a concepção do *cúmulo* defendida por VAZ SERRA, "Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual", *BMJ*, nº 85, p. 208 e ss., 230 ss. e 238-239, aliás prevista no art. 767º, n.º 1 do Anteprojecto da sua autoria; tese esta também advogada por RUI de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 211 ss. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 24, "Pensamos que, na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a solução natural, a da concorrência (*rectius*, *cúmulo*) de responsabilidades."; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Sup. do BFD, Vol. XXVIII, Coimbra, 1985, p. 400; e SINDE MONTEIRO, *Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2001, p. 8.

MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1982, era favorável à tese da *opção*: "Representando a violação do dever contratual de protecção, simultaneamente, um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável quanto a determinados pontos (p. ex: pluralidade de autores do dano)". Contra a tese do *cúmulo* e da *opção*, na doutrina portuguesa, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 499 e ss. Para um estudo monográfico sobre a matéria à luz do direito alemão, vide Christian KATZENMEIER, *Vertragliche und deliktische Haftung in ihrem Zusammenspiel*, Berlin, Dunckler & Humblot, 1993.

<sup>84</sup> Cfr. [www.dgsaude.pt](http://www.dgsaude.pt).

português, estando consagrado no art. 1º da CRP e no art. 1º da CEDHBio. O *‘respeito pelas convicções culturais, filosóficas e religiosas’* é também uma exigência constitucional (art. 41º da CRP) e deontológica (art. 41º CDOM), estando ainda prevista no art. 39º do Estatuto do SNS (Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro) e na Base XIV, n.º 1, al. f) da LBS. Seguidamente, enuncia-se o direito aos *‘cuidados apropriados ao estado de saúde’*, e à *‘prestação de cuidados continuados’*: trata-se de concretizações do direito à saúde (art. 64º da CRP), e que podem ter alguma virtualidade heurística perante casos concretos. A *‘informação sobre os serviços de saúde existentes’*, o *‘direito à livre escolha do médico’* (art. 31º CD; Base XIV, n.º 1 al. a) da LBS), o direito à *‘informação ao doente’* (previstos em várias normas, *v.g.*, art. 5º da CEDHBio, art. 157º CP, art. 38º CDOM e Base XIV, n.º 1, al. e), o direito à *‘segunda opinião’* e ao *‘consentimento livre e esclarecido’* (art. 25º CRP, art. 5º CEDHBio, art. 70º CC e Base XIV, n.º 1, al. b) são expressões do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*; a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, hoje, não só que o paciente consinta ou recuse uma intervenção determinada heteronomamente, mas que tenha todos elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, assumindo-se como sujeito e como um par, um igual na relação.

Por outro lado, o direito à *‘Confidencialidade’* que remontando a Hipócrates, está repetidamente presente no nosso ordenamento jurídico (art. 26º CRP; art. 195º CP, art. 383º e 386º CP, art. 67º ss. CDOM, Base XIV, n.º 1, al. d) da LBS e Lei nº67/98, de 26 de Outubro [Lei de Protecção dos Dados Pessoais]). Outro direito importante é do *‘acesso à informação clínica’*, que encontramos regulado no art. 10º, nº 2 da CEDHBio, no art. 11º, nº5 da Lei nº67/98, de 26 de Outubro, e na Lei n.º 94/99, de 16 de Julho (lei que regula o acesso aos documentos da administração), que prevêem um regime de acesso *indirecto*. Prevê-se, ainda, o *‘respeito pela privacidade’* (art. 26º CRP, art. 10º CEDHBio e art. 80º CC). Finalmente, o direito de apresentar *‘sugestões e reclamações’* (Base XIV, n.º 1, al. g) da LBS) pode ter uma função importante na humanização dos serviços de saúde, já que o doente pode manifestar a sua opinião, sente que é uma pessoa que tem o direito a ser ouvida e não um mero objecto de tratamento.

Relativamente aos *deveres dos doentes*, prevê-se que: *o doente tem o dever de zelar pelo seu estado de saúde, por forma a garantir o seu bem-estar e o seu restabelecimento*. Já neste sentido, podemos encontrar o art. 64º, n.º 1 da CRP, que estabelece o dever de defender e promover a saúde<sup>85</sup> e também a Base V, n.º 1, da LBS. Em segundo lugar, *o doente tem o dever*

---

<sup>85</sup> Entende-se, contudo, que está aqui em causa a *saúde pública*, não a *saúde privada*. Cfr. Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual*, Lisboa, AAFDL, 1999, pp. 22-24

de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correcto diagnóstico e adequada terapêutica. Neste sentido, nos instrumentos de direito positivo, encontramos a Base XIV, n.º2, al. c) da LBS, que impõe o dever de “colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação” e a Base V, n.º 1 da LBS, segundo a qual: “os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua própria saúde, individual e colectiva, tendo o dever de a defender e promover”. A al. a) do art. 81º do EH (Estatuto Hospitalar - Decreto n.º 48357 de 27 de Abril de 1968) estabelece o dever de “colaborar com os médicos e pessoal de assistência no estudo e tratamento da sua doença, cumprindo as prescrições e sujeitando-se à terapêutica que lhe for instituída...”, sendo certo que estes preceitos normativos aceitam aquela obrigação.<sup>86</sup> Entre as consequências da falta de colaboração do doente, ou da colaboração deficiente, situam-se a impossibilidade de responsabilizar o agente médico por uma actuação técnica incorrecta e a possibilidade de o médico recusar a assistência ou a prática de um acto médico, desde que não esteja em causa perigo para a vida, ou para a integridade física do paciente, ou individualizando o regular acompanhamento profissional do paciente por outro médico.

Por outro lado, *o doente tem o dever de respeitar os direitos dos outros doentes* e, em quarto lugar, *o doente tem o dever de colaborar com os profissionais de saúde, respeitando as prescrições que lhe são indicadas e por si livremente aceites*. O EH prescreve no art. 81º que são deveres dos doentes: a) colaborar com os médicos e pessoal de assistência no estudo e tratamento da doença, cumprindo as prescrições e sujeitando-se à terapêutica que for instituída, sem prejuízo do n.º 3 do artigo anterior.” Esta ressalva refere-se precisamente ao direito ao consentimento livre e voluntário. Perante este valor antagónico ( direito ao consentimento voluntário) discute-se se o *cumprimento das prescrições médicas* é um dever ou um ónus. Penso que esta última hipótese é a mais correcta. Contudo, a verdade é que pode ter várias consequências jurídicas. Desde logo, o art. 570º CC estabelece o regime de *culpa do lesado*<sup>87</sup>; por outro lado,

---

<sup>86</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 76, afirma claramente: “Der Kranke hat den Mediziner über seine Beschwerden und seinen Zustand zu informieren; der Arzt seinerseits muss den patienten über die Krankheit und Behandlung, deren Aussichten und Gefahren ins Bild setzen.” VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 239, afirma “a legitimidade e a licitude da actuação do médico que labore em erro decorrente de um defeito ou de uma omissão das informações prestadas pelo paciente.” No mesmo sentido o Acórdão da Relação de Coimbra, de 4 e Abril de 1995 (CJ, 1995, II, 31-35). Também o art. 35º CDOM afirma que o direito de o médico obter informações do paciente tem por pressuposto o dever de o esclarecer para que este decida colaborar. No direito comparado é expressivo o art. 2, n.º 5 da Ley 41/2002 que afirma: “Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal e verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”.

<sup>87</sup> Cfr. BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997. Para o direito alemão, vide LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup>, 2002, p. 597, Estes autores afirmam claramente: “Eine “Non-Compliance”, die zu einem Misserfolg der Behandlung führt, begründet fast immer ein Mitverschulden des Patienten im Haftungsprozess” (§254 BGB).

o paciente tem a obrigação de pagar os honorários ao médico, apesar de não cumprir o tratamento.<sup>88</sup> O que não parece que se possa afirmar é que surja um dever de indemnizar o médico e, por outro lado, não é susceptível de execução específica. Todavia, pode dar lugar à *resolução do contrato*, desde que não ponha em risco a saúde do doente e assegurando a continuidade dos tratamentos, já que sobre o médico impende o Dever de Socorro (art. 284º CP).<sup>89</sup>

*O doente tem, ainda, o dever de respeitar as regras de funcionamento das instituições prestadoras de cuidados de saúde a que recorre.* Para a medicina liberal, no caso de faltas a consultas, o art. 81º, n.º 3 CDOM prevê: "É lícita a cobrança de honorários a doentes que, incluídos em esquemas devidamente programados, faltem e disso não dêem conhecimento com um mínimo de antecedência." Se estivermos perante atrasos à consulta, o médico deve atender o paciente.

Finalmente, *o doente tem o dever de proceder ao pagamento dos encargos que derivem da prestação dos cuidados de saúde, quando for caso disso.* Relativamente ao pagamento de honorários, na medicina privada, o art. 81º CDOM estabelece que: "Na fixação de honorários deve o Médico proceder com justo critério, atendendo à importância do serviço prestado, à gravidade da doença, ao tempo despendido, às posses dos interessados e aos usos e costumes da terra".<sup>90</sup>

#### § 4. O direito ao consentimento esclarecido: história do seu desenvolvimento dogmático

A moderna dogmática da responsabilidade médica vê no consentimento informado um instrumento que permite, para além dos interesses e objectivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito dos aspectos individuais e volitivos do paciente. O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, "Os Contratos Cíveis ...", *cit.*, 1996, p.115.

<sup>89</sup> Nos Países Baixos, o BW (Código Civil) prevê: "The care provider shall not terminate the treatment contract unless there are cogent reasons for doing so" (Art. 7:460).

<sup>90</sup> Cfr. Christian CONTI, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Bern, 2000, pp. 81 ss., aponta os seguintes deveres acessórios do paciente: dever de cuidado do paciente, dever de cooperação, *compliance*, deveres de informação; dever de cooperar na escolha do tratamento, dever de cooperação durante as várias fases do processo terapêutico (anamnese, diagnóstico, escolha do tratamento, no decurso do tratamento)

<sup>91</sup> Cfr., para uma história do consentimento informado, Pablo SIMON, *El consentimiento informado*, Madrid, Editorial Triacastela, 2000, pp.25-117.

## 1. O direito ao consentimento

*Slater versus Baker & Stapleton* (1767) é apontada como a primeira sentença inglesa relativa ao direito ao consentimento. O tribunal responsabilizou dois médicos por estes, sem terem pedido previamente o consentimento do doente, lhe terem quebrado o osso com vista a tratar uma fractura mal consolidada, colocando um aparelho ortopédico na perna do paciente.

Com a *Declaração de Filadélfia* (1774), o mundo ocidental abraça a contemporaneidade, fruto do iluminismo e da libertação do Homem. Esta Declaração proclama “o direito das pessoas à vida, à liberdade e à propriedade”, destacando de forma expressa que “as pessoas nunca cederam, a qualquer poder soberano, o direito a dispor deles sem o seu consentimento.” É sabido que estamos perante uma declaração de índole política e social, mas é bem reveladora do *ethos* filosófico da liberdade e autonomia do cidadão e que acabaria por se densificar, também na específica área da biomedicina. Na filosofia anglo-saxónica merece destaque o pensamento de John Locke e de Stuart Mill, enquanto do pensamento iluminista alemão se deve destacar a obra de Kant.<sup>92</sup>

Nos tribunais americanos os casos relacionados com a autodeterminação da pessoa nos cuidados de saúde sucedem-se desde inícios do séc. XX.<sup>93</sup> Mas é com o caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital* (decidido em 1914 pelo Tribunal Supremo de Nova Iorque)<sup>94</sup> que o Juiz Benjamin Cardozo afirmou uma asserção que haveria de se tornar célebre: “*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*”, “pelo que o cirurgião que leva a cabo uma intervenção sem o consentimento do paciente, comete um acto ilícito, pelo qual se podem reclamar os danos.”

---

<sup>92</sup> Thomas GRISSO/ Paul APPELBAUM, *Assessing Competence to Consent to Treatment – A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 4 e ss.; Tom BEAUCHAMP/ James CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 5<sup>th</sup> edition, Oxford-New York, Oxford University Press, pp. 63-64. Para um estudo profundo sobre a “época das luzes”, vide Fernando ARAÚJO, *Adam Smith – o conceito mecanicista de liberdade*, Coimbra, Almedina, 2001, *passim*.

<sup>93</sup> Em 1906, o Supremo Tribunal de Illinois (EUA) decide o caso *Pratt versus Davis*. Segundo esta jurisprudência, o consentimento presumido foi limitado aos casos de urgência por risco de vida e àqueles em que o paciente, no uso das suas faculdades intelectuais e volitivas, livre e conscientemente, deixa nas mãos do médico o encargo de tomar as decisões médicas que o possam afectar. Já antes, em 1905, em *Mohr versus Williams*, o médico fora condenado por operar o ouvido contralateral àquele que havia informado o seu paciente, sem para tanto ter obtido o seu consentimento. Em 1913, no caso *Rolater versus Strain* o médico foi condenado por não ter respeitado os limites do consentimento da paciente. Esta havia-lhe pedido que ao operar o pé, para tratamento de uma infecção, não se lhe retirasse nenhuma parte do osso, vontade essa que não foi respeitada. Cfr. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 25.

<sup>94</sup> Tratava-se da extirpação de um tumor fibróide do abdómen de um paciente durante uma intervenção que se projectava como meramente diagnóstica (uma laparotomia exploradora) e na qual o paciente havia manifestado expressamente que não queria ser operado.

Na pátria da *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, o Tribunal Correccional de Lyon, em 15 de Dezembro de 1859, condenava os médicos que realizaram actos de pura experimentação sobre menores; as obrigações do médico face à ciência deviam parar perante o respeito devido ao doente e, naquele caso, de modo mais evidente, já que os factos em causa “*se sont accomplis sur un enfant incapable de tout consentement libre*”. Quase um século depois, a *Cour de Cassation*, na decisão de 28 de Janeiro de 1942, afirmou o princípio que “o médico deve, salvo em caso de força maior, obter o *consentimento* do doente antes de qualquer operação”. Também a jurisprudência alemã condena, desde há mais de um século, os médicos que não respeitam a vontade dos pacientes ou dos seus tutores.<sup>95</sup> Mais recentemente, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou claramente que a informação médica e o consentimento do paciente antes da intervenção médica são fruto de uma exigência ética e jurídica.<sup>96</sup>

## 2. O Código de Nuremberga e a consagração do direito ao consentimento voluntário

Dois anos antes de Hitler chegar ao poder, em 1931, surge, na Alemanha de Weimar, um dos primeiros textos legais a impor a obtenção do consentimento antes da prática de actos de experimentação científica: as “*Directivas relativas às terapêuticas novas e à experimentação científica com o ser humano*”. Esse mesmo texto excluía a experimentação com menores de 18 anos e com moribundos. Tragicamente, o III<sup>e</sup> Reich estaria nos antípodas da filosofia dessa legislação pioneira.

Seria, pois, o *Código de Nuremberga* (1947) a afirmar-se como o primeiro texto de proclamação dos direitos dos pacientes. Embora direccionado para a experimentação clínica, encontramos aí a semente do direito médico hodierno: o direito à autodeterminação do paciente. O *consentimento voluntário* surge, pois, após os horrores do Instituto de Frankfurt

---

<sup>95</sup> O Tribunal do Império (alemão) (*Reichsgericht*) decidiu o caso do Médico chefe de serviço acusado de ofensas corporais. O médico amputara o pé de uma criança de 7 anos, devido a um abscesso tuberculoso do osso do tarso. O pai da criança era um defensor da medicina naturalista e, por princípio, contrário à cirurgia, e tinha-se oposto à operação. O tribunal considerou a intervenção médica como ofensas corporais, que apenas pode ser justificada através do consentimento do pai (titular do poder paternal) ou de um tutor.

BISMARCK, *Gedanken und Erinnerungen*, Band II (1898), 306, *apud* DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 76, relata o cancro da laringe do (então futuro) Kaiser Friedrich III: “Os médicos decidiram, em finais de Maio de 1887, pôr o príncipe inconsciente e realizar a extirpação da laringe, sem o informar dessa intenção. Eu protestei e defendi que a operação não se poderia realizar sem o consentimento do paciente e, como se tratava do herdeiro do trono, também carecia do acordo do chefe da família. O Kaiser depois de informado, proibiu que se realizasse a operação sem consentimento do seu filho.”

<sup>96</sup> BverfG, NJW 1979, 1925 (1931ss.), bem como BGH, NJW 1956, 1106 ss. no chamado 1<sup>o</sup> Elektroschock-Urteil: “Uma intervenção médica que lese a integridade física do paciente só é permitida e não ilícita na medida em que é coberta pelo consentimento do doente.”

para a Higiene Racial e dos campos de concentração da Alemanha Nazi, com a afirmação do referido Tribunal<sup>97</sup>: “*O consentimento voluntário do sujeito humano é absolutamente essencial*”.

Outro aspecto jurídico fundamental que se manifestou após a 2ª Guerra Mundial, é a proclamação, em grande parte das constituições europeias, do reconhecimento da *dignidade da pessoa humana*, como reacção contra os regimes totalitários que precederam o conflito.

Assim acontece com o art. 1º da Constituição da República Federal Alemã, de 23 de Maio de 1949: “*1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.*” De igual modo se verifica com a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Grega de 1975, a Constituição da República Portuguesa de 1976, e a Constituição de Espanha de 1978. Também nos países que emergiram da dissolução da ex União Soviética e dos regimes comunistas da Europa Central, a “*dignitas*” humana é erigida em princípio constitucional solenemente proclamado. Do mesmo modo, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* e a *CEDH Bio* (do Conselho da Europa) dão a primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3. O Consentimento *esclarecido*

Logo em 1889, o Tribunal de Liège afastava a ideia do consentimento como uma “carta branca” dada ao médico. Na verdade, depois de se exigir o consentimento, *o dever de esclarecer* veio para as luzes da ribalta do direito. Ao médico deve-se impedir não apenas realizar intervenções sem consentimento, mas também o pôr-em-perigo arbitrário os bens jurídicos pessoais. No início do século XX, o Supremo Tribunal Austríaco fazia recair sobre o médico os riscos de indemnização no caso de ocorrerem consequências negativas após a intervenção, se ele não tivesse chamado à atenção do doente dos perigos da intervenção.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Sobre o Código de Nuremberga, vide George ANNAS/ Michael GRODIN, *The Nazi doctors and the Nuremberg Code – Human Rights in Human Experimentation*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1992. O julgamento de 19 e 20 de Agosto de 1947 do Tribunal internacional de Nuremberga que condenou os crimes contra a humanidade está na origem do texto pioneiro do direito da bioética.

<sup>98</sup> São várias as decisões do OGH versando sobre problemas de curiosa actualidade: perda de cabelo por utilização do aparelho de Raio X; operação cosmética ao estrabismo de uma rapariga de 19 anos; injeção de leptinol como cura de emagrecimento. Em 1906, o OGH tem uma decisão típica de falta de esclarecimento: o Tribunal considerou que, apesar de ter obtido a autorização dos parentes, de ter alertando a paciente de alguns perigos da intervenção e de as consequências serem um acaso infeliz e não de um erro médico, a intervenção foi arbitrária (por violação do dever de esclarecimento) e fez recair sobre o médico os danos causados – *cfr.* ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 66



É significativo que um dos primeiros arestos franceses a fazer referência aos direitos do paciente é relativo ao consentimento<sup>99</sup>. Mas o verdadeiro *leading case* na jurisprudência francesa é julgado pela *Cour de Cassation*, em 1961.<sup>100</sup> Afirmou o Tribunal que o médico deve fornecer ao paciente “*une information simple, approximative, intelligible et loyale pour lui permettre de prendre la décision qu’il estimait s’imposer.*”<sup>101</sup> Hoje está perfeitamente solidificado no direito francês o direito ao *consentement éclairé*.<sup>102</sup>

Em 1957, a expressão “*informed consent*” foi introduzida nos Estados Unidos.<sup>103</sup> As decisões americanas, que se multiplicaram posteriormente, explicitam progressivamente o dever de informação do médico para com o doente e, de forma particular, a revelação dos riscos de tratamento. Rapidamente este panorama espalhou-se noutros ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos, bem como na Europa continental, tendo como suporte o valor ético da *autonomia da pessoa humana*.<sup>104</sup> O *consentimento informado* surge pois com o famoso caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957). Neste caso, o Tribunal de Apelação da Califórnia confirmou a condenação de dois médicos (cirurgião e radiólogo) que tinham atendido o Autor, por *não o terem informado dos riscos* da aortografia translumbar que haviam realizado para estudar a arteriosclerose severa de que padecia; em consequência dessa intervenção o paciente sofreu uma paralisia irreversível. Afirmou o juiz Bray que “um médico viola as suas obrigações para com o paciente e sujeita-se a ser demandado se lhe oculta qualquer facto que possa ser necessário para fundamentar um consentimento esclarecido do tratamento proposto. Deste modo, o médico não pode minimizar os riscos

---

<sup>99</sup> *Cour Cassation*, 28-1-1942, (*arrêt* Teyssier): “... attendu que, comme tout chirurgien, le chirurgien d’un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d’obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous la responsabilité, l’utilité, la nature et les risques; qu’en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux et qui constitue une faute personnelle se détachant de l’exercice de ses fonctions...”.

<sup>100</sup> Cass. Civ. 21 fév. 1961, *cfr.* Catherine PALEY-VINCENT, *Responsabilité du médecin*, Paris, Masson, 2002, p. 60.

<sup>101</sup> Guy NICOLAS; *La responsabilité médicale*, 1996, p. 34.

<sup>102</sup> O consentimento, livre, esclarecido e expresso aparece com a lei de 20 de Dezembro de 1978, relativa às experiências biomédicas. As leis de bioética de 1994 confirmam o carácter central do consentimento. Efectivamente o artigo 16-3 do Código Civil (introduzido pela Lei n.º 94-653 de 29 de Julho de 1994) dispõe: “*Il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l’intéressé doit être recueilli préalablement dans le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n’est pas à même de consentir.*”. O Código Deontológico francês de 1995 também dá grande relevo ao consentimento esclarecido.

<sup>103</sup> Não querendo negar a importância do direito norte-americano no desenvolvimento da doutrina do *informed consent*, é de elementar justiça colocar em evidência que, muito antes de este instituto estar consagrado para lá do Atlântico, já ele estava consolidado no direito continental em países como a França, Alemanha, Áustria ou Suíça – *cfr.* GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, p. X.

<sup>104</sup> HOTTOIS / PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, Instituto Piaget, 1998, p. 89.

conhecidos de um procedimento ou operação para induzir ao consentimento do seu paciente.”<sup>105</sup>

Por todo o mundo vai-se afirmando o direito ao consentimento informado.<sup>106</sup> Essa afirmação faz-se quer através de legislação formal, quer através da publicação de *cartas de direitos e deveres*. Nos EUA surgiram em vários centros hospitalares as *Cartas dos Direitos dos Pacientes*,<sup>107</sup> seguindo-se um texto de âmbito nacional: *A Patient's Bill of Rights* (1973). Em França, publicou-se a *Carta dos Direitos dos Pacientes* (Decreto 27/1974)<sup>108</sup>. Já antes em Espanha, o *Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de Las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social* (1972) reservava ao paciente o direito de autorizar as intervenções cirúrgicas ou actuações terapêuticas que impliquem risco notório ou previsível,<sup>109</sup> e em 1984, foi aprovada a *Carta de Derechos y Deberes del paciente del INSALUD (Instituto Nacional de Salud)*. A nível comunitário, destaca-se a *Carta dos Doentes Hospitalares* adoptada pela XX Assembleia Geral do Comité Hospitalar da CEE (Luxemburgo, Maio de 1979). No Conselho da Europa, a Assembleia Parlamentar aprovou a Resolução 613/1976 e a Recomendação 779/1976, que se referem aos direitos dos doentes e moribundos. Entre nós, o Ministério da Saúde também publicou, como vimos, uma *Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes*.

---

<sup>105</sup> GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 26.

<sup>106</sup> Em Itália, também é jurisprudência pacífica a necessidade de obter o consentimento informado. O próprio texto constitucional de 1947 estabelece, no art. 32, que “ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sem ser por disposição da lei. A lei não pode, em caso algum, violar os limites impostos pelo respeito da pessoa humana.” Merece destaque a *sentença* n.13/90 (18/10 – 8/11 1990) da *Corte d'Assise* de Florença, *Il Foro Italiano*, 1991, II, 236, e a decisão da *Corte Costituzionale*, de 22 de Outubro de 1990, que reconheceu a liberdade de dispor do próprio corpo como liberdade da pessoa fundada na inviolável liberdade pessoal, fundada no art. 13 da Constituição - Cfr. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. VII. e 15. Este autor (*ibidem*, p. 8) salienta que a utilização da expressão “consenso informato” apenas acontece no início dos anos 90. Também o *Comitato Nazionale per la Bioetica* se pronunciou positivamente sobre a evolução do consentimento informado (Documento sobre “consenso informato” de 1992). A legislação também acompanha este movimento (cfr. IDEM, *ibidem*, p. 13 e 14).

Em Israel, a Lei dos Direitos dos Pacientes (1996) estabelece a necessidade de obter o consentimento do paciente antes de toda a intervenção médica. O mesmo vale na Turquia — art. 70 da Lei núm. 1219 de Prática Médica (1928). Na Venezuela o consentimento alcança o patamar constitucional, afirmando o art. 46.3 da Constituição Nacional (datada de 1999) que: “toda persona tiene derecho a que se respecte su integridad física, psíquica y moral (...); en consecuencia, ninguna persona será sometida a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro de vida o por otras circunstancias que determine la ley”. O Supremo Tribunal do Japão, proferiu uma decisão em 19 de Junho de 1981, na qual reconheceu e elaborou, pela primeira vez, o dever de explicação que recai sobre o médico na sua relação com o paciente, como parte integrante do seu exercício profissional. Em 1995, a Comissão para o estudo do consentimento informado do Japão, advogou que este princípio se difundiria através da cultura e não dos tribunais e das leis.

<sup>107</sup> Sendo pioneira a Declaração de Direitos do *Beth Israel Hospital* de Boston e do *Martin Luther King Health Center* de Nova Iorque.

<sup>108</sup> Mais recentemente (em 1995) foi publicada a *Carta do paciente hospitalizado* através da Circular ministerial 95-22, de 6 de Maio de 1995.

<sup>109</sup> Destacando o seu carácter pioneiro, De LORENZO, “El consentimiento informado y la información Clínica en el derecho español. Incidencia del Convénio de Bioética”, in MARTÍNÉZ-CALCERRADA/ De LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I, 2001, p. 198.

#### 4. O Consentimento autêntico

Podemos descortinar quatro fases na evolução do desenvolvimento informado.<sup>110</sup> Para além do consentimento *voluntário* e do consentimento *informado*, já analisados, regista-se o *consentimento válido* e, finalmente, o *consentimento autêntico*, que se caracteriza pela decisão autêntica do paciente, entendendo-se como tal a que se encontra plenamente de acordo com o sistema de valores do indivíduo.

Esta visão do indivíduo como portador de um sistema de valores auto-referencial e absoluto foi ganhando corpo na jurisprudência estadunidense<sup>111</sup>. Com o caso *Cruzan* (1990),<sup>112</sup> o Supremo Tribunal dos EUA declarou a existência de um direito à privacidade (*privacy*)<sup>113</sup>, derivado sobretudo da XIV<sup>a</sup> Emenda à Constituição Americana, a qual fundamenta o direito dos pacientes a aceitar ou recusar tratamentos médicos, mesmo quando essa recusa possa determinar a morte.<sup>114</sup> Já em 1979, em *Rogers versus Oakin*, o Supremo Tribunal de Massachussets considerou que “cada adulto capaz tem direito a renunciar ao tratamento, ou inclusivamente à cura, se o tratamento implica aceitar o que para ele são consequências ou riscos intoleráveis, por mais desaconselhável que isso possa parecer aos olhos do médico”.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> Assim, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, pp. 26 e 27.

<sup>111</sup> Para uma fundamentação filosófica, com especial apoio na filosofia de John RAWLS, do consentimento informado, *vide* Becky Cox WHITE, *Competence to Consent*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 1994, pp. 24 e ss.

<sup>112</sup> Cfr. Ronald DWORKIN, *Life's Dominion – An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1994, pp. 180 e ss.

<sup>113</sup> O conceito de *privacy* norte-americano é distinto do de privacidade no direito europeu continental, cfr. Tony McGLEENAN, “Rights to know and not to know: is there a need for a genetic privacy law?”, in CHADWICK/ LEVITT/ SHICKLE, *The right not to know and the right not to know*, p. 43.

Com a publicação de WARREN e BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, deu-se início ao instituto da *privacy* no direito americano. Antes deste marco do pensamento jurídico não havia, no direito anglo-saxónico, uma articulação coerente do conceito de *privacy*. McGLEENAN, *ibidem*, pp. 45-46, identifica quatro formas jurídicas de *privacy* nos Estados Unidos. A primeira consiste no direito de estar só “the right to be let alone”. Esta área é importante no que respeita às publicações não autorizadas, fotografias e outras agressões dos media, e corresponde ao “tort of privacy” originalmente pensado por WARREN e BRANDEIS. O 4th Amendment é a segunda forma de direito à *privacy*. É um direito de protecção contra o Estado. A terceira forma de *privacy* consiste no direito de não receber informação indesejada. A quarta expressão prende-se com o direito de estar só em relação a decisões pessoais fundamentais e é encabeçado pelo caso *Roe vs. Wade* (1973), relativo à interrupção voluntária da gravidez. Cfr., na doutrina portuguesa, Paulo MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *BFD*, 1993, n.º 69, pp. 479 e ss. e Helena MONIZ, *Notas Sobre a Protecção de Dados Pessoais Perante a Informática (O caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)*, Separata da RPCC, 7 (1997), *passim*, especialmente pp. 231-241 e bibliografia aí indicada.

<sup>114</sup> Cfr. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 27.

<sup>115</sup> Cfr. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 27. O autor apresenta também um caso, ocorrido na Argentina, em que o tribunal respeitou a decisão de um doente em estado grave, embora não terminal, que recusou um tratamento consistente na amputação da sua perna, recusa essa que haveria de causar a sua morte. Considerou o juiz que, não respeitar a recusa do paciente teria implicado uma violação da sua esfera de

### 5. Consentimento informado como elemento das *leges artis*

Vem-se afirmando, sobretudo em Espanha, que o consentimento informado é não apenas um direito fundamental do paciente, mas também uma exigência legal e ética para o médico. Nesta perspectiva o art. 8, n.º1 do *Código de Ética e Deontologia Médica da Organização Colegial Espanhola* (1999) estabelece que: “no exercício da sua profissão, o médico respeitará as convicções dos seus pacientes e abster-se-á de impor-lhes as suas próprias”.

O *Tribunal Supremo*, por decisão da “Sala Primera”, de 12 de Janeiro de 2001<sup>116</sup>, elevou o consentimento informado à categoria de *Direitos do Homem*, concluindo:

“El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo.”<sup>117</sup>

Também o Tribunal Constitucional espanhol já afirmou, repetidas vezes, o “princípio da autonomia do indivíduo para escolher entre as diversas opções de vida que se lhe apresentem, de acordo com os seus próprios interesses e preferências”.<sup>118</sup>

liberdade pessoal, da sua intimidade e privacidade, o que, em último termo, teria significado uma grave ofensa à sua dignidade como pessoa humana. O magistrado, convencido do discernimento e da liberdade do paciente mediante perícias psiquiátricas, um parecer de uma comissão de bioética e de uma entrevista pessoal com o paciente, respeitou o seu direito a rejeitar a intervenção que o manteria vivo à custa de uma grave mutilação. Num caso anterior (*Juan Jacobson*, 1991), respeitou-se a recusa a amputar uma perna de um doente diabético, a qual lhe criava risco de vida, tendo daí resultado o seu falecimento.

<sup>116</sup> Já antes o Tribunal Supremo havia abordado o princípio da autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde, como gerador de responsabilidade civil. Cfr., por ex: decisões da Sala 3ª, de 4 de Abril de 2000 e da Sala 3ª de 3 de Outubro de 2000.

<sup>117</sup> O Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Primera, de 11 de Maio de 2001) voltou a reafirmar este pensamento tendo os ainda invocado a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Com efeito, prescreve o art. 3º (Direito à integridade do ser humano), n.º 2: “No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi aprovada no Conselho Europeu de Nice, em 7 de Dezembro de 2000. Esta Carta foi aprovada apenas como “proclamação solene”, não tendo sido, por ora, integrada nos tratados e carecendo portanto de força jurídica vinculativa. Mas – como afirma VITAL MOREIRA (*in* RIQUITO/ VENTURA/ ANDRADE/ CANOTILHO/ GORJÃO-HENRIQUES/ RAMOS/ MOREIRA, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 7) – ela não deixará de ter, para além de uma considerável força política, uma significativa eficácia jurídica indirecta, nomeadamente para efeitos de densificação do artigo 6º-2 do Tratado da UE, segundo o qual “a União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais dos Estados-membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário”.

<sup>118</sup> Vide Decisão n.º 139/1989, de 18 de Junho; a Decisão n.º 53/ 1985, de 11 de Abril, do mesmo Tribunal reconhece que a “Constituição elevou também a valor jurídico fundamental a dignidade da pessoa, que, sem prejuízo dos direitos que lhe são inerentes, se encontra intimamente ligada ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 10)... A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente pela autodeterminação consciente e responsável da própria vida...”. Cfr. LORENZO Y MONTERO, “El consentimiento informado y la información Clínica...”, *cit.*, pp. 195-198.

Este direito encontra fundamento jurídico, não só na Constituição espanhola (artigos 1, n.º 1 e 10, n.º1), mas também na DUDH, na CEDH (1951) e no PIDCP (1966). O direito do paciente a ser devidamente informado é manifestação, em certo sentido, do direito à vida ou à integridade, bem como do direito à liberdade (*maxime* liberdade de consciência). E, por outro lado, também se deve tomar em consideração o “derecho a la protección de la salud” (previsto no artigo 43.1 da Constituição espanhola, inserindo-se no capítulo sobre os “principios rectores de la política social y económica”). Segundo Ángel Yagüez, a jurisprudência, na sua função de consolidação dos valores sociais, recorre a uma espécie de “*sublimação do consentimento informado*”, implantando este direito no nível nobilíssimo dos direitos humanos. Contudo, o Autor adverte-nos para a necessidade de evitar aquilo que pode ser um abuso: “*estamos contribuyendo a una cierta caricatura de los derechos humanos*”.<sup>119</sup>

Assim, é doutrina corrente, em Espanha, que o consentimento informado é um pressuposto e elemento integrante da *lex artis* que se incorporou no direito positivo nos últimos anos.<sup>120</sup> Constitui, por conseguinte, uma exigência da *lex artis* para levar a efeito a actividade médico-cirúrgica curativa. Estamos perante um *acto clínico* cujo incumprimento pode gerar responsabilidade e que deve ser apreciado oficiosamente pelos Tribunais. Neste sentido, o Tribunal Supremo considerou que o *dever de informação* ao paciente se inclui na obrigação a que o médico está vinculado.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> O recurso à teoria dos direitos fundamentais tem eficácia prática, como demonstram, ao nível do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o Caso *López Ostra contra Reino de Espanha* (decisão de 9 de Dezembro de 1994), ou ao nível do Tribunal Constitucional, a Decisão de 24 de Maio de 2001. Em ambos os casos se tratava de problemas ligados à emissão de ruídos como caso de violação de direitos fundamentais à integridade física e moral, à intimidade pessoal e familiar e à inviolabilidade do domicílio. Em matéria de consentimento informado, porém, não é necessário invocar a argumentação dos direitos humanos. Os instrumentos clássicos permitem chegar a soluções justas já que – “como muchas sentencias del Supremo han dicho – el deber de informar es uno más de los que componen la *lex artis*, el artículo 1.258 CC brinda argumentos suficientes para la condena que proceda.” Para além do centenário Código Civil espanhol, que dá grande relevo ao consentimento e aos seus requisitos essenciais e imprescindíveis para a validade de qualquer contrato, encontramos as normas específicas para temas sanitários: a *Ley General de Sanidad* (artigo 10.6), e também a *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984* – afirma ANGEL YAGÜEZ, *Prologo...*

<sup>120</sup> GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 22.

<sup>121</sup> O Tribunal Supremo repetiu esta doutrina nas decisões de 25 de Abril de 1994, de 2 de Outubro de 1997 e de 24 de maio de 1999. Esta “*obligación de medios* comprende: 1) la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto; 2) *la información, en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posible recidivas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad*; 3) la continuidad del tratamiento hasta la alta”. Cfr. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 22 e DE LORENZO, “El consentimiento...”, *cit.*, 2001, p. 209, destaca que a obrigação de proporcionar informação é componente da *lex artis* médica, com independência do âmbito, público ou privado da assistência, e que portanto é imputável directamente ao médico. Na doutrina austríaca, ENGLJÄRIGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p.67, defende a tese de que o dever de informar assume a natureza de um verdadeiro *dever profissional* (*echte Berufspflicht*). Também a jurisprudência francesa sustenta que se trata de uma *obrigação profissional de ordem geral*

Na doutrina portuguesa, esta perspectiva não tem obtido acolhimento. Assim, Vaz Rodrigues, seguindo Costa Andrade<sup>122</sup>, entende que a expressão *leges artis* “está reservada para aquelas regras específicas da medicina, como corpo científico que habilita a prática da arte de *curar* as pessoas, isto é, sem preencher o terreno que se segue imediatamente, privativo da autodeterminação.”<sup>123</sup> Apenas se insere nas *leges artis* o chamado *esclarecimento terapêutico*. Para esta solução parece contribuir o regime do direito penal português que remete as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias apenas para o domínio do bem jurídico *liberdade* (artigos 150º e 156º CP). Note-se, que o art. 156º pune um comportamento por intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, que, nos termos do art. 150º, esteja de acordo com as *leges artis*! Assim sendo, naturalmente que não poderia o consentimento informado estar incluído no conceito de *leges artis* do regime jurídico-penal das intervenções arbitrárias.

Na Alemanha, país onde a intervenção médica sem consentimento continua a ser punida (criminalmente) em sede de *ofensas corporais*, já se defendeu que *o consentimento pertence ao específico dever de cuidado do médico*. Noutros termos, “o consentimento do paciente só desempenhará um papel em sede de imputação se a vontade autónoma da pessoa for já um elemento constitutivo do bem jurídico da integridade física.”<sup>124</sup> Assim, as ofensas corporais são um bem jurídico que inclui a vontade de conformação do lesado em termos de a lesão corporal se também lesão da decisão pessoal relativa à integridade física”. Esta doutrina faz, pois, valer o consentimento como momento privilegiado das *leges artis*.<sup>125</sup>

Ora, se é verdade que esta impostação do problema se revela desajustada aos dados do direito penal português, onde a incriminação das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias visa a exclusiva protecção do bem jurídico *liberdade* (e autodeterminação), já o mesmo não pode ser afirmado, *de plano*, em sede de direito civil. Aqui está em causa, como adiante procurarei demonstrar, simultaneamente o direito à integridade física e o direito à autodeterminação. Por outro lado, resulta do direito positivo português e da deontologia médica que o médico tem a obrigação de informar e de obter o consentimento. Ou seja, se não estivermos presos ao conceito de *leges artis*, do art. 150º CP, poderemos acompanhar a doutrina e jurisprudência espanhola, inserindo o dever de informação nas *leges artis* do médico. No fundo, trata-se de seguir aquilo que, entre nós, Guilherme de Oliveira afirma: “a necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado ganhou

---

(acórdãos do Tribunal da Cassação, Câmara Civil, de 29 de Maio de 1951 e 27 de Outubro de 1953, acórdão do Tribunal de Apelação de Paris, de 23 de Junho de 1995).

<sup>122</sup> COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, pp. 432 e ss.

<sup>123</sup> VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 71.

<sup>124</sup> KRAUSS, *apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 433, nota 208.

<sup>125</sup> COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 434.

sentido na prática médica, como um aspecto de *boa prática clínica*; isto é: *tratar bem* não é apenas actuar segundo as regras técnicas da profissão mas também considerar o doente como um centro de decisão respeitável.”<sup>126</sup>

Donde, podemos discernir uma noção de *leges artis em sentido estrito*, que equivale ao conceito do art. 150º CP, da noção de *leges artis em sentido amplo*, que abrange outros deveres do médico que, em última análise, também contribuem para o bom tratamento do paciente, nomeadamente o respeito pelo consentimento informado e pelo dever de documentação.

## 6. Esclarecimento terapêutico e esclarecimento-para-a-autodeterminação

O consentimento informado foi, pois, sendo edificado ao longo do século XX. O dever de esclarecimento que radica nesse intuito tem em vista permitir a autodeterminação do indivíduo nos cuidados de saúde e não se confunde com o esclarecimento terapêutico.

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 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.<sup>127</sup> 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.<sup>128</sup>

Juridico-dogmaticamente, o esclarecimento terapêutico levanta menos dificuldades do que o esclarecimento para a autodeterminação, sendo parte integrante das *leges artis* (em sentido estrito). Assim uma violação grosseira dos deveres de esclarecimento terapêutico resultam num grave erro médico.<sup>129</sup> Por outro lado, o âmbito de esclarecimento terapêutico é mais amplo que no consentimento para a autodeterminação, devendo o médico informar sobre todos os pormenores que possam ser úteis para a saúde do doente. Deste modo, não faz qualquer sentido falar aqui de privilégio terapêutico, já que a informação contribui, ela

<sup>126</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “O fim da “arte silenciosa”, in *Temas...*, p. 99.

<sup>127</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup>, p. 503.

<sup>128</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 503.

<sup>129</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 501. Na Alemanha entende-se que há, neste caso, uma inversão do ónus da prova do nexos de causalidade.

própria, para que o doente assuma comportamentos positivos para a sua saúde. Como escrevem Laufs e Uhlenbruck, aqui prevalece o velho princípio *salus aegroti suprema lex*.<sup>130</sup>

Em suma, o esclarecimento terapêutico tem em vista “afastar os medos e preocupações do doente, reforçar a sua atitude e o seu apoio à terapia e acautelá-lo contra os perigos em que ele próprio pode incorrer com condutas contra-indicadas pela terapia.”<sup>131</sup> Vale não como pressuposto da liberdade pessoal, mas sim como exigência dos deveres objectivos de cuidado, das *leges artis* da medicina, tendo em vista a tutela da integridade físico-psíquica e/ou a vida.<sup>132</sup>

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.

### **7. Do *informed consent* à *informed choice***

A doutrina (alemã) discerniu uma tipologia do consentimento do paciente. Em primeiro lugar, temos o chamado *consentimento para a intervenção*, que consiste no consentimento que deve anteceder uma cirurgia, a anestesia ou a remoção de material biológico do paciente. Em segundo lugar, o *consentimento para o risco (Einwilligung in die Gefahr)*, que significa que o doente aceita os riscos da intervenção, pelo que, se se vierem a verificar danos (não imputáveis a negligência do médico) é o próprio que os suporta. Preside aqui a ideia da autocolocação em perigo (*Handeln auf eigene Gefahr*). Finalmente, distingue-se o *consentimento para investigar*. Neste caso, já não está em causa uma intervenção médica, ou uma lesão da integridade física, nem daí resultará qualquer risco para o doente; simplesmente, o paciente autoriza que se investigue a sua esfera íntima com base num produto biológico previamente colhido (*v.g.*, análise de ADN num cabelo ou da seropositividade em sangue previamente colhido por outras razões).<sup>133</sup>

Mais recentemente, alguns autores vêm propondo um conceito mais abrangente. Assim, na doutrina anglo-saxónica critica-se a expressão *informed consent*, visto que a informação é apenas um aspecto do consentimento esclarecido (“*comprehensive or enlightened*

<sup>130</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 507.

<sup>131</sup> ESER, “Ärztliche Aufklärung”, *apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 415.

<sup>132</sup> COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 415. Cfr. tb. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 395 e ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 7.

<sup>133</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 79 ss.



*consent*”). Assim, vem sendo proposta a utilização da expressão *informed choice*.<sup>134</sup> Este conceito teria a virtude de abranger, entre outros aspectos, a informação sobre as consequências da recusa ou revogação do consentimento, as alternativas terapêuticas, a escolha dos medicamentos (o que implica alterações à regulamentação da publicidade dos medicamentos<sup>135</sup>), a escolha do estabelecimento de saúde, etc.

No direito português encontramos consagrado o direito à ‘*informação sobre os serviços de saúde existentes*’ e o ‘*direito à livre escolha do médico*’, e ainda o direito à ‘*segunda opinião*’. Tudo aspectos que vão para além do simples consentimento livre e esclarecido. São expressões avançadas do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*: a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico<sup>136</sup>.

Todavia, ao longo da exposição manter-me-ei fiel à consagrada expressão “consentimento informado”, visto que o que me parece relevante é que o seu conteúdo se vá enriquecendo e não tanto que se vão acumulando conceitos, por vezes meramente teóricos, sem se operar uma verdadeira assimilação por parte dos juristas e dos médicos do seu significado e efeitos.<sup>137</sup>

## 8. A crise do consentimento informado?

A doutrina mais recente começa já a falar de uma crise do consentimento informado ou do advento do neo-paternalismo. Efectivamente, alguns elementos empíricos e normativos apontam para uma limitação das possibilidades de realização do princípio da autonomia na moderna medicina.

---

<sup>134</sup> CAMPBELL *et al*, *Medical Ethics*, p. 24-25.

<sup>135</sup> Cfr. BARTH, “From informed consent to informed choice: Patient access to reliable health information on medical services and medicinal products in the internet age”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, II, pp. 121 e ss.

<sup>136</sup> Cfr. AMARILLA/ ÁLAMO (Ed.), *El consentimiento informado en la utilización de fármacos*, Universidad de Alcalá, Asociación Española de Derecho Farmacéutico Editores, 2000, *passim*.

<sup>137</sup> Também não me parece decisiva a discussão a propósito de qual a melhor expressão: se consentimento *informado* ou consentimento *esclarecido*. Se esta última tem mais tradição na língua francesa (*consentement éclairé*) e alemã (*aufgeklärte Einwilligung*), a primeira é a preferida não apenas na língua inglesa (*informed consent*) mas também de línguas latinas próximas da nossa: o espanhol (*consentimiento informado*) e italiano (*consenso informato*). Ambas as expressões são correctas e ambas têm apoio legal: o CP fala do *dever de esclarecimento* (art. 157<sup>o</sup>), mas já a LBS e outra legislação extravagante optam pela expressão *dever de informar*. Assim utilizaremos ambas as expressões como sinónimos.

Damm<sup>138</sup> identifica vários factores que estão a conduzir a essa situação. Desde logo verifica-se a tecnificação, a (des)regulação, a economicização e a objectivização da medicina. Os novos ramos da medicina como a reprodução medicamente assistida, o diagnóstico genético, a medicina de transplantação, entre outros, são de uma grande complexidade técnica que tornam o processo do consentimento informado mais difícil. Também a crescente regulamentação legal de vários domínios da medicina diminuem os espaços de livre escolha, a densidade normativa que se cria não é terreno fértil para a afirmação do princípio da autonomia. Acresce ainda que os governos e outros actores da gestão da saúde começam a dar a primazia a racionalização e economização dos gastos em saúde. E isto não apenas ao nível macro, mas interferindo claramente no nível concreto (micro)<sup>139</sup>, o que naturalmente também conflitua com a autodeterminação do paciente. Finalmente, os processos de criação de protocolos, *guidelines* de actuação conduzem a uma objectivização da medicina, à “standardização dos standards”<sup>140</sup> e estão a limitar a liberdade terapêutica do médico e simultaneamente o espaço de decisão do paciente.

Dieter Hart concorda que as *guidelines* (*Leitlinien*) ameaçam a liberdade terapêutica do médico e a liberdade de decisão do paciente. O Autor aponta ainda outros perigos: as directrizes podem ser instrumentos de ‘marketing’ da industria farmacêutica ou instrumentos de controlo económico por parte das seguradoras, ou ainda ser tomadas como uma regulação imposta pelo direito e pelos juristas.<sup>141</sup> O caminho para evitar estes perigos e este estigma é a criação de mecanismos de controlo da qualidade e ir procedendo à eliminação das *guidelines* que se mostrarem desactualizadas.<sup>142</sup> Tudo isto exige a maior transparência dos processos e grande rigor técnico-científico.

Por outro lado, é reconhecido que a autodeterminação não é condição suficiente para o acesso à medicina. As limitações económicas do país permitem limitar o acesso a certos processos diagnósticos ou a certas técnicas (*v.g.*, medicina reprodutiva e genética) extremamente caras. O debate sobre a limitação dos recursos<sup>143</sup> e a equidade na sua

---

<sup>138</sup> DAMM, “Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus”, *MedR* 2002, Heft 8, pp. 378 ss.

<sup>139</sup> Vide Peter UBEL, *Pricing Life, Why it's time for health care rationing*, A Bradford Book, 2000, *passim*. Destaco esta sua astuta afirmação: “It was easy for my father to give his patients the best health care money could buy, because there simply was not much health care to buy...!”

<sup>140</sup> Cfr. Dieter HART (Hrsg.), *Ärztlich Leitlinien, Empirie und Recht professioneller Normsetzung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, contém um anexo com a lista de directrizes médicas na Alemanha, ocupando mais de 15 páginas, o que corresponderá a várias centenas de protocolos...

<sup>141</sup> HART, “Einleitung und Kommentar”, in HART (Hrsg.), *Ärztlich Leitlinien...*, p. 9.

<sup>142</sup> O *Hoge Raad* (Supremo Tribunal holandês) já condenou os médicos porque, tendo incumprido uma determinada directiva não lograram fazer prova da ausência de culpa. Cfr. VERMAAS, “Liability in Relation to the use of professional medical guidelines”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical law, *Book of Proceedings*, I, pp. 123 e ss..

<sup>143</sup> Vide TAUPITZ / BREWE, *Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten Knapper Kassen*, Springer, 2001, *passim*.

distribuição – numa palavra, o *princípio da justiça* de Beauchamp e Childress<sup>144</sup> – conflituam com a plena *autonomia*. Por outro lado ainda, muita legislação tem sido produzida com intuítos claramente paternalistas.

Outro fenómeno que começa a questionar o consentimento informado é a chamada “medicina defensiva”. Nos EUA verifica-se que os médicos têm “hiperinformado” os pacientes “*just to be safe*”.<sup>145</sup> Ora, encarar desta forma o consentimento é desvirtuar a sua intencionalidade e a sua função na relação médico-paciente. Impõe-se, portanto, que na construção jurídica deste instituto se encontre um equilíbrio que permita responder às exigências da autonomia da pessoa humana e à confiança que deve presidir à relação clínica. Para além do aspecto clínico, uma excessiva protecção dos pacientes tem efeitos financeiros que podem ser perniciosos numa análise económica do direito.<sup>146</sup>

Todos estes factores efectivamente causam dificuldades ao consentimento informado. Todavia, sobretudo em Portugal em que este instituto começa agora a ganhar alguma solidez, não me parece que seja já o tempo de lhe fazer o *requiem*. Pelo contrário, deverá ser a partir de um pensamento dialéctico que considere todos os factores referidos que deveremos edificar uma teoria operante do consentimento esclarecido.

---

<sup>144</sup> Tom BEAUCHAMP/ James CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 5<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2001, pp. 225 ss.

<sup>145</sup> Stephen WEAR, *Informed Consent*, Second Edition, Washington D.C., Georgetown University Press, 1998, p. 24.

<sup>146</sup> FAURE, “Comparative Analysis”, in FAURE/ KOZIOL, *Cases on Medical Malpractice*, Wien New York, Springer, 2001, p. 298. Neste texto encontram-se algumas reflexões preciosas (e bibliografia) sobre a análise económica do direito relativamente à responsabilidade médica.

## CAPÍTULO II - FONTES INTERNACIONAIS E EUROPEIAS NO DOMÍNIO BIOMÉDICO

### § 5. Fontes internacionais

Algumas organizações internacionais<sup>147</sup>, mesmo de natureza privada<sup>148</sup>, têm vindo a criar um corpo normativo, a maior parte das vezes sem força vinculativa, mas com grande relevo no desenvolvimento do direito biomédico. Limitando-nos aqui a enunciar alguns dos textos mais relevantes,<sup>149</sup> começamos, em primeiro lugar, por destacar a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948), o *Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos* (1966) - cujo artigo 7º dispõe: “Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. *Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento*”<sup>150</sup> - e o *Pacto das Nações Unidas sobre direitos económicos, sociais e culturais* (1966). No âmbito da UNESCO merece especial atenção a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem* (1997). A Organização Mundial de Saúde, por seu turno, tem produzido Declarações<sup>151</sup>, Resoluções<sup>152</sup> e Convenções<sup>153</sup> com grande importância nesta matéria.

### § 6. Fontes europeias

Ao nível das organizações europeias deparamos com uma produção normativa mais densa, quer no âmbito das instituições da União Europeia, mas sobretudo do Conselho da Europa.

---

<sup>147</sup> Nações Unidas, UNESCO, Organização Mundial de Saúde, CIOMS (*Council for International Medical Sciences*), etc.

<sup>148</sup> Destaca-se a Associação Médica Mundial.

<sup>149</sup> Para mais desenvolvimentos, vide, Noëlle LENOIR, *Les normes internationales de la bioéthique*, QSJ?, PUF, 1998; LENOIR, *Le droit international de la bioéthique*, QSJ?, PUF, 1998; Carlos María ROMEO CASABONA, *Código de Leyes sobre Genética*, Bilbao, 1997 e Rede Europeia “Medicina e Direitos do Homem, *A Saúde face aos Direitos do Homem à Ética e às Morais*, Instituto Piaget, pp. 51-61.

<sup>150</sup> Esta é a única disposição de direito internacional positivo que prevê a obrigação do consentimento (se exceptuarmos a CEDH/Bio em vigor em relativamente poucos países). Cfr. Rede Europeia “Medicina e Direitos do Homem”, *A Saúde face aos Direitos dos Homens, à Ética e às Morais*, p. 366.

<sup>151</sup> *Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa*, Amsterdão, 28-30 de Março de 1994, OMS, Secretaria Regional da Europa.

<sup>152</sup> *V.g.*, Resolução de 14 de Maio de 1997 sobre a clonagem.

<sup>153</sup> Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1990.

## 1. Conselho da Europa

O Conselho da Europa é uma organização inter-governamental com a finalidade específica de cooperação política entre os seus membros, estando aberta aos Estados europeus. Sob a sua égide realizaram-se, entre outros, tratados tão importantes como a *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, de 4 de Novembro de 1951.<sup>154</sup>

Debruçando-nos exclusivamente sobre o domínio da saúde, verificamos que a sua acção tem se revelado de grande relevo, quer através da Assembleia Parlamentar quer através do Comité de Ministros do Conselho da Europa<sup>155</sup> e que culminou, nos anos 90, com a elaboração da Convenção da Biomedicina. Vemos, assim, que o direito declaratório do Conselho da Europa ocupa um lugar importante. As resoluções ou recomendações da Assembleia Parlamentar ou do Comité de Ministros vão constituindo progressivamente um *corpus* de direitos que abrangem os domínios mais variados (transplantação de órgãos, experimentação humana, protecção dos doentes mentais, patenteamento do ser humano). O papel do direito declaratório, também chamado de “soft law”, não é negligenciável na medida em que estas recomendações tendem a ser as referências normativas que influenciam o conjunto das obras jurídicas nacionais. Por outro lado, abriram as portas a textos mais vinculantes como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina (CEDH Bio).<sup>156</sup>

Quanto ao direito convencional relativo à biomedicina, destaca-se, desde logo a Convenção de 28 de Janeiro de 1981, relativa à protecção do indivíduo em relação ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal, na qual se incluem algumas normas especiais de protecção de dados relativos à saúde e, sobretudo, a Convenção de Oviedo.

### 1.1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina

Portugal entra no século XXI apostado em acompanhar os progressos do direito biomédico. Com o Decreto n.º1/2001, o Presidente da República ratificou<sup>157</sup> a *Convenção*

---

<sup>154</sup> Outras Convenções de grande importância e cujos títulos indicam, só por si, a variedade de temas que são objecto da actividade normativa do Conselho da Europa, são a Convenção sobre o Racismo, a Carta Social Europeia, a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal e a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes.

<sup>155</sup> *Vide* a lista de documentos do Conselho da Europa em <http://www.coe.int>.

<sup>156</sup> Rose-Marie LOZANO, *La Protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, CERIC, 2001, p. 11.

<sup>157</sup> Decreto do Presidente da República n.º1/2001, *in* DR n.º 2, 1ª Série A de 3 de Janeiro e Resolução da AR n.º1/2001, *in* DR n.º 2, 1ª Série A, de 3 de Janeiro. O Estado português ratificou assim a

*Para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina* e o *Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos*. Esta Convenção é de extrema importância para os Estados, como Portugal, com carências legislativas em matéria de direitos dos pacientes, genoma humano e investigação científica.

Tal como em 1950, através da CEDH e, em 1987, com a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das penas e Tratamentos desumanos ou degradantes<sup>158</sup>, de 26 de Novembro, o Conselho da Europa voltou a mostrar um espírito pioneiro ao elaborar o primeiro tratado internacional sobre uma questão que havia sido estudada sobretudo por alguns ordenamentos jurídicos dos países tecnologicamente mais desenvolvidos: o impacto das novas tecnologias no campo da medicina e da biologia sobre o ser humano e a sua dignidade.<sup>159</sup>

Esta organização europeia desenvolveu um trabalho intenso em matéria de direito biomédico<sup>160</sup>, no sentido de efectuar um maior esforço tendente à harmonização das regras existentes. No Relatório de Palacios à Assembleia Parlamentar, de 12 de Janeiro de 1995, ficou claramente registado que as diferenças no que respeita aos níveis de protecção existentes nos distintos Estados-membros poderiam conduzir a atractivos “paraísos bioéticos”, onde vigoram normas menos rigorosas que exerceriam um atractivo para médicos e investigadores pertencentes a países com maiores níveis de protecção.<sup>161</sup>

Assim, no dia 16 de Novembro de 1996, o Comité de Ministros do Conselho da Europa aprovou o texto definitivo da *Convenção dos Direitos Humanos e a Biomedicina* e a Convenção foi aberta para assinaturas em Oviedo, a 4 de Abril de 1997, tendo sido imediatamente assinada por parte de vinte e um Estados-Membros do Conselho da Europa (de um total de quarenta países que nessa altura integravam a referida organização), entre os quais se contava o Estado Português.<sup>162</sup>

---

*Convenção Europeia para a Protecção 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*, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o *Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos*, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998.

<sup>158</sup> Sobre esta Convenção, *vide*, André DIAS PEREIRA, in GOMES CANOTILHO (Coord.), *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*, Oeiras, Celta Editora, 2000, pp. 273. ss e bibliografia citada.

<sup>159</sup> Cfr. Fernández de CASADEVANTE ROMANÍ, “El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Rev Der Gen H* 7/1997, p.106

<sup>160</sup> Esse labor tem vindo a ser realizado na Assembleia Parlamentar, no Comité *ad hoc* de peritos em Bioética (CAHBI), posteriormente denominado CDBI (Comité Director de Bioética).

<sup>161</sup> Herman NYS, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Rev Der Gen H* 12/2000, p. 69.

<sup>162</sup> Dos Estados membros da União Europeia, 10 assinaram a Convenção: Dinamarca, Finlândia, França, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Espanha e Suécia. Ficaram de fora a Alemanha,

Não se ignoravam as dificuldades que representaria harmonizar - num espaço geopolítico tão amplo e com sensibilidades históricas, éticas e religiosas de grande pluralidade, como é o do Conselho da Europa – as normas base dos grandes problemas do direito da biomedicina.<sup>163</sup> Esta é uma “convenção mínima”, ou seja, visa-se um nível mínimo de protecção que seja aceite por todos os Estados-parte. Tal não impede que em cada um dos Estados mantenha ou crie níveis de protecção mais desenvolvidos. Deste modo, o art. 27º prevê uma cláusula “*wider protection*”, segundo a qual nenhuma das disposições da Convenção afasta normas internas dos Estados parte que concedam uma protecção mais ampla ao ser humano.<sup>164</sup> Trata-se de um texto que resulta do consenso internacional possível<sup>165</sup>, quer relativamente aos temas abordados (os temas ligados ao final da vida, por exemplo, não foram abordados), quer relativamente ao conteúdo e o pormenor de regulamentação nos temas analisados.

Este não é um texto que se queira fechado e perene. Antes pelo contrário, trata-se de uma Convenção-quadro que irá, progressivamente, sendo complementada através de Protocolos Adicionais que densifiquem a regulamentação jurídica dos temas da Convenção que mais careçam de aprofundamento (art. 31º da CEDHBio).<sup>166</sup> Assim, está já em vigor o *Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos* (Paris, 12 de Janeiro de 1998), entrou em vigor a 1 de Março de 2001 e foi aprovado para ratificação o *Protocolo Adicional*

---

Áustria, Bélgica, a República da Irlanda e o Reino Unido. A experimentação em incapazes e, sobretudo, o estatuto jurídico do embrião são os pontos de maior divergência bioética na Europa.

A Convenção está aberta tanto aos Estados membros do Conselho da Europa, como à União Europeia e aos Estados que participaram na sua elaboração: Austrália, Canadá, Estados Unidos da América, Japão e a Santa Sé. Isto traduz a intenção de se afirmar como uma referência normativa mundial no campo do direito biomédico. O que, sendo um factor de glória para o Conselho da Europa, acarreta responsabilidades acrescidas.

A adesão da União Europeia, contudo, mostra-se problemática. O Tribunal de Justiça, na sua decisão de 28 de Março de 1996, sustenta que nenhuma disposição do Tratado de Roma outorga aos órgãos da comunidade em geral a faculdade de estabelecer prescrições em matéria de direitos humanos, ou de subscrever quaisquer Convenções internacionais neste campo. O Parlamento Europeu, por sua vez, defende uma modificação do Tratado de Roma para permitir a ratificação da CEDHBio (Resolução de 20 de Setembro de 1996, sobre protecção dos direitos humanos e da dignidade humana na aplicação da biologia e da medicina P.B.B.C. 320/268, 28 de Outubro de 1996).

<sup>163</sup> Esta organização reúne actualmente mais de 40 Estados do Continente europeu, abrangendo da Rússia a Portugal, da Noruega a Malta, atravessando países católicos, protestantes, ortodoxos e muçulmanos, onde convivem tradições e jurídicas tão diferentes como a família da “common law”, do mundo anglo-saxónico e a família romano-germânica.

<sup>164</sup> Segundo NYS, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Rev Der Gen H* 12/2000, essa mais elevada protecção deve ser sempre interpretada à luz do artigo 1º da Convenção, ou seja a protecção do ser humano perante a aplicação da medicina e da biologia. Concretamente, isto significa, por exemplo, que uma maior protecção é exigida em relação ao sujeito de um ensaio clínico e não em relação ao investigador.

<sup>165</sup> OCTAVI QUINTANA intitula um seu artigo como: “El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: un Convenio de consenso”, *Rev Der Gen H* 7/1997, 165-172.

<sup>166</sup> Técnica habitual no Conselho da Europa. Veja-se, como exemplo paradigmático, a própria CEDH, já complementada por onze protocolos.

sobre a transplantação de órgãos.<sup>167</sup> Por outro lado, a provar a necessidade de um permanente estudo e aperfeiçoamento destas matérias está o facto de a própria Convenção se impor uma revisão, no máximo 5 anos após entrar em vigor, isto é em Dezembro de 2004.<sup>168</sup>

A Convenção tem como princípios fundamentais, em primeiro lugar, a protecção do ser humano e de toda a pessoa.<sup>169</sup> Na verdade, O art. 1.º começa por afirmar que “As Partes ... protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.”<sup>170</sup> Em segundo lugar, a Convenção de Oviedo promove a *protecção da dignidade e identidade do ser humano*. Com efeito, o artigo 2 reza: “O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse da sociedade ou da ciência.”<sup>171</sup> Em terceiro lugar, é dado lugar de destaque à protecção da integridade física e moral da pessoa por via da exigência do *consentimento*. Neste âmbito

<sup>167</sup> Por outro lado, estão em fase avançada de preparação o Projecto de Protocolo sobre a protecção de embriões e fetos humanos, o Projecto de Protocolo sobre a investigação científica e o Projecto de Protocolo sobre as implicações jurídicas do conhecimento do genoma humano. Nenhum signatário poderá ratificar os Protocolos sem ter, anteriormente, ratificado a Convenção.

<sup>168</sup> A Convenção entrou em vigor a 1 de Dezembro de 1999, após a ratificação da Dinamarca (depois da Grécia, San Marino, Eslováquia e Eslovénia), mas ainda hoje se fazem sentir grandes ausências como o Reino Unido e a Alemanha, grandes potências da investigação científica que ainda não assinaram este texto. Portugal ratificou a Convenção a 3 de Janeiro de 2001 e entrou em vigor no ordenamento jurídico nacional no dia 1 de Dezembro de 2001.

<sup>169</sup> NYS, “La Convención Europea de Bioética”, *cit.*, 67-87.

<sup>170</sup> A Convenção não tomou posição quanto ao estatuto jurídico do embrião. Esta é uma das linhas de fractura mais acentuada na Europa, pelo que, nessa busca do “consenso” se deixou para o direito interno a resolução desse problema. Contudo, o art. 18.º garante alguma protecção ao embrião, na medida em que *proíbe a sua criação para fins de investigação* e exige que, quando o Estado-parte admita a experimentação em embriões excedentários, a lei nacional deverá garantir *adequada protecção* (Cfr., sobre esta matéria, André DIAS PEREIRA, “Country Report Portugal”, in Jochen TAUPITZ, *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?*, Berlin, Heidelberg, [etc.], Springer, 2002, p. 726). Entretanto, o Projecto de Lei N.º 90/IX sobre Procriação Medicamente Assistida, apresentado por deputados do Partido Socialista, prevê uma norma de carácter penal (art. 32.º) segundo a qual: “A criação de embriões para fins de investigação e a implantação de embriões que tenham sido objecto de experimentação constitui um crime punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

<sup>171</sup> Como expressão destes princípios, Herman NYS aponta os seguintes artigos: (1) quanto à *dignidade do ser humano*, o art. 14.º (Proibição de selecção do sexo), o art. 18.º, n.º 2 (proibição de criação de embriões para fins de experimentação) e o art. 21 (Proibição de obtenção de lucros); quanto à *identidade*, o art. 13.º (proibição de terapia génica na linha germinal).

O princípio da dignidade humana afirma-se como o cerne do discurso bioético dos nossos dias. Este princípio goza de dignidade constitucional em vários países europeus, v.g., Portugal (art. 1.º CRP), Alemanha (art. 1 GG), Grécia (art. 2 da Constituição) e Espanha (art. 10 da Constituição). Para além disso a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) também erige a dignidade humana ao lugar cimeiro da sua construção. Sobre esta matéria, cfr. LOZANO, *La protección europea...*, p. 19-20 e João LOUREIRO, *Os Genes do nosso (Des)contentamento (Dignidade humana e genética: notas de um roteiro)*, BFD 77 (2001), pp. 163-210. Para uma visão crítica do princípio da dignidade humana Gilbert HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, pp. 157-178: “le danger est qu’une faction de la société (ou de l’humanité, par exemple une communauté religieuse ou une tendance idéologique) définisse et impose aux autres sa conception de la dignité de l’être humain”. O Autor questiona: “Qui aura le droit de définir et le pouvoir d’imposer la dignité de l’être humain à tout être humain?”.



encontramos os artigos 5º (consentimento), 9º (directivas antecipadas), 16º (investigação) e 22º (transplantes).<sup>172</sup>

Certos artigos da Convenção preenchem as condições exigidas pelas legislações de muitos Estados para serem aplicadas directamente. Em particular as normas que enunciam direitos individuais.<sup>173</sup> As normas que enunciam um direito com precisão e de maneira incondicional devem poder ser invocadas perante as jurisdições nacionais nas “relações com pessoas privadas, por exemplo nas relações médico–paciente, ou entre pessoas públicas, por exemplo nas relações paciente–hospital”<sup>174</sup> – são as chamadas normas “self-executing”.

Por outro lado, note-se que no texto da Convenção encontramos normas referentes a matérias de elevado desenvolvimento tecnológico, mas, simultaneamente também é aplicável à “medicina do quotidiano”. Nesse sentido a Convenção é um autêntico “Tratado de direitos dos pacientes.”<sup>175</sup>

Quanto ao controlo da Convenção, o art. 23º deixa aos Estados-partes a protecção jurisdicional em caso de violação dos direitos ou princípios. Por seu turno, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não julga, à luz desta Convenção – litígios concretos; apenas emite opiniões consultivas sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção, a solicitação do Governo de um Estado Parte, ou do Comité Director para a Bioética. Para além disso, lança-se mão da técnica dos relatórios nacionais explicativos da aplicação interna das normas da Convenção, a pedido do Secretário-Geral do Conselho da Europa e a queixa individual apenas é possível na medida em que as violações da Convenção constituam simultaneamente uma violação dos direitos contidos na CEDH. Todavia, por via indirecta, os Estados que não adiram a esta Convenção poderão ver-se obrigados a respeitar o seu regime na medida em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos o aplique, como concretização das normas da Convenção de 1950.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> A Convenção protege ainda outros direitos, tais como: Vida privada e direito à informação (art. 10º); Direito a saber e direito a não saber; Proibição da discriminação em virtude do património genético (art.11º); Acesso equitativo, sem discriminações, aos cuidados de saúde (art.3º); Direito a uma indemnização equitativa, quando se produz um dano injusto (art. 24º); Protecção dos incapazes (art. 6º, 17º, 20º); Respeito pelas obrigações profissionais, deontológicas e outras regras de conduta (art. 4º).

<sup>173</sup> Conselho da Europa, *Relatório Explicativo*, art. 1.

<sup>174</sup> DUBOIS, “La Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine”, *RDSS*, 1998, p. 217.

<sup>175</sup> Herman NYS, “Patient’s Rights in the context of internationalisation of care and cross-border care”, in 14<sup>th</sup> World Congress n Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 13. Efectivamente, aí se proclamam os direitos básicos com o direito ao consentimento informado (art. 5º), o respeito pela vida privada (art. 10º), o direito a saber e a não saber (art. 10, n.º2) e o direito de queixa e de pedir indemnizações (art. 23º). Cfr. tb. J. MICHAUD, “La Loi Française et la Convention Européenne de Bioétique”, in LEMAIRE/ RAMEIX/ GHANASSIA, *Consentement aux soins: vers une réglementation*, Paris, 1995.

<sup>176</sup> Cfr., neste sentido, *Explanatory Report*, parágrafo 165; Fernández de CASADEVANTE ROMANÍ, *ob. cit.*, p. 118, nota 39; Herman NYS, “La Convención Europea de Bioética”, *cit.*, p. 86; ABBING,

Não sendo um monumento acabado, este documento contém os alicerces de um edifício a construir. A doutrina, de uma forma geral, aplaude os métodos e as soluções alcançadas.<sup>177</sup>

## 1.2. A Protecção do Direito ao Consentimento Informado no direito do Conselho da Europa

O Conselho da Europa enunciou o princípio do consentimento do paciente como pressuposto de todo o acto médico. Desde logo este direito é protegido pela *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* no quadro do art. 8, que assegura o respeito do direito à vida privada.<sup>178</sup> Ao nível do direito declaratório, a *Recomendação (85) 3* do Comité de Ministros aos Estados membros sobre os deveres jurídicos dos médicos afirmava o princípio da autonomia do paciente. Este princípio foi reafirmado no art. 5º da CEDHBio.

Várias normas têm sido submetidas à apreciação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Comissão no sentido de se defender o direito ao *consentimento informado*. O Tribunal não tem considerado que o art. 2º (direito à vida), o art. 3º (proibição da tortura e tratamentos desumanos e degradantes) e o art. 9º (liberdade de consciência e de religião) da CEDH protejam esse direito.<sup>179</sup>

Por seu turno, o art. 8º (*reserva da vida privada e familiar*) tem sido erigido em porta-estandarte do direito ao consentimento informado no âmbito da CEDH. A jurisprudência dos órgãos da Convenção indica claramente que *uma intervenção biomédica praticada sem o consentimento do indivíduo constitui uma ingerência na sua vida privada*.<sup>180</sup>

---

“The Convention on Human Rights and Biomedicine. An Appraisal of the Council of Europe Convention”, *European Journal of Health Law*, 5, 1998, p. 380. LOZANO, *La protección europea...*, p. 15, concretiza esta ideia apontando um certo número de disposições da CEDH que podem ser mobilizadas perante conflitos de direito biomédico: art. 2º protege o direito à vida, o art. 3º proíbe a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes e que está intimamente ligado à protecção da dignidade humana e o art. 8 garante o direito à vida privada e familiar.

<sup>177</sup> Nas palavras de Marcelo PALACIOS, “La Convencion de Asturias. Convencion de Bioética”, *Rev Der Gen H* 7/1997, p. 161, “se trata de un documento de importancia fundamental, equiparado en sus principios y contenidos a la Declaración de los Derechos del Hombre.”

<sup>178</sup> Cada vez mais o civilista terá de contar com as contribuições normativas e doutrinárias de outros ramos do direito, especialmente do direito europeu. Por isso mesmo, faz sentido um relativo desenvolvimento na exposição do direito europeu dos Direitos do Homem. Cfr., neste sentido, Olivier LUCAS, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et les Fondements de la Responsabilité Civile”, *JCP*, n.º 6, 6 février 2002, pp. 286 e ss.

<sup>179</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos, LOZANO, *La protección europea...*, p. 37-42 e jurisprudência aí citada.

<sup>180</sup> Casos *X. vs. Áustria* (exame de sangue em acção de filiação) e *Associação X. vs. Reino Unido* (vacinação que resultou em morte de crianças), cfr. LOZANO, *La protección europea...*, p.44-45. Cfr. também, KERN, *Limitierte Einwilligung*, pp. 68 e ss.

## 2. A União Europeia

A União europeia em matéria de saúde e dos direitos do homem apenas goza de algumas competências esparsas que se prendem com a investigação, a política social, o mercado comum, a protecção dos consumidores, o ambiente e a livre circulação de mercadorias.<sup>181</sup> Embora não tenha competência geral em matéria de direitos do homem, a União está sujeita ao respeito destes direitos, que se tornaram princípios gerais de direito comunitário.<sup>182</sup> A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* veio consagrar a emergência desta nova categoria de direitos. Nomeadamente, o artigo 3 assegura a protecção do direito à integridade da pessoa no quadro da medicina e da biologia. Naturalmente, esta Carta não tem valor vinculativo, mas nada impede que o Tribunal de Justiça se inspire nela e, por outro lado, que tenha vocação a ser integrada nos tratados num futuro próximo.<sup>183</sup>

Por seu turno, o Parlamento Europeu tem tido uma actividade muito relevante, elaborando direito declaratório que integra os direitos da pessoa no domínio biomédico. Na *Carta Europeia do Paciente*,<sup>184</sup> ele enumera um conjunto de direitos com vista a proteger a pessoa doente. No âmbito da genética e da procriação medicamente assistida também encontramos resoluções marcantes.<sup>185</sup>

Os direitos do homem no campo biomédico têm-se desenvolvido no quadro de competências da Comunidade em matéria de investigação biomédica por meio de programas financiados pela Comunidade. Actualmente, merecem especial referência: a Directiva 95/46/CE<sup>186</sup> relativa à protecção dos indivíduos em relação ao processamento de dados pessoais; a Directiva 2001/20/CE relativa à aplicação de boas práticas clínicas na realização de ensaios clínicos de medicamentos de uso humano<sup>187</sup> e a Directiva sobre o

---

<sup>181</sup> Cfr. sobre esta matéria, Johannes DOMMERS, “An introduction to European Union Health law”, *European Journal of Health Law*, 4, 1997, pp. 19-41.

<sup>182</sup> Desde 1969, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias assinalou que “o respeito dos direitos fundamentais (da pessoa humana) faz parte dos princípios gerais de que as Comunidades asseguram o respeito”. TJCE, arrêt du 12 nov. 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. 1969, p. 419, cfr. LOZANO, *La protection européenne...*, p. 16, com posteriores explicações e jurisprudência sobre o exacto sentido e amplitude da protecção comunitária dos direitos do homem.

<sup>183</sup> LOZANO, *La protection européenne...*, p. 17.

<sup>184</sup> Carta Europeia dos Direitos do Paciente, Resolução de 19 de Janeiro de 1984, JOCE C 46, de 20 de Fevereiro de 1984, p. 104.

<sup>185</sup> Resolução de 16 de Março de 1989 sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, JOCE C 96/265 de 17 de Abril de 1989, p. 165. Resolução de 16 de Março de 1989 sobre a fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, JOCE C 96/265 de 17 de Abril de 1989.

<sup>186</sup> Directiva 95/46/CE de 24-10, JOCE, L281, 32-11-1995, transposta para o direito nacional pela Lei n.º 67/98 de 26-10. Sobre esta matéria, *vide* Helena MONIZ, “Notas sobre a Protecção de Dados pessoais Perante a Informática”, *cit.*, 7, 1997.

<sup>187</sup> Directiva 2001/20/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 4 de Abril 2001 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros relativas à

patenteamento de seres vivos.<sup>188</sup> Por outro lado, a União tem estado atenta aos problemas bioéticos criando comissões encarregadas de estudar estes problemas.<sup>189</sup>

O direito europeu concede expressamente importância, ao nível dos direitos sociais, ao direito à saúde. O direito à protecção da saúde deriva do art. 152 do Tratado de Amsterdão de acordo com o qual: “Um elevado nível de protecção da saúde deve ser assegurado na definição e implementação de todas as políticas e actividades da Comunidade”.

A outra componente do direito aos cuidados de saúde, nomeadamente o direito a ter acesso aos serviços de saúde não está expressamente mencionado no Tratado. Contudo, os artigos 28 e 49 do Tratado autorizam os cidadãos comunitários a circularem para outros estados membros com vista à obtenção de bens e serviços médicos.<sup>190</sup> O Tribunal de Justiça sustentou, em *Decker vs. Kobl*,<sup>191</sup> que país de origem tinha a obrigação de reembolsar um dispositivo médico e um serviço ambulatorio obtido noutro estado membro, com base no princípio de livre circulação de mercadorias e serviços.<sup>192</sup>

Mais sensível é o caso *Blood (R. v. Human Fertilisation and Embriology Authority, ex parte Blood [1997])*. Neste caso, a Sr<sup>a</sup> Blood, após conseguir uma recolha de gâmetas do seu marido enquanto este se encontrava em coma profundo, conseguiu autorização de exportar o esperma congelado para a Bélgica, onde uma clínica estava disposta a proceder à inseminação *post-mortem*. A *Court of Appeal* inglesa lançou mão do princípio da livre prestação de serviços (Tratado CE, art. 49 e ss.) para permitir à Sr<sup>a</sup> Blood o direito de ser medicamente tratada num estado membro diferente do do seu domicílio, apesar das diferentes legislações dos Estados em causa (Reino Unido e Bélgica). Este caso “irritou” profundamente os cultores do direito médico e do direito da família.<sup>193</sup>

---

aplicação de boas práticas clínicas na realização de ensaios clínicos de medicamentos de uso humano, JOCE L121 de 1 de Maio de 2001, pp. 34-44.

<sup>188</sup> Directiva 98/44/CE de 6 de Julho de 1998 relativa à protecção jurídica de invenções biotecnológicas, JOCE L 213/13 de 30 de Julho de 1990. Sobre esta matéria, *vide* REMÉDIO MARQUES, *Patentes de Genes Humanos?*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

<sup>189</sup> Por decisão de 20 de Novembro de 1991, a Comissão europeia criou o Grupo de Conselheiros para a ética da biotecnologia.

<sup>190</sup> Sobre a livre circulação de ‘médicos’, Cfr. Pedro CABRAL, “Da livre circulação de cuidados médicos na União Europeia”, *Direito e Justiça*, vol. XIV, Tomo 1, 2000, pp. 91-114.

<sup>191</sup> TJCE, 28 de Abril de 1998, Jur.I-1831.

<sup>192</sup> A nossa LBS mostra pouca abertura para esta possibilidade, pois prescreve na Base XXXV, n.º 2 que “só em circunstâncias excepcionais em que seja impossível garantir em Portugal o tratamento nas condições exigíveis de segurança e em que seja possível fazê-lo no estrangeiro, o Serviço Nacional de Saúde suporta as respectivas despesas.”

<sup>193</sup> Jean-Sylvesre BERGÉ, “Le Droit Communautaire Dévoiyé (Le cas *Blood*)”, *JCP*, n.º7-8, 16 février 2000, pp. 289 e ss.

Herman Nys<sup>194</sup> entende que também os *direitos individuais* merecem ser considerados pelo direito europeu e defende que deve haver uma harmonização dos direitos dos pacientes na União Europeia. A igualdade de tratamento de todos os cidadãos europeus é o argumento fundamental apresentado pelo Autor. Nesse sentido aponta ainda a maior mobilidade dos cidadãos europeus, a pressão de organizações de pacientes no sentido de serem tratados de igual forma (veja-se, por exemplo, o *Ethical Code of the European Alliance of Genetic Support Groups* (1996)). Por outro lado, o direito (social) de acesso aos serviços médicos no espaço da União é outro argumento decisivo. Neste sentido o Tribunal de Justiça decidiu, em *Geraets-Smits vs. Perbooms*<sup>195</sup>, que quando se considera que o tratamento deve ser “visto como normal nos círculos profissionais em causa” não deve ser interpretado como normal nos circuitos médicos nacionais mas como normal de acordo com o estado da arte a nível da ciência médica internacional. A mensagem do Tribunal é clara: *o direito ao acesso aos serviços médicos não é mais um assunto puramente nacional*. O desenvolvimento da telemedicina, a meu ver, também pode contribuir para a necessidade de se harmonizar o direito médico europeu, à semelhança do que se tem verificado no domínio do comércio electrónico<sup>196</sup>. Finalmente, para Nys, uma harmonização dos direitos do paciente é um elemento importante na construção da identidade europeia.

---

<sup>194</sup> NYS, “Patient’s Rights in the context of internationalisation of care and cross-border care”, in *Book of Proceedings*, I, p. 10.

<sup>195</sup> TJCE, 12 de Julho de 2001, C-157/99.

<sup>196</sup> A *Directiva sobre o Comércio Electrónico* (Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000) aplica-se aos serviços fornecidos por um médico mediante remuneração.

## CAPÍTULO III – O CONSENTIMENTO INFORMADO NO DIREITO PORTUGUÊS

### § 7. Fontes Normativas do Consentimento Informado no Direito Português

Albin Eser trouxe a Coimbra uma lição importante para todo o futuro do direito médico. O estudioso deste ramo do direito deve ter uma visão global que atenda à dogmática do direito penal, social, público e civil de forma compreensiva, não aceitando a sectorialização em compartimentos estanques das diversas facetas de um *direito médico total*.<sup>197</sup> Procurarei, pois, ao longo deste trabalho, aproveitar os dados normativos, a experiência jurisprudencial e a riqueza doutrinal das diversas disciplinas do Direito, por forma a tentar almejar alguns desenvolvimentos dogmáticos, no domínio do Direito Civil.

Assim, desde já, tomemos em consideração a consagração do consentimento informado nos diferentes ramos do direito português.

#### 1. Direito Constitucional

O ordenamento jurídico português confere uma ampla tutela ao *direito à autodeterminação da pessoa humana* estando o direito ao consentimento livre e esclarecido indiscutivelmente consagrado entre nós, enquanto dimensão do *direito à integridade pessoal* (art. 25º CRP).<sup>198</sup>

A revisão constitucional de 1997 veio consagrar no art. 26º, n.º1, entre "outros direitos pessoais", um *direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade*. A referência ao livre desenvolvimento da personalidade já não era inteiramente nova na Lei Fundamental, contudo, é de registar a sua consagração a propósito de um direito subjectivo, formulado

---

<sup>197</sup> Albin ESER, "Neue Aufgabe und Grenzen des Medizin(straf)rechts", Homenagem a Albin Eser, Coimbra, polic., 2002.

<sup>198</sup> "A integridade moral e física das pessoas é inviolável", afirma o n.º 1 do art. 25º da CRP. O direito à integridade pessoal desdobra-se no direito à integridade física e no direito à integridade moral de cada pessoa e traduz-se essencialmente num "direito a não ser agredido ou ofendido no corpo ou no espírito por meios físicos ou morais", nas palavras de CANOTILHO/ MOREIRA, *Constituição Anotada*, p. 177. Por seu turno, o n.º 2 do art. 25º CRP garante: "Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos" (nº2). Uma das dimensões mais actuais desta norma consiste na interdição de submeter uma pessoa a uma *experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento*. Veja-se no, plano internacional, o art. 7º do Pacto Internacional Direitos Cívicos e Políticos e o Princípio 26 do Corpo de Princípios para a Protecção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.

em termos próximos do "direito ao livre desenvolvimento da personalidade"<sup>199</sup>, previsto, designadamente, no artigo 2, §1, da *Grundgesetz*.

O direito à integridade moral e física e o livre desenvolvimento da personalidade são expressões concretizadas desse axioma fundamental que é a *Dignidade Humana* (art. 1º da CRP). O nº3, do art. 26º também é uma novidade e garante a “*dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica.*” Para além do seu valor específico no domínio das novas tecnologias (*maxime* no domínio da genética)<sup>200</sup>, oferece esta norma ainda a virtualidade heurística de nos permitir afirmar que a nossa Constituição se revela especialmente empenhada em garantir a dignidade da pessoa humana perante as tecnologias biomédicas, em geral.

## 2. Direito Internacional

Como vimos no capítulo anterior, num plano ainda supra-legal de direito interno e vigente<sup>201</sup>, a CEDH protege no seu art. 8º o paciente de intervenções arbitrárias<sup>202</sup> e a CEDH Bio tem como um dos princípios fundamentais o consentimento informado.<sup>203</sup>

## 3. Direito Penal

Por seu turno, o Código Penal Português pune a intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente, com o tipo de *intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* (art. 156º) e estabeleceu, com rigor, o *dever de esclarecimento* (art. 157º).

Por outro lado, quando a intervenção médica não for praticada por um médico ou outra pessoa legalmente habilitada, ou não tenha finalidade terapêutica ou ainda se não

---

<sup>199</sup> Cfr., sobre este direito, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 352 e ss. e Paulo MOTA PINTO, "O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade", in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 149-246.

Segundo DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78, o principal fundamento jurídico do consentimento informado no ordenamento jurídico alemão reside precisamente no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*).

<sup>200</sup> Cfr. João LOUREIRO, "O direito à identidade genética", in *Portugal-Brasil - Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

<sup>201</sup> Cfr. André GONÇALVES PEREIRA/ Fausto de QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, 1993, pp. 81-92 e 106-150, onde se analisa a relação entre o direito internacional e o direito interno, incluindo o modo de recepção deste direito na ordem jurídica portuguesa e o valor hierárquico do direito internacional.

<sup>202</sup> Cfr. Peter BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, 1999, p.16.

<sup>203</sup> Art. 5º: "1. Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida. 2. A esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e os seus riscos. 3. A pessoa em causa poderá, a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento."

seguir as *leges artis* da medicina académica, só será lícita se previamente justificada com o consentimento do lesado (artigos 38º e 149º CP). Estas normas são de uma importância crucial na regulação do direito ao consentimento informado no nosso ordenamento jurídico.

#### 4. Direito Civil

No plano civilístico, encontra-se consagrado na lei (art. 70º CC) o *Direito Geral de Personalidade*.<sup>204</sup> Confere-se assim uma tutela plena e absoluta ao ser em devir que é o homem, nas suas diferentes esferas do ser e do agir e aberta à historicidade. Nas palavras de Orlando de Carvalho, o direito geral de personalidade consiste “(n)um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com *jus* à sua “liberdade de desabrochar” (com direito ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’ de que falam já certos textos jurídicos). Trata-se de um *jus in se ipsum* radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação(...). Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade moderna”.<sup>205</sup>

Ora, se no n.º 1 do art. 70º se encontra esse direito-mãe ou direito fonte, está também previsto o direito especial de personalidade: o *direito à integridade física e moral*, com o qual se relaciona o direito à *liberdade* de vontade e a *autodeterminação*, que é precisamente onde se fundamenta civilisticamente o consentimento informado. Um outro caminho possível consiste no recurso ao catálogo dos direitos, liberdades e garantias da CRP e carrear para o direito civil, através da norma com *fattispecie* aberta prevista no art. 70º, o *direito à integridade pessoal* previsto no art. 25º CRP.

---

<sup>204</sup> TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, p. 275, também fundamenta o consentimento informado no direito geral de personalidade (previsto no art. 2, I da GG).

<sup>205</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 90. Sobre este direito, *vide* CAPELO DE SOUSA, *DGP, passim*. Este direito é aceite por grande parte da doutrina portuguesa; *vide*, entre outros, VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ”, *RLJ* 108 (1975/1976), p. 315, 318 ss., HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 259.

Em sentido contrário à consagração de um direito geral da personalidade, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 86 e ss. e em geral a doutrina da Escola de Lisboa. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3ª edição, Lisboa, 2001, p. 226 também tem dúvidas “em aceitar um direito geral de personalidade, como direito subjectivo absoluto, autónomo, *enfim*, como um direito a mais, ao lado dos direitos particulares da personalidade.” Mas considera já admissível vê-lo como um princípio fundamental do sistema, que domina e orienta a categoria dos direitos da personalidade. “Ficam sempre reservadas ao art. 70.º as úteis funções de afirmar o princípio da tutela plena da personalidade do Homem e de excluir um regime de tipicidade dos direitos de personalidade.”



A violação dos direitos de personalidade dá lugar não só a responsabilidade civil mas também a “providências (judiciais) adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”, nos termos dos artigos 70º, n.º2 do CC e 1474º e ss. do CPC.<sup>206</sup>

Para além de ser um direito absoluto de personalidade, a doutrina e jurisprudência (alemãs e austríacas) não têm dúvidas em considerar o dever de informar como um *dever contratual* do médico.<sup>207</sup> Por outro lado, no quadro contratual, podemos ainda fazer apelo à *boa-fé*, como fundamento do dever de informar o paciente, mesmo quando se trata de um prognóstico pessimista. Na verdade, pode ser extremamente importante para a planificação ulterior da vida do paciente que ele seja informado do prognóstico: o paciente poderá pretender pôr termo a certas actividades profissionais, pode querer tomar decisões no plano financeiro, tomar decisões com a companheira, os filhos, os pais, etc.<sup>208</sup>

## 5. Legislação de direito da saúde

O direito da saúde entre nós<sup>209</sup> está regulado em legislação dispersa, avulsa e sem um corpo dogmático e sistemático de suporte. O consentimento informado surge assim enunciado de múltiplas formas, com várias redacções e por vezes com diferentes regimes nos diversos campos. A Lei de Bases da Saúde confere aos utentes o direito a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis do tratamento e a evolução provável do seu estado.”<sup>210</sup> O Estatuto Hospitalar (Decreto n.º 48357, de 27 de Abril de 1968) previa já várias normas referentes ao direito ao consentimento informado.<sup>211</sup> Encontramos, pois, legislação extravagante sobre: ensaios clínicos (Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril), transplantes de órgãos e tecidos (Lei 12/93, de 22 de Abril), esterilização (Lei 3/84, de 24 de Março), interrupção voluntária da gravidez (art. 142º CP), os testes de biologia molecular (Despacho n.º 9108/97 da Ministra da Saúde, DR, II, 13-10) diagnóstico

---

<sup>206</sup> Sobre a tutela dos direitos de personalidade, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, pp. 97 ss. e HÖRSTER, *A Parte Geral...*, pp. 259 e ss. Também o art. 485º CC prevê a obrigação de indemnizar quando “havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento constitua facto punível.” Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, pp. 223 e ss.

<sup>207</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78. BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, p. 20.

<sup>208</sup> Herman NYS, *La Médecine et le Droit*, Kluwer, 1995, p. 119.

<sup>209</sup> Em França, pelo contrário, o *Code de Santé Publique* procura englobar de forma estruturada os grandes temas do direito da medicina.

<sup>210</sup> Base XIV, n.º1, al. e) da Lei n.º48/90 de 24 de Agosto.

<sup>211</sup> Assim prescreve o art. 80º n.º 2: “Os doentes podem recusar a assistência, salvo quando a lei dispuser o contrário. Este direito não pode ser exercido pelo representante ou tutor do assistido.” E o n.º 3: “Os doentes não podem ser submetidos sem o seu consentimento, a exames ou tratamentos, nem ser retidos nos serviços hospitalares, contra a sua vontade, por período superior ao estritamente necessário ara diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos por lei.”

pré-natal (Despacho n.º 5411/97 da Ministra da Saúde, DR, II, 6-8) e a saúde mental (LSM - Lei 36/98, de 24 de Julho) e aguarda-se a regulamentação da procriação medicamente assistida.<sup>212</sup> Em todos estes diplomas se exige o respeito pelo consentimento informado.<sup>213</sup>

## 6. No plano deontológico

É muito discutido, em Portugal, o *valor jurídico-normativo* do CDOM. Parte da doutrina entende que "as normas de deontologia médica têm primariamente uma eficácia interna", sendo, contudo "de grande interesse *v.g.* para a concretização de cláusulas gerais de direito civil, como a dos critérios de apreciação da culpa "(...), e "da ilicitude da conduta do médico".<sup>214</sup> A escola de Lisboa, em regra, reconhece a validade das suas normas, ora as considerando como costume<sup>215</sup>, ora com base nas normas corporativas<sup>216</sup>. Sérvulo Correia afirma que as regras contidas no CDOM "têm valor jurídico de regulamento administrativo visto que emanam de uma associação pública dotada de competência normativa neste domínio".<sup>217</sup>

Independentemente da exacta identificação da fonte de onde deriva a legitimidade destas normas<sup>218</sup>, o resultado é, acompanhando Guilherme de Oliveira, que "as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária" e que a "aplicação directa das normas deontológicas, pelos órgãos estatutariamente competentes, não deixa de exigir um controlo pelas instâncias judiciárias normais, na medida em que implica limitações de

<sup>212</sup> Para uma análise dos vários projectos de lei sobre procriação medicamente assistida em Portugal, vide Luís ARCHER, "Procriação Medicamente Assistida, evolução do pensamento ético de 1986 a 1999", *Brotéria*, vol. 150, Março 2000, e André DIAS PEREIRA, "Country Report Portugal", in Jochen TAUPITZ (Hrsg.), *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?/ The Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe – a Suitable Model for a World-Wide Regulation?*, Berlin-Heidelberg [etc.], Springer, 2002, pp. 705-738. Actualmente o único diploma que versa sobre a matéria, mas de forma muito fragmentária, é o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro. Foi apresentado na Assembleia da República o Projecto de Lei N.º 90/IX, relativo às técnicas de Procriação Medicamente Assistida (DR, II Série-A, n.º 29, 7 de Outubro de 2002).

<sup>213</sup> Cfr., desenvolvidamente, VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 92 e ss.

<sup>214</sup> Cfr., FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, pp. 8 e 9, onde advogam que Esta tese da eficácia interna foi advogada também por ESPERANÇA PINA, *A responsabilidade dos Médicos...*, p. 16 e REYS/ PEREIRA, *Introdução ao Estudo da Medicina Legal*, vol. II, pp. 12 ss., *apud* VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 86, nota 88.

<sup>215</sup> Para TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova...*, p. 123, defende estarmos perante costume codificado, sendo aqui que o Código funda o seu valor jurídico, já que carece de forma legal. "Esse Código Deontológico constitui, assim, um exemplo de *costume coisificado*."

<sup>216</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, "Os Contratos Cíveis...", *cit.*, p. 100, insere o CDOM na categoria de normas corporativas, sendo que a vigência destas está naturalmente sujeita a uma apreciação de validade, pelo que não serão aplicáveis aquelas que contrariem normas legais imperativas ou princípios gerais do sistema jurídico-constitucional, designadamente os princípios da igualdade e da protecção devida aos consumidores.

<sup>217</sup> SÉRVULO CORREIA, "As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde no Serviço Nacional de Saúde", *Direito da Saude e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 61.

<sup>218</sup> Na discussão do problema das fontes de direito, CASTANHEIRA NEVES, "As fontes do direito", *Digesta*, Vol. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 7-94, ensina que o que em último termo releva é a categoria da *vigência* normativo-jurídica.

direitos civis, como o do exercício de profissão.”<sup>219</sup> Por outro lado, estas normas permitem “preencher o conteúdo das normas que estabelecem os deveres dos médicos”<sup>220</sup>

Relativamente ao consentimento informado, o CDOM afirma que "O médico deve procurar esclarecer o doente, a família<sup>221</sup> ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar."<sup>222</sup> Por outro lado, ao admitir a *recusa* de tratamento, o art. 38º, n.º3 pressupõe a exigência do consentimento como pressuposto para a intervenção médica. Ora, o dever dos médicos pedirem o consentimento do doente é um dever deontológico cuja vigência é de convicção generalizada, pelo que o paciente pode exigir o seu cumprimento.<sup>223</sup> Por outro lado, a actual formação médica exige que os candidatos ao exame de internato respondam a problemas relativos ao consentimento informado.<sup>224</sup>

## 7. Conclusão

O consentimento informado está indiscutivelmente consagrado no direito português: seja no plano constitucional, seja no plano civil, penal ou mesmo deontológico. Para além disso a legislação de direito médico também consagra este instituto.

A necessidade de obter o consentimento informado assenta na protecção dos *direitos à autodeterminação* e à *integridade física e moral* da pessoa humana.

E embora possa variar a estrutura jurídica em que se executa o acto médico, essa diversidade não tem qualquer influência na necessidade de obter o consentimento

---

<sup>219</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “Auto-regulação profissional dos médicos”, *RLJ*, n.º 3923, pp. 36-37. Há várias normas cuja validade é duvidosa (v.g., artigos 38º - dever de informação, 47º - interrupção da gravidez, 54º - esterilização, 60º - experimentação). Ao longo do trabalho analisaremos essas situações. Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis...”, *cit* p. 100. Sobre os poderes das autoridades administrativas autónomas *vide* Vital MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, *passim*.

<sup>220</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “Auto-regulação profissional dos médicos”, *RLJ*, n.º 3923, p. 36, exemplifica com o *dever de documentação*, que tendo por base legal, segundo o Autor, o art. 7º, al. e) do Decreto-Lei n.º 373/79, de 8 de Setembro, ao estabelecer o “dever de contribuir com a criação e manutenção de boas condições técnicas e humanas de trabalho para a eficácia dos serviços”, é melhor concretizado pelo art. 77º do CDOM. Cfr. ainda Paulo TEIXEIRA, “Autonomia médica na subordinação do trabalho”, *sub judice*, 27, 2004, pp. 60-61.

<sup>221</sup> É bastante equívoca a referência à família como titular do direito à informação. Cfr. *infra* § 22.

<sup>222</sup> Art. 38º, cfr. também artigos 40º e 41º CDOM.

<sup>223</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, (Conceito, Fontes, Formação), Coimbra, Almedina, 2000, p. 43.

<sup>224</sup> Cfr. n.º3 do art. 65º da Portaria n.º 695/95 de 30 de Junho (aprova o regulamento dos internatos complementares), que afirma: “Todas as provas que incluam doentes devem cumprir os princípios éticos necessários, nomeadamente no que diz respeito ao *consentimento dos doentes* envolvidos.” *Vide* ÁLVARO DIAS, *Colectânea de Legislação Médica*, Tomo I, p. 700.

informado do doente, antes da intervenção concreta.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> Assim, Guilherme de OLIVEIRA, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado”, *Temas...*, p. 65.

## PARTE II – ESTRUTURA DOGMÁTICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

### § 8. Razão de Ordem

O percurso que até agora foi traçado visou enquadrar o instituto do consentimento informado no direito português. Para tanto, efectuou-se um bosquejo histórico-comparatístico e procurou-se reflectir sobre a sua índole e intencionalidade na sociedade hodierna e o papel que o direito civil pode desempenhar como face de um *ethos* normativo cuja bússola tem como norte o princípio da autonomia da pessoa humana.

Não se pôde ir além de uma introdução, ou de uma enunciação da problemática sobre que se procura reflectir. Desenvolvimentos técnico-jurídicos terão lugar na terceira parte deste trabalho, na qual se procederá a um esforço analítico do consentimento informado no direito civil português.

Antes, porém, impõe-se reflectir sobre a estrutura dogmática deste instituto. Ponto de partida será a investigação sobre os *bens jurídicos* protegidos por este instituto. Da resposta a esta questão resultam consequências quanto a todo o regime, quer dos deveres que compõem o consentimento informado, quer da responsabilidade civil por violação desse instituto.

Em segundo lugar, e após uma breve enunciação dos elementos do consentimento informado, procurarei conceptualizar jurídico-civilisticamente esta figura, ao nível da *teoria do facto jurídico*: tratar-se-á de saber se o consentimento deve ser caracterizado como um negócio jurídico ou antes como um acto jurídico *stricto senso*.

No capítulo seguinte, será dada atenção à *capacidade para consentir*. Equacionarei o seu enquadramento dentro da clássica teoria da capacidade de gozo e de exercício de direitos, que está ainda desenhada à imagem do *cives* burguês que chegou até nós. A mais moderna doutrina defende que perante os bens jurídicos pessoalíssimos (*böchstpersönliche Rechtsgüter*) aqui envolvidos se deve construir uma nova figura distinta da capacidade negocial. Defenderei, pois, que estamos perante a assunção de um novo ramo dentro da *capacidade jurídica*.

Finalmente, no último capítulo desta Parte, relativa à *estática do consentimento informado*, procurarei discernir as sanções adequadas à violação dos diferentes elementos estruturantes e das exigências fundamentais deste instituto e o respectivo regime do ónus da prova.

## CAPÍTULO I - DOS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS

### § 9. Direito Penal Português

De acordo com o art. 150º do Código Penal<sup>226</sup>, 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 "intervenções 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*".<sup>227</sup> Assim, a intervenção médico-cirúrgica realizada nos termos do art. 150º CP, 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 CP).<sup>228</sup> "E isto independentemente do resultado final: mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte".<sup>229</sup>

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*

---

<sup>226</sup> Art. 150º, n.º 1 CP: "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*."

<sup>227</sup> Cfr. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 307

<sup>228</sup> Crime punível com pena de prisão até 3 anos.

<sup>229</sup> COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 450.

*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".<sup>230</sup> Pelo que, resumidamente, "a produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento da doença ou das lesões) só relevará como ofensa corporal típica, quando representar a consequência adequada da violação das *leges artis*."<sup>231</sup>

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 CP.<sup>232 233</sup>

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).

## § 10. Direito comparado

O bem jurídico civilmente tutelado deverá coincidir com a ordenação que o legislador penal realizou, ou pode a sua teleologia e índole própria aceitar ou mesmo impor uma solução diferente?

Para responder a esta questão, importa agora analisar o direito alemão e austríaco, visto que foi nestas ordens jurídicas que se colocou em destaque a ideia do crime contra a

---

<sup>230</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 302.

<sup>231</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 305.

<sup>232</sup> 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 (Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril).

<sup>233</sup> 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*.



liberdade (*Freiheitsdelikt*), e portanto, aí (sobretudo na Áustria, país onde a opção dogmática do *Freiheitsdelikt* primeiro ganhou foros de direito positivo) a doutrina e a jurisprudência tiveram de discernir até que ponto a opção político-criminal do legislador influirá na delimitação do âmbito de protecção juscivilístico do direito ao consentimento informado.

Se olharmos às experiências jurídicas do mundo anglo-saxónico<sup>234</sup> ou de influência francesa<sup>235</sup> veremos que este problema é pouco relevante, visto que na história do seu pensamento jurídico não se deu o salto qualitativo (em termos de direito penal) alcançado por autores como Eberhardt Schmidt ou Engisch.<sup>236</sup>

### 1. A tese das Ofensas Corporais do Supremo Tribunal Alemão

A Jurisprudência alemã considera que qualquer intervenção médica, independentemente da sua indicação terapêutica e da sua conformidade com as *leges artis*, como uma *ofensa à integridade física*.<sup>237</sup> E isto independentemente do resultado feliz ou infeliz da intervenção.<sup>238</sup>

Temos assim a realização de um tipo (delitual civil) [§823 Abs. 1 BGB – *Körperverletzung*], cuja ilicitude apenas poderá ser dirimida pela causa de justificação *consentimento* (expresso ou tácito) e o *consentimento presumido*. O esclarecimento, por seu turno, é um pressuposto de eficácia do consentimento.<sup>239</sup>

Todavia, vários autores (Honsell, Weber-Steinhaus, Geilen, Schmidt, Brüggman) criticam esta concepção. Resumidamente, eles entendem que a acção médica não visa prejudicar, mas sim melhorar a condição física e tem fins curativos; por outro lado, a

<sup>234</sup> Como afirmam KENNEDI/ GRUBB, *Medical Law*, Third Edition, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000, p. 575, “any intentional touching of a person without a lawful justification or without their consent amounts to the tort of *battery* and may also constitute a *criminal offence*.”

Nos EUA, em *Natanson v. Kline*, uma paciente que sofria de cancro do peito realizou radioterapia com cobalto radioactivo. O tribunal afirmou que uma violação do dever de informar deve ser considerada uma prática profissional negligente (delito de *negligence*). Desviou-se da jurisprudência anterior que considerava que a violação do consentimento informado configurava o delito de *battery*. Cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 79. Assim, na Inglaterra, e nos outros países da *Common Law*, em caso de intervenção arbitrária, o médico comete o delito de *battery* ou de *negligence*, consoante se esteja perante a *completa ausência de consentimento* ou perante um *consentimento inválido por falta da devida informação*.

<sup>235</sup> O Código penal belga, por exemplo, incrimina as intervenções arbitrárias como “une atteinte à son intégrité physique” (artigos 398 a 400 para as ofensas corporais voluntárias e os artigos 418 a 420 para as ofensas corporais e os homicídios involuntários). Cfr. LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 16.

<sup>236</sup> Cfr., desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, pp. 417 ss e 449 e ss.

<sup>237</sup> Cfr. COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, pp. 424 ss e, mais recentemente, Brigitte TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und lex artis*, Springer, 2000, *passim* e KNAUER, “Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung – Überzogene Anforderungen an den Arzt?”, in ROXIN / SCHROTH, *Medizinstrafrecht (Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht)*, 2., überarbeitete Auflage, 2001.

<sup>238</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, pp. 27-28.

<sup>239</sup> É, sem dúvida, a tese dominante na doutrina civilística alemã: cfr. Jens-M. KUHLMANN, *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, p. 8.

doutrina das ofensas corporais não toma em consideração o sentido e a finalidade social do exercício médico e dos seus efeitos, colocando o médico ao mesmo nível que o “faquista e o brigão” (Schmidt), para depois colocar o consentimento como salvador do médico face ao tribunal. Para alguns destes Autores, a causa de justificação seria a intenção terapêutica da intervenção médica e, por essa razão, a adequação social da prática médica (*Sozialadäquanz ärztlicher Berufsausübung*). Porém, esta perspectiva não protege devidamente a autonomia e a integridade física do paciente.

Esta doutrina – segundo Daniela Engljäringer – para além das insuficiências dogmáticas que lhe são apontadas, não toma em consideração as recentes transformações na concepção de intervenção médica. De facto, a medicina tradicional partia dos critérios essenciais: indicação médica e a intenção terapêutica. Mas hoje falta, muitas vezes, quer a *medizinische Indikation* quer a *Heiltendenz*. Basta pensar em todo o imenso campo da moderna medicina que vai desde as operações cosméticas, à terapia de substituição (no tratamento da toxicoddependência), passando pela interrupção voluntária da gravidez (sem indicação terapêutica), pela amniocentese, pelo diagnóstico pré-natal, a Fertilização In Vitro, até à medicina do desporto e tratamentos para aumentar as capacidades físicas, as transplantações e o transexualismo. No próprio domínio da experimentação, distinguimos entre a investigação terapêutica e a experimentação pura. Em suma, o desenvolvimento da medicina coloca o conceito de intervenção médica em questão. Assim, segundo a citada autora deve-se renunciar ao conceito de intervenção terapêutica e levar-se a cabo uma análise do acto médico com base em considerações puramente objectivas.<sup>240</sup>

Alguns autores (Wiethölter, Laufs)<sup>241</sup> defendiam que o acto médico sem consentimento apenas viola um direito de personalidade (*Persönlichkeitsrecht*). Consequentemente, não haveria lugar a uma indemnização pelos danos materiais, mas apenas uma compensação por danos morais (*Schmerzensgeld*), uma satisfação, por violação do direito à autodeterminação (*Selbstbestimmungsrechts*).

Actualmente, Laufs e Uhlenbruck consideram que o consentimento informado visa “proteger a liberdade do paciente se decidir sobre a sua integridade física”.<sup>242</sup> Deste modo, a intervenção médica, tecnicamente correcta, mas arbitrária (por violação do dever de esclarecimento) lesa a *autonomia* e a *integridade física* do paciente. O médico responde pelas complicações da intervenção, bem com pelas consequências patrimoniais. Se a intervenção arbitrária não tiver consequências negativas, então apenas haverá lugar a uma indemnização

<sup>240</sup> ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 75.

<sup>241</sup> Segundo informa DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78, nota 5

<sup>242</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup>, p 500.

por *danos morais*, caso se verifiquem os fundamentos para isso.

Com Deutsch, podemos afirmar que, para a responsabilidade civil, são protegidos bens jurídicos como a *integridade física*,<sup>243</sup> a *saúde* e a *liberdade*, encontrando-se estes bens jurídicos à disposição do seu titular. Assim, em caso de intervenção médica arbitrária (sem consentimento esclarecido) são violados esses bens jurídicos (*a integridade física, a saúde e a liberdade*) e não apenas o direito de personalidade liberdade ou autodeterminação.<sup>244</sup>

## 2. O Direito Austríaco

Em primeiro lugar, reafirmo que a análise do direito austríaco é para nós muito importante enquanto ferramenta de direito comparado, visto que o legislador penal deste país 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.

### 2.1. A Doutrina Penal austríaca

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.

---

<sup>243</sup> DEUTSCH, “Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs”, *NJW* 1965, p. 1989, veio pôr a nu a necessidade, para efeitos de responsabilidade civil, de considerar a intervenção médica arbitrária como ofendendo o tipo de ofensas corporais (*Körperverletzungstatbestand*). DEUTSCH defendia, então, a chamada *Transparenztheorie*, segundo a qual as intervenções médicas lesam em primeira linha a liberdade de decisão do paciente, mas esta expressão do direito geral de personalidade é transparente: por detrás dela, surge a intervenção no corpo e na saúde, em cujo âmbito de protecção se encontram os danos patrimoniais e os danos imateriais.

<sup>244</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78, com extensas indicações bibliográficas sobre o tema.

## 2.2. A Doutrina Civil austríaca

Ora, apesar dos dados normativos do Código penal, a opinião dominante dos juscivilistas austríacos é a de que as intervenções médicas que prejudiquem a saúde do doente constituem *ofensas à integridade física* (aplicando-se o §1325 ABGB). Esta tese (*Körperverletzungstatbestand*) vale, não só quando se verifica má prática (*Kunstfehler*), isto é, a intervenção carecia de indicação médica ou o médico violou as *leges artis*, actuando negligentemente, mas também face a quaisquer operações ou intervenções que respeitem as regras da medicina, e que causem (fruto do risco inerente à actividade médica) um *agravamento do estado de saúde do paciente*. O consentimento exclui, porém, a ilicitude do comportamento e consequentemente não será imputada a responsabilidade ao médico.<sup>245</sup>

Para que o consentimento seja eficaz, o médico deve informar devidamente o paciente sobre a doença, a intervenção médica e os seus riscos, bem como os possíveis métodos alternativos. Se o médico omitir este dever de esclarecimento, deve responder pelas consequências desvantajosas que resultem da intervenção (apesar de esta ser, no plano das *leges artis*, irrepreensível).

Tradicionalmente, a jurisprudência fundamentava a responsabilidade no §110 do Código Penal, entendendo esta norma como disposição legal de protecção.<sup>246</sup> Ao contrário da alemã, a jurisprudência austríaca tradicional entendia que a intervenção médica não daria origem automaticamente, de plano, a uma ofensa corporal. *Ela poderia conduzir a isso, caso o resultado da intervenção fosse negativo*. As consequências danosas da intervenção médica seriam ilícitas porque violariam o Código Penal (§110 I StGB). O médico responderia por violação desta norma de protecção (§ 1311 ABGB, segunda modalidade de ilicitude) pelos danos

---

<sup>245</sup> KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, II<sup>2</sup>, p. 120; KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, Wien-New York, Springer, 1999, pp. 119 ss; REISCHAUER in RUMMEL, ABGB<sup>2</sup>, §1299, Rz 23a e 23b; entre outros: cfr. BARTH, *Die Einwilligung...*, cit., p. 25.

<sup>246</sup> Norma semelhante ao nosso art. 156º do CP. A verdade porém é que com o amplo reconhecimento do *direito geral de personalidade*, o jurista português, quando se trata de danos a pessoas, nem costuma considerar as normas de protecção do Código Penal (cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Informações ou Recomendações*, p. 237). Todavia, também na primeira modalidade de ilicitude devemos fazer o esforço dogmático de encontrar os deveres de conduta, cuja violação gera ilicitude. Ora, na definição dos contornos desses mesmos deveres de conduta parece-nos que os tipos legais de crime (contra as pessoas) poderão ajudar o intérprete. Dizemos, ajudar e não delimitar ou definir, visto que, por um lado, o Direito Penal está sujeito ao estrito princípio da tipicidade (enquanto expressão do princípio da legalidade criminal), por outro lado, é característica mesma deste ramo do direito o seu carácter de *ultima ratio*, o respeito pelo *princípio da necessidade* (art. 18º CRP) e a sua *fragmentariedade*. Fragmentariedade de primeiro e segundo grau, significando aquele que o direito penal só protege alguns bens jurídicos e o último, que só protege esses escolhidos bens jurídicos face a certo tipo de agressões (*vide*, sobre estes conceitos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Questões Fundamentais*, 1996).

O direito civil é, pois, mais maleável, sendo, neste caso, mais complexo ao nível do bem jurídico. Ao contrário da fragmentariedade da ilicitude penal, a civil é elástica, visto que, tratando-se de sopesar os danos da vida em sociedade, estes recairão sempre sobre alguém em concreto, ou o lesante ou o lesado, sendo tarefa da responsabilidade civil definir sobre quem estes deverão impende.

causados pela intervenção.

Todavia, recentemente, o OGH passou a sustentar que *todas* as intervenções médicas que impliquem uma violação da integridade física configuram o *Tatbestand* de ofensas corporais (§1325 ABGB), que pode ser justificado através do consentimento. No caso de haver uma relação contratual, pode-se fundamentar uma pretensão indemnizatória por violação do dever contratual de informar. Preenchem o tipo de ofensas corporais (§1325 ABGB) as intervenções médicas invasivas (*invasive ärztliche Behandlungen*), incluindo as violações da integridade física, os tratamentos sem intervenção física mas que causam dor, tratamentos medicamentosos que causam efeitos secundários negativos.<sup>247</sup>

Ernst Kärner entende que uma intervenção arbitrária é uma eminente violação da liberdade de decidir e assim uma grave lesão da personalidade do paciente; contudo, não lhe parece contraditório, nos casos de intervenções médicas invasivas, considerar também uma *ofensa corporal*, porque na realidade houve uma intromissão da *incolumidade pessoal*. Ofensa corporal e lesão da saúde que não ficam excluídos no caso de a intervenção ter sido bem sucedida.<sup>248</sup> O Autor austríaco procura lugares paralelos na ordem jurídica e explica que também uma alteração favorável numa coisa alheia constitui uma violação do direito de propriedade, se foi realizada sem autorização do proprietário.<sup>249</sup>

Na verdade, entende-se que, no direito civil, se distinguem os interesses da integridade (*Integritätsinteresse*) e a liberdade de disposição (*Dispositionsfreiheit*) daquele a quem o bem jurídico foi atribuído. Neste sentido, veja-se no direito português, o art. 1306º CC e o regime do enriquecimento sem causa do art. 473º ss. CC, onde se aceita a doutrina da afectação ou da destinação (*Zuweisungslehre*) dos bens absolutamente protegidos<sup>250</sup>. “A infracção da liberdade de disposição do titular é uma infracção da ordenação absoluta dos bens jurídicos e desse modo uma violação do próprio direito.”<sup>251</sup> Assim, temos uma intervenção arbitrária, mesmo quando não se afecta o interesse da integridade do titular, mas se realiza uma violação da ordenação dos bens jurídicos. Portanto, uma intervenção médica, não consentida, com resultados favoráveis deve ser qualificada como uma

---

<sup>247</sup> No conceito de ofensas corporais (para o direito civil) o OGH inclui: (1) a perturbação ou afectação da saúde *física* (uma operação provoca uma ferida, que é necessariamente uma modificação negativa e com toda a certeza causará dores, de modo que mesmo perante intervenções bem sucedidas pode haver danos (*Gefühlsschaden*)), ou *psíquica* ou da *incolumidade pessoal*; (2) danos interiores, perturbações nervosas, doenças mentais, neuroses, estados de choque; (3) tratamentos medicamentosos para regular o metabolismo ou para a esfera psíquica; (4) alívio de dores físicas. Não se qualificam como ofensas corporais as simples impressões psicológicas, infelicidade ou mal-estar.

<sup>248</sup> KÄRNER, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, p. 119.

<sup>249</sup> KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, Band II (1984), p. 120 e KÄRNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 119.

<sup>250</sup> RUI de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 187; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 453; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, 1970.

<sup>251</sup> KÄRNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 120.

*Körperverletzung.*

Contra isto, não se invoque que o âmbito de protecção da norma do §110, 1 Código penal austríaco apenas protege o direito à autodeterminação, e não a integridade física. É que a integridade física é protegida como direito absoluto (primeira modalidade de ilicitude, § 1325 AGBG), havendo uma proibição geral de agressão, pelo que não é necessário recorrer à norma penal.

Na perspectiva civil, portanto, – diferentemente da perspectiva fragmentária do direito penal – a violação do interesse de disposição através de uma lesão do direito absolutamente protegido à integridade física constitui uma violação desse próprio direito. Se seguirmos esta teoria, o conceito de ofensas corporais em direito civil afasta-se significativamente da perspectiva penal. E isto é algo que não deve causar surpresa; de facto, o conceito criminal de ofensas à integridade física é mais restrito que o civil. Assim, pequenas ofensas como cortar o cabelo, atingir alguém com água ou xarope, destruição de um penteado artístico, dar uma leve bofetada, causar uma nódoa negra ou mesmo uma pequena perda de sangue (podem) não ser consideradas ofensas corporais para o direito penal.<sup>252</sup> “a ofensa ao corpo não poderá ser insignificante”.<sup>253</sup>

Voltando aos exemplos de direito patrimonial: no caso de se realizarem melhoramentos em coisa alheia, contra a vontade do titular, esta acção é civilmente ilícita, por violação da liberdade de disposição do direito de propriedade. Mas, criminalmente, não há crime de dano, já que este pressupõe destruição, danificação.<sup>254</sup> Costa Andrade, aponta vários casos em que o direito penal não intervém. Para além do clássico critério – resultante da exigência de dignidade penal, expressão do seu carácter de *ultima ratio* - de *minimus non curat pretor*; apresenta o caso de ‘soltar o pássaro da gaiola’ que, na sua interpretação, não constitui crime de dano, advogando igual juízo, à luz do direito português, para os referidos casos de “reparações arbitrárias”, isto é, em que se melhoram ou reforçam a utilidade funcional das coisas.<sup>255</sup>

Em conclusão, no ordenamento jurídico onde o legislador penal optou pela tese do *Freibeitsdelikt*, a doutrina e a jurisprudência entendem que, para efeitos de direito civil, a intervenção médico-cirúrgica arbitrária configura uma violação do direito à integridade

---

<sup>252</sup> KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 120.

<sup>253</sup> Paula FARIA, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 207, “A apreciação da gravidade da lesão não se deve deixar fundar em motivos e pontos de vista pessoais do ofendido, necessariamente subjectivos e arbitrários, antes deverá partir de critérios objectivos se bem que não perdendo totalmente de vista factores individuais.”

<sup>254</sup> Em Portugal, rege o art. 212 (Dano), n.º1: “Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia, é punido...”

<sup>255</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, II, pp. 211, 218 e 219.

física.

### § 11. Bens jurídicos protegidos pelo direito civil e danos ressarcíveis

Em primeiro lugar, se o paciente *consentiu* (tendo sido previamente devidamente informado) só há lugar a indemnização em caso de má prática médica, isto é, por violação negligente das regras da arte. O consentimento válido transfere para a esfera jurídica do paciente os riscos da intervenção, desde que esta seja realizada diligentemente.

Se a intervenção médica fôr *arbitrária*, porque não se obteve consentimento ou se obteve um consentimento viciado (por falta de informação adequada), devemos distinguir duas situações: na primeira, verifica-se uma intervenção médica sem consentimento (ou com consentimento viciado), mas sem quaisquer danos (corporais), ou seja, sem qualquer agravamento do estado de saúde do paciente; na segunda, a intervenção é arbitrária e não obteve êxito, ou verificaram-se riscos próprios da operação, ou provocou consequências laterais desvantajosas.

#### 1. Intervenção médica sem consentimento mas sem quaisquer danos para o doente.

A doutrina portuguesa entende que este tipo de condutas deve ser civilmente censurado. Os bens jurídicos tutelados são o direito à integridade física e moral e o direito à liberdade, logo os danos ressarcíveis são não só os que resultam da violação da liberdade da vontade, mas também as dores, os incómodos e a lesão da incolumidade pessoal.

Orlando de Carvalho, seguido por Capelo de Sousa, afirmam que, se em termos penais, não haverá crime de ofensas corporais mas um crime contra a liberdade das pessoas, já no plano civil, dada a abertura do art. 70º (direito geral de personalidade) há uma *violação corporal*, "com lesão da incolumidade pessoal (*noli me tangere*) a par da infracção ao direito de *autodeterminação ou liberdade de decisão*, abrangendo os danos, não apenas a lesão da liberdade de vontade, mas também as dores, os incómodos físico-psíquicos e os riscos sofridos pelo paciente"<sup>256</sup>.

Assim, a doutrina aceita que o dano moral resultante da intervenção arbitrária merece a tutela do direito. Neste sentido, Guilherme de Oliveira afirma que,

---

<sup>256</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 193: "Decerto que, se a saúde não piorou, mas melhorou, o dano parece reduzir-se apenas à falta de consentimento e, logo, à simples lesão da liberdade da vontade. Sabe-se, contudo, que uma intervenção, ainda que bem sucedida, provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo de relevo para o direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa." Cfr. ainda CAPELO de SOUSA, *DGP*, p. 219, nota 440. Também DEUTSCH, "Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs", *NJW* 1965, p. 1988, faz apelo ao conceito de "körperliche Unversehrtheit".

independentemente da alteração para melhor ou para pior do estado de saúde do doente, haverá a lesão de um direito de personalidade, o *direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde*, pelo que o médico poderá ser responsabilizado nos termos dos artigos 70º, n.º 2 e 483º C.C, pagando uma indemnização pelos danos não patrimoniais que causar.<sup>257 258</sup> Também, em Espanha, o Tribunal Supremo identifica um dano na violação do direito a ser informado: “esta situação de inconsciência provocada pela falta de informação imputável à Administração... supõe em si mesma um *dano moral grave*, distinto do dano corporal derivado da intervenção”.<sup>259</sup>

Se o que vai dito é válido como tese geral, penso que devemos precisar o modo de *cálculo* do dano indemnizável com mais rigor. Para tanto, seguirei de perto a exposição de Karner. O Autor entende que, se o estado de saúde melhorou, mas foi necessário efectuar uma *intervenção invasiva*, estamos perante uma ofensa corporal, logo há direito a uma indemnização.<sup>260</sup> O paciente, tendo-lhe sido negada informação suficiente, não teria que suportar a intervenção e assim não tem que sofrer os efeitos laterais. Todavia, se houve uma melhoria geral do estado de saúde, na determinação do dano indemnizável não devemos abstrair desse facto. Assim as dores e tristezas causadas pela intervenção devem ser *ponderadas* com as dores e sentimentos de infelicidade que o paciente sofreria se não se realizasse a operação – deve-se realizar uma ponderação dos danos (*Vorteilsausgleichung*).

Esta ponderação de danos apenas deve envolver *danos imateriais*. Assim, não devem ser ponderados os danos patrimoniais virtuais, como por exemplo o facto de a pessoa

---

<sup>257</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *Temas...*, p. 99.

<sup>258</sup> Normalmente distingue-se o direito à integridade física e psíquica do direito à saúde; este último está previsto no art. 64º CRP, constando do catálogo de direitos sociais, económicos e culturais e dirige-se, sobretudo, contra o Estado. Já o primeiro é considerado como um clássico direito de personalidade (cfr. Adriano de CUPIS, *I diritti della Personalità*, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1950, pp. 58 ss.), com sede no art. 70º, n.º 1 CC e no art. 25º CRP, e que consiste na pretensão de *não ver alterado para pior o seu estado físico-psíquico prévio por intromissões ilícitas de terceiros* (Orlando de CARVALHO, “Transplantações e direitos das pessoas”, in *Transplantações (Colóquio Interdisciplinar)*, Centro de Direito Biomédico, n.º 3, 1993, p. 138, define a saúde como “o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias.” Porém, o direito à saúde também pode ser juscivilisticamente compreendido como um direito de personalidade. Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, *Mudança de Sexo, O Critério Jurídico (O Problema do “Paradigma Corporal” Da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, Coimbra, 1991, pp. 280 e ss., entende que “o direito à saúde pode ser configurado como um direito de personalidade, claramente autónomo em relação ao direito ao ambiente e ao direito de propriedade, ou seja, direito personalisticamente caracterizado, já que a sua tutela representa uma condição essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade. A saúde será, tanto um bem unitário, a tutelar não só a integridade física, mas também a psíquica, quanto autónomo e promocional, a visar não só a eliminação da doença ou da malformação física, outrossim, num aspecto dinâmico (que não tão só de conservação ou ressarcimento patrimonial) enquanto situado equilíbrio reflexivo ou de bem-estar, que possa consentir um harmónico desenvolvimento da personalidade, nos termos da cláusula geral, consignada no art. 70º, n.º1, do Cciv 66.” Cfr., ainda para uma análise juscriminalista, Paula FARIA, *Comentário Conimbricense...*, I, p. 205, que também distingue *ofensa no corpo* de *ofensa na saúde*.

<sup>259</sup> Decisão da Sala 3ª do Tribunal Supremo, de 4 de Abril de 2000.

<sup>260</sup> KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 121. É esta a opinião dominante da doutrina e jurisprudência civil austríaca: Cfr. BARTH, *Die Einwilligung...*, cit., p. 25, nota 88 com ampla indicação doutrinária.



poder ter ficado impossibilitada de trabalhar, se não tivesse sido operada; mas isto não leva a que se exclua o *prazer* de a pessoa se sentir em *melhores condições de vida* porque, por exemplo, está capaz de trabalhar.

Ora, após esta ponderação de danos, poderá *não* haverá lugar a indemnização.<sup>261</sup>

Todavia, em alguns casos, apesar da melhoria de saúde da paciente, a *intervenção arbitrária foi tão grave* que justifica uma indemnização pelos danos morais. Assim acontecerá, *v.g.*, no caso de uma histerectomia que, embora eliminando um risco de cancro, causou comprovadamente danos morais gravíssimos à mulher; ou seja, se se provar que a mulher nunca teria consentido e que padece de graves sofrimentos morais, nomeadamente, o facto de nutrir o sentimento de ter menos valor enquanto mulher, então merece direito a uma compensação com base na intervenção arbitrária.<sup>262 263</sup>

Numa palavra, embora admita, em tese, a ressarcibilidade dos danos morais causados por uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária tecnicamente bem sucedida, isto é, sem consequências desvantajosas para a saúde do paciente, julgo que se impõe levar a cabo, no juízo decisório sobre o montante dos danos a ressarcir, uma ponderação de custos-benefícios, que poderá conduzir a que, em muitas situações, o lesado não receba compensações. Neste sentido, aponta o art. 496º, n.º3, conjugado com o art. 494º CC, já que a compensação por danos não patrimoniais deve ser fixada equitativamente, tendo em conta as situações do caso. Por outro lado, o art. 566º, n.º 2, apela a que o juiz pondere a diferença entre a situação (actual) do lesado e a que este teria se não se tivesse verificado o facto ilícito. Embora esta norma esteja literalmente redigida para os casos de danos patrimoniais, penso que se pode aplicar por analogia à questão em análise.

Poder-se-á objectar que com tal doutrina se desconsidera o carácter *sancionatório* da responsabilidade civil; ao que respondo que tal argumento seria verdadeiro se postergássemos absolutamente a possibilidade de se exigir uma compensação por danos não patrimoniais, ou se só o admitíssemos em casos muito extremos.<sup>264</sup>

---

<sup>261</sup> Também SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 273, entende que, em regra, verificar-se-á uma *compensatio lucro cum damno* que exclui qualquer pretensão indemnizatória.

<sup>262</sup> KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 122.

<sup>263</sup> Deveremos acrescentar aos casos de intervenções invasivas, os casos de violação do *consentimento para investigar* (*v.g.*, análises do HIV, testes genéticos predizentes), embora, neste caso, em rigor, já estejamos a trabalhar com um *Tatbestand* diferente: teremos ou um delito contra a privacidade, ou contra o direito a não saber, ou contra o direito à autodeterminação informacional dos dados de saúde.

<sup>264</sup> Note-se que KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 122, segue uma orientação mais restritiva do que a que aqui é defendida.

*De jure condito*, não me parece defensável que haja um dano *a se*, ou um “general damage” a merecer uma indemnização ainda que simbólica, ou enveredar pelo caminho dos “punitive damages”. Cfr. Sobre estas figuras WINFIELD & JOLOWICZ, *Tort*, II Edition by W.V.H. ROGERS, London, Sweet & Maxwell, 1979, pp. 597-598 (“General damage is damage which will be presumed”) e pp. 592e ss. Actualmente, no direito

## 2. A intervenção ou tratamento foi realizada sem prévio consentimento e não obteve êxito ou provocou consequências laterais desvantajosas.

"Se considerarmos estar-se em face de uma lesão corporal, da violação do direito à integridade física, então (art. 483º, nº 1) não suscita dúvidas a reparação do prejuízo económico, em especial das despesas com novo tratamento ou intervenção e da diminuição da capacidade de trabalho. Mas outra – escreve Sinde Monteiro - parece dever ser a solução se entendermos ter sido apenas violado o direito geral de personalidade (art. 70º) do doente, e sua liberdade de determinação; então em coerência com este *Tatbestand*, parece que apenas haverá lugar para uma compensação pelo dano moral."<sup>265</sup>

Como vimos, foi a segunda a perspectiva adoptada pelo legislador do Código Penal (artigos 150º e 156º CP). Se seguirmos no direito civil a ordenação dos bens jurídicos operada pelo legislador penal, então teremos apenas uma violação de um direito de personalidade e daí "resulta a exclusão do dano patrimonial do âmbito de protecção material da norma"<sup>266</sup>.

Poderemos, porém, com Orlando de Carvalho, ver as coisas de outra perspectiva: "estas soluções do Direito Penal não podem ser transpostas sem mais para o campo da responsabilidade civil".<sup>267</sup> Assim, seguindo a opinião de Sinde Monteiro, "entendemos ser legítimo pensar que o esclarecimento e o consentimento do doente não são exigidos apenas por motivos éticos, mas também para que ele possa decidir autoresponsavelmente acerca da sua situação patrimonial. (...) A ser assim, a entender-se que *o prejuízo patrimonial deve ser incluído no âmbito material de protecção*, tem de se recorrer à qualificação da intervenção não autorizada como ofensa corporal (art. 483º, nº 1)."<sup>268</sup> Como afirma Zimmermann, "O nexo de ilicitude entre a violação do direito à autodeterminação e as lesões corporais resultantes da intervenção médica, só pode ser afirmado por quem aceite que o bem jurídico protegido é a *liberdade de decisão do paciente e a integridade física e moral*."<sup>269</sup>

Depois da análise efectuada da doutrina e jurisprudência austríaca, parece que se reúnem os argumentos para responder convictamente pela afirmativa perante esta última

---

inglês o seu âmbito de aplicação dos *punitive damages* é extremamente reduzido. Mantém-se como categoria geral no direito norte-americano.

<sup>265</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, 1990, p. 273. Pense-se no absurdo que isso poderia significar no caso de uma intervenção cirúrgica mal sucedida, e sem consentimento, ao joelho do melhor jogador de futebol do mundo: privá-lo de exigir uma indemnização pelos danos patrimoniais que tal intervenção lhe causou!

<sup>266</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 275.

<sup>267</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 191.

<sup>268</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 276.

<sup>269</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 48

solução. Sobretudo, porque não estamos presos à norma do art. 156º do CP. Acrescentaria, aliás, que não estamos a trabalhar ao nível da segunda modalidade de ilicitude, mas sim a construir um *Tabestand* autónomo, especificamente civil, e que se enquadra no art. 70º, n.º1 e no art. 483º, n.º1, primeira parte (primeira modalidade de ilicitude). Os bens jurídicos protegidos por esse tipo são, na minha opinião, a *liberdade*<sup>270</sup> e a *integridade física e moral*.<sup>271</sup>

Aliás, mesmo no campo da mais prestigiada doutrina penal portuguesa começam a surgir interrogações relativamente à pureza do sistema do crime contra a liberdade. Questiona Figueiredo Dias: “Mas pode perguntar-se se não terá ido longe demais, ao negar pura e simplesmente relevância típica à falta de consentimento para a qualificação de toda e qualquer intervenção médico-cirúrgica como ofensa corporal. Usando do critério exposto, poderá dizer-se que a amputação, *sem consentimento*, de uma perna do melhor futebolista do mundo ou de uma mão da melhor pianista – mesmo que medicamente correctas – só contende com a auto-realização dos pacientes e não representa uma definitiva “perda” a nível do sistema social?”<sup>272</sup>

Em suma: serão assim ressarcíveis, não só os *danos não patrimoniais* causados pela violação do seu *direito à autodeterminação* e à *liberdade*, mas também por violação da sua *integridade física* (e, eventualmente, da *vida*) (arts. 70º e 483º CC), bem como os *danos patrimoniais* derivados do agravamento do estado de saúde.

Assim sendo, o montante das indemnizações resultantes de um processo de responsabilidade por violação do consentimento informado pode ser tão elevado como os casos de negligência médica.

---

<sup>270</sup> Não podemos deixar de colocar uma fortíssima ênfase na *liberdade e na autodeterminação*, dadas as ameaças da medicina genética e dos exames e aproveitamento de material humano destacado, quer para experimentação científica, quer para análises do HIV, ou de doenças genéticas. (Cfr. o que foi dito acerca do consentimento para investigação e DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 79)

<sup>271</sup> Já neste sentido, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p 276, nota 342.

<sup>272</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal*, 2001, p. 262. Ora, transponha-se este exemplo extremo de FIGUEIREDO DIAS para o direito civil e veja-se o absurdo, já há pouco apontado, que seria deixar fora do âmbito de tutela do instituto do consentimento informado o direito à integridade física e os danos patrimoniais derivados desse facto ilícito!

## CAPÍTULO II - ELEMENTOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO E CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS PRÉVIAS

### § 12. Elementos do Consentimento Informado

O consentimento informado é um instituto jurídico complexo que se traduz num processo dinâmico de inter-relação entre os diversos agentes envolvidos. Quando a relação é simples, ela é bilateral e envolve apenas o médico e o paciente; mas frequentemente ela é complexa e multilateral, envolvendo toda uma equipa médica (*v.g.*, enfermeiros, auxiliares, assistentes, etc.), por parte do prestador de saúde e, a família, pessoas próximas e representantes legais, por parte do paciente.

Ora, para se obter um consentimento válido é necessário, em primeiro lugar, que o paciente tenha a *capacidade* para tomar decisões. Será então necessário discernir o que seja a capacidade para consentir, por um lado, e, quando se conclua pela incapacidade do paciente, estudar os modos de suprir a sua incapacidade para consentir.<sup>273</sup>

Em segundo lugar, o paciente deve ter recebido *informação suficiente* sobre o tratamento proposto. O direito à informação explica-se por uma dupla de razões: por um lado, estamos perante relações jurídicas em que uma das partes é um perito e a outra um leigo, pelo que se impõe, em ordem a garantir uma relação de paridade material e impedir a ‘opressão’ de uma das partes sobre a outra, um dever jurídico de informar.<sup>274</sup> Donde resulta que – como veremos – a intencionalidade, a teleologia e as normas do direito de protecção do consumidor podem ser aplicadas, com as devidas adaptações, no domínio da relação médico-paciente.<sup>275</sup> Por outro lado, o consentimento informado é uma dimensão cristalizada do princípio da autonomia e só há real autonomia com cabal esclarecimento.

Finalmente, o paciente tem de *consentir* (ou recusar) o tratamento de *livre* vontade, sem coacção ou vícios da vontade. Trata-se aqui da explicitação das exigências fundamentais de todo o acto jurídico-civil (ao menos no domínio dos actos pessoais)<sup>276</sup>: a

---

<sup>273</sup> Em bom rigor, como ensinam BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 80, a *competência* é mais um pressuposto do consentimento informado do que um simples elemento.

<sup>274</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, p. 365, referindo casos referentes ao direito bancário e a contratos informáticos. Penso, todavia, que esta doutrina também valerá para a relação médico-paciente.

<sup>275</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis...”, *cit.*, p. 89.

<sup>276</sup> Para um estudo da relevância da vontade no direito civil, *vide* PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente, passim*, especialmente, pp. 18-53.

liberdade e a consciência da declaração. E no domínio médico, como vimos, trata-se de uma conquista que custou milhões de vidas há pouco mais de 50 anos.<sup>277</sup>

## Secção I – O Consentimento Como Acto Jurídico *Stricto Senso*

### § 13. Natureza jurídica do consentimento

#### 1. O consentimento tolerante, autorizante e vinculante

Orlando de Carvalho enriqueceu a dogmática jus-civilística portuguesa ao decantar dentro da figura geral do consentimento três sub-tipos: o tolerante, o autorizante e o vinculante.<sup>278</sup>

O consentimento *tolerante* exclui a ilicitude de uma agressão, legitimando-se um poder factual de agressão mas não outorgando um direito de agressão, nos termos do art. 340º CC, de que são exemplos as intervenções cirúrgicas consentidas em benefício próprio.

O consentimento *autorizante* atribui um poder jurídico de agressão, mas com o poder de o revogar o consentimento livremente e a todo o tempo, embora com *uma certa obrigação de indemnizar*, nos termos do art. 81º, n.º 2, do CC.

O Professor de Coimbra dá como exemplo desta figura as intervenções em benefício alheio ou geral.<sup>279</sup> Não me parece, todavia, que se deva compreender, neste âmbito, quer o caso do consentimento para um ensaio clínico ou uma investigação *não terapêutica*, quer o consentimento numa doação de órgãos ou tecidos. Pensar que a revogação do consentimento, em qualquer destes casos, pode levar à obrigação de indemnizar o prejuízo causado pelas legítimas expectativas da outra parte, ainda que cingido ao *dano da confiança*<sup>280</sup>, iria inibir a *livre revogabilidade* desse consentimento, que é algo de fundamental. Penso pois que, pelo menos estas intervenções em benefício geral ou

---

<sup>277</sup> Esta consideração de (apenas) três elementos do consentimento informado é tradicional no pensamento anglo-saxónico: cfr. KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 592, Marc STAUCH & Kay WHEAT with John TINGLE, *Sourcebook on Medical Law*, Cavendish Publishing Limited, London Sidney, 1998, p. 115 e GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing Competence to Consent to Treatment – A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1998, pp. 7 ss. que também identificam os seguintes três elementos do consentimento informado: (1) *disclosure of information*, (2) *voluntariness*, (3) *competence*. Na Alemanha alguns autores são mais exaustivos (cfr. KUHLMANN, *Die Einwilligung Heilbehandlung alter Menschen*, pp. 14-17.) mas penso que, numa súmula introdutória nos devemos concentrar nos grandes pilares e deixar os desenvolvimentos para a análise detalhada do instituto.

<sup>278</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, pp. 183 e 198 e ss..

<sup>279</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 199.

<sup>280</sup> Cfr. Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, in FIGUEIREDO DIAS/ CABRAL BARRETO/ PIZARRO BELEZA/ PAZ FERREIRA (Org.), *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, p. 553.

alheio (doação de órgãos e participação em ensaios clínicos) devem estar também sujeitas ao regime do *consentimento tolerante* (art. 340º). Aliás, nesse sentido, milita a própria legislação relativa a doações entre vivos e a ensaios clínicos, ao não prever a possibilidade de indemnização em caso de revogação do consentimento. Bem pelo contrário, são muito claros ao defender a livre revogabilidade. Assim, a Directiva 2001/20/CE, no art. 3º, n.º2, al. e) afirma que os participantes devem poder, “a todo o tempo e sem que daí decorra qualquer prejuízo, retirar-se do ensaio clínico, através da revogação do seu consentimento esclarecido.”

O regime do consentimento autorizante poderá valer para outros direitos de personalidade, como, por exemplo, a imagem ou a privacidade.<sup>281</sup> Quanto à limitação do direito à integridade física, o consentimento autorizante poderá valer para certas práticas circenses ou certas práticas desportivas especialmente perigosas (*v.g.*, boxe).<sup>282</sup>

Finalmente, o consentimento *vinculante* é irrevogável unilateralmente, nos termos gerais dos negócios jurídicos, *v.g.*, dos artigos 230º e ss. e 406º do CC. Neste caso, não há atribuição de um poder de lesão, mas tão só uma disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzem numa limitação ao exercício desses direitos nos termos do art. 81º, n.º 2 CC. “Serão assim, lícitos e irrevogáveis, nos termos gerais, os contratos de trabalho e de práticas desportivas não isentos de certos perigos, desde que razoáveis e não limitativos da personalidade, e o próprio contrato de aleitamento, desde que salvaguardadas as necessidades próprias da aleitante para a sua descendência, uma vez que aí se dispõe de um produto orgânico destacável e caducável.”<sup>283</sup>

*Brevitatis causa*, no que concerne ao consentimento informado para intervenções médicas (em benefício próprio ou alheio), o instituto que merece a nossa especial atenção é o do *consentimento tolerante*, regulado na lei civil pelo art. 340º. O seu regime assenta em dois pontos fundamentais: a *livre revogabilidade* e a *não ressarcibilidade* de quaisquer prejuízos. Desde

---

<sup>281</sup> Cfr. Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *cit.*, p. 552.

<sup>282</sup> Defender que estes exemplos deveriam cair no âmbito do consentimento vinculante e sujeitar a este regime, mesmo salvaguardado o princípio *nemo precise ad factum potest*, seria uma degradação de um direito de personalidade essencial (a integridade corporal), a meu ver injustificada e indigna. Se aceitássemos o regime do consentimento vinculante, deveríamos aceitar a inserção de cláusulas penais, o uso de sanções pecuniárias compulsórias (embora o art. 829º-A já se mostre cauteloso relativamente às “especiais qualidades científicas e artísticas do obrigado” [deveremos interpretar extensivamente e incluir as qualidades desportivas?]). A solução justa só pode ser, pois, a de sujeitar estas práticas perigosas e limitativas do direito à integridade física ao regime do consentimento autorizante, segundo o qual a contraparte verá as suas legítimas expectativas salvaguardadas pela indemnização prevista no art. 81º, n.º 2. Cfr., no mesmo sentido, CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 409.

<sup>283</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 221, nota 446.

logo, porque o consentimento do paciente não dá lugar a quaisquer “*legítimas expectativas da outra parte*”.<sup>284</sup>

## 2. Teoria do negócio jurídico e Teoria do acto jurídico em sentido estrito

### 2.1. Distinção entre negócio jurídico e acto jurídico em sentido estrito

Sigamos a exposição de Hörster, para distinguir estas duas figuras: “O negócio jurídico produz os seus efeitos, que são efeitos jurídicos (*rechtlicher Erfolg*), porque estes foram queridos pela vontade. O negócio jurídico é um acto volitivo-final quanto aos efeitos previstos; é um acto criador a respeito da conformação de relações jurídico-privadas.

O acto jurídico em sentido restrito, pelo contrário, produz os seus efeitos independentemente da vontade, embora não raras vezes exista coincidência entre os efeitos produzidos e a vontade do agente. Mas a esta vontade falta o elemento volitivo-final quanto aos efeitos, visto ela se dirigir, normalmente, a um efeito real (*tatsächlicher Erfolg*). Os efeitos de um acto jurídico produzem-se por lei, em virtude de normas imperativas, sejam os efeitos abrangidos pela vontade ou não.

O próprio acto jurídico em si depende sempre da vontade, podendo esta ser o resultado de uma *simples capacidade natural de agir*. Muitas vezes, porém, se exige mais, ou seja, o discernimento suficiente para querer e entender o acto.”<sup>285</sup>

Assim, nos *actos jurídicos*, “os efeitos em causa estão normativamente predeterminados, não podendo as pessoas interferir na sua concreta formulação”.<sup>286</sup> Para além disso, o consentimento é livremente revogável a todo o tempo, ao contrário das declarações de vontade negociais.

Dentro da categoria dos *simples actos jurídicos*, distinguem-se os quase-negócios jurídicos que “são os simples actos jurídicos que consistem numa manifestação duma vontade ou duma ideia,” das “operações jurídicas que são os simples actos jurídicos que consistem na produção de um resultado material ou técnico, a que a ordem jurídica liga determinados efeitos de direito.”<sup>287</sup>

---

<sup>284</sup> Na verdade, o paciente não tem sequer o dever jurídico de cumprir as prescrições médicas, sejam farmacológicas, sejam cirúrgicas. O prestador de cuidados de saúde poderá, quanto muito, ter *expectativas de facto*. Sobre estes conceitos, *vide* CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...*, pp. 237 e ss.

<sup>285</sup> HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, p. 206.

<sup>286</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I – Parte Geral*, pp. 325 e ss.,

<sup>287</sup> Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1987, pp. 9-10.

## 2.2. Teoria do negócio jurídico

Tradicionalmente o consentimento era entendido como um negócio jurídico e esta doutrina conta ainda com alguns adeptos.<sup>288</sup> Afirma Resch que o consentimento se deve qualificar como um negócio jurídico, já que a limitada disponibilidade dos bens jurídicos em causa (vida e integridade física) apenas justifica algumas regras desviantes da doutrina geral do negócio jurídico, entendendo que, em geral, se harmoniza com as regras gerais.

A doutrina nacional entende que estamos perante um *negócio jurídico*, no caso de consentimento vinculante e de consentimento autorizante.<sup>289</sup> Simplesmente, como vimos, não são estas as figuras que regulam o consentimento para intervenções médicas.

## 2.3. Teoria do acto jurídico em sentido estrito

Actualmente, a doutrina dominante entende que o consentimento consiste num *acto jurídico em sentido estrito*. Guilherme de Oliveira concorda que a declaração de consentimento para a prática de um acto médico é uma manifestação de vontade do paciente que consubstancia um *acto jurídico*, inserindo-se na disciplina geral dos negócios jurídicos, em tudo o que não for objecto de regulamentação especial.<sup>290</sup> Capelo de Sousa afirma que o consentimento do lesado (art. 340º) é “um *acto jurídico unilateral*, meramente *integrativo* da exclusão da ilicitude, ou seja, não constitutivo, na medida em que não cria qualquer direito para o agente da lesão.”<sup>291</sup>

Na doutrina alemã, Deutsch considera que o consentimento não é um negócio jurídico. Trata-se de uma *manifestação de vontade (willenserklärung)*, que no âmbito da

<sup>288</sup> Destacam-se KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, I<sup>3</sup>, p. 184 e ss e II<sup>2</sup>, 120 e ss., STEINER, “Geschäftsfähigkeit und Heilbehandlung”, *RdM* 1994, 7 (9) e Reinhard RESCH, “Die Fähigkeit zur Einwilligung”, in KOPETZKI (Hrgs.), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, p. 52. Para uma indicação detalhada da doutrina que apoia esta tese, cfr. BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, 1999, pp. 49-51.

<sup>289</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 408 e 448, que chama a atenção de o art. 81º, n.º 2 usar a expressão “outra parte”.

Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *cit.*, p. 537, advoga que no caso de “autorização para a limitação voluntária do direito à reserva, emitida no confronto de outrem, deve ser considerada um *negócio jurídico*, seja quando integrada num verdadeiro “contrato de autorização” – como admite certa doutrina espanhola, que procura desta forma restringir a livre revogabilidade do consentimento – seja como *negócio unilateral* (previsto justamente no art. 81º) (...) o enquadramento como “simple acto jurídico” não daria, pois, conta do verdadeiro significado jurídico da autorização, a qual, aliás, não apenas exprime o direito de autodeterminação do titular, mas é também, muitas vezes, o meio legítimo para explorar economicamente, comercializando, informações protegidas.”

<sup>290</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “Prática médica, informação e consentimento”, in *Coimbra Médica*, 14, 1993, p. 168; igualmente VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 423.

<sup>291</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 412. João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 41, nota 46, afirma que “o consentimento ou a recusa de tratamentos médicos não é uma declaração de vontade negocial, devendo entender-se como autorização para a realização de uma acção fáctica. No entanto, a doutrina qualifica-a como uma *acção semelhante a um negócio jurídico*, abrindo mão para a aplicação analógica dos preceitos do Código Civil.”



intervenção médica permite actuar pelo modo especificamente previsto sobre os *bens jurídicos pessoais*. Por essa razão os limites rígidos da capacidade negocial não são vinculativos para o consentimento.<sup>292</sup> Com efeito, desde uma decisão do Supremo Tribunal Federal BGH de 1958, há quase consenso na doutrina de que o consentimento não constitui uma declaração de vontade no sentido (clássico) do direito civil<sup>293</sup>. Na exposição de motivos do projecto do BGB foi defendida a tese do consentimento como negócio jurídico unilateral. Hoje, porém, é visto como *acto quase-negocial* (“*geschäftsähnliche Handlung*”); o consentimento, ao contrário das declarações de vontade negociais, que gozam de eficácia constitutiva, isto é, são o fundamento dos efeitos jurídicos, já está previamente regulamentado pelo legislador através de normas de proibição.<sup>294</sup> Assim sendo, consentimento deve-se caracterizar como um “*quase-negócio jurídico* ou *acto jurídico quase negocial*,” e não como uma *operação material* ou “*Realakt*”.<sup>295</sup>

### 3. O consentimento como aceitação contratual e o consentimento como causa de justificação da intervenção médica

No sentido do entendimento do consentimento como acto jurídico em sentido estrito, muito contribui a distinção, efectuada pela jurisprudência francesa, desde a decisão da *Cour de Cassation* de 29 de Maio de 1951,<sup>296</sup> entre o consentimento inicial, concomitante com o contrato de prestação de serviços médicos, e a necessidade de antes de cada intervenção ou tratamento o médico obter o consentimento informado do paciente.<sup>297</sup>

<sup>292</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 80. Afirma LARENZ/ WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*<sup>8</sup>, p. 438, que em regra, as normas sobre capacidade negocial se aplicam aos actos jurídicos, mas precisamente, este é um caso em que, não se devem aplicar já que não se verifica a tal analogia de situações.

<sup>293</sup> Cfr. HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, p. 141, “*bei der Einwilligung nicht um eine Willenserklärung im Sinne des Bürgerlichen Rechts handelt*”. Pronunciaram-se a favor da tese do *acto jurídico em sentido estrito*, entre muitos outros, GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, Rz 250, nota 261, LAUFS, *Arztrecht*<sup>9</sup>, 113 nota 120, LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Rz 27, LARENZ, *Schuldrecht*<sup>12</sup>, pp. 594 e ss.

<sup>294</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 82. KUHLMANN, *Einwilligung ...*, p. 21, rejeita a tese do “*geschäftsähnliche Handlung*”, optando por considerar o consentimento como um *instituto sui generis*.

<sup>295</sup> Neste sentido, cfr. ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht*, p. 148, nota 75; BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, p. 51. HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 208, afirma tratar-se “*de actos quase-negociais* certos casos de consentimento”. Entendendo tratar-se de um *Realakt*, vide STAUDINGER/ DILCHER, *BGB*<sup>12</sup>, introdução aos §§ 104-185, Rz 18. Cfr., sobre estes conceitos, *vide* ainda MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 355-356.

<sup>296</sup> Cfr. LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 52.

<sup>297</sup> Não irei curar de saber se, em sede de direito civil, faz sentido a distinção realizada, entre nós, por COSTA ANDRADE entre *consentimento* e *acordo*. Todavia, ao longo da exposição o leitor constatará que a distinção entre intervenções arbitrárias e ofensas à integridade física realizada pelo legislador no Código Penal e os avanços doutrinários que o penalista trouxe ao direito português estarão latentes na resolução dos problemas mais difíceis do consentimento informado no direito civil e isto mesmo quando se entenda – como ficou atrás claramente explicado – que os bens jurídicos juscivilisticamente tutelados por este instituto são (ao contrário do que acontece no direito penal) plurais e complexos. Defendendo a validade desta distinção no direito civil, *vide* Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a

Efectivamente, o consentimento prestado pelo paciente no domínio médico é duplo. Num primeiro momento, há o consentimento-*aceitação*<sup>298</sup> que permite a conclusão de um contrato médico, pois todo o contrato supõe um consentimento válido das partes. Em segundo lugar, há o *consentimento* para o tratamento praticado, que representa o corolário do direito do paciente a fazer respeitar a sua integridade física e a dispor do seu corpo.<sup>299</sup>

Este consentimento ou *assentimento* não obedece exactamente às regras que regem o consentimento-*aceitação* no domínio contratual. Assim, esta limitação dos direitos de personalidade tem as seguintes características: por um lado, ele é *livremente revogável* a todo o tempo, nos termos do art. 81º, n.º2 do CC; por outro lado, a *ordem pública* e os *bons costumes* têm neste domínio uma incidência especial (artigos 81º, n.º1, 280º, n.º 2 e 340º, n.º 2, do CC).

O facto de ter afirmado que estamos a trabalhar com o instituto do consentimento tolerante e não com o autorizante não nos impede de lançar mão das normas deste último (*maxime*, o art. 81º) e do negócio jurídico em geral (art. 280º), na medida em que não contrarie os princípios fundamentais do consentimento tolerante, nomeadamente a não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos causados às legítimas expectativas.<sup>300</sup>

Transportando esta doutrina para o direito português, resulta que o *consentimento* (contratual) constitui uma declaração negocial, regulada pelos artigos 217º e seguintes. Já o *assentimento* é uma *causa de justificação* (art. 340º CC), que será de qualificar como um *simplex acto jurídico*, sendo aplicáveis, “na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo” relativo aos negócios jurídicos (art. 295º CC).

O regime do negócio jurídico não deve ser transposto acriticamente para o domínio dos actos jurídicos *stricto sensu*.<sup>301</sup> Seguindo a lição de Mota Pinto, não deveremos aplicar aos actos jurídicos pessoais quaisquer normas da doutrina geral do negócio jurídico. Estas são inspiradas pela tutela da confiança dos declaratórios e dos interesses gerais do tráfico: (veja-se, por exemplo, a exigência de conhecimento ou cognoscibilidade dum vício ou duma falta de vontade, como fundamento de invalidade – art. 247º CC). Se no caso de actos jurídicos pessoais, como a perfilhação, a adopção, ou – acrescente-se – o *consentimento*, for relevante como causa de invalidade um qualquer fundamento, *v.g.*, o erro, “deve entender-se, na falta

---

Intimidade da Vida Privada”, in FIGUEIREDO DIAS/ CABRAL BARRETO/ PIZARRO BELEZA/ PAZ FERREIRA (Org.), *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, p. 535.

<sup>298</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 390.

<sup>299</sup> Em sentido próximo, cfr. LELEU/GÉNICOT, *Le droit médical*, p. 52.

<sup>300</sup> O que não implica que o paciente não possa ser obrigado a pagar a consulta a que faltou, nos termos do art. 81º, n.º 3 do CDOM; mas aí por violação do próprio contrato de prestação de serviços e não por revogação do consentimento para a intervenção.

<sup>301</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil*, pp. 449-453; BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, 1999, p. 53: “Die analoge Anwendung ist aber nicht schematisch durchzuführen...”

de preceito especial, que a relevância desse fundamento não exige o conhecimento, cognoscibilidade ou suspeita da sua existência pela contraparte, por não haver aqui, dado o conteúdo do negócio, quaisquer expectativas dignas de tutela.”<sup>302</sup>

Em suma, o art. 295º garante espaço hermenêutico para que o intérprete aplique o regime que melhor se coadune com as exigências do caso em concreto de consentimento justificante do paciente.

#### § 14. O carácter pessoal e a disponibilidade do bem jurídico lesado e o respeito pelos bons costumes e pela ordem pública

##### 1. O carácter pessoal e a disponibilidade do bem jurídico lesado

O bem jurídico lesado pelo facto consentido só pode ser *pessoal e disponível*. Ora, no consentimento para intervenções médicas estão em causa os bens jurídicos liberdade e autodeterminação pessoal e a integridade física, os quais são eminentemente pessoais.<sup>303</sup> Por outro lado, estes bens jurídicos constituem, para efeitos do consentimento, bens disponíveis pelo seu titular mesmo em face de ataques de terceiro. A disponibilidade destes bens jurídicos tem como limite a lei e os bons costumes.<sup>304</sup> Porém, como ponto de partida metodológico temos de tomar em consideração que o consentimento de que tratamos não tem na sua essência uma matriz puramente kantiana, antes se trata de um radical subjectivo-individualista dentro dos limites da ordem jurídica. Com efeito, cada acto de consentimento não visa cumprir “uma máxima que possa ser transformada em máxima universal” (Kant); antes, como bem analisa Faria Costa, “o consentimento, de maneira diferente do consenso, é um acto de realização individual que só pode ter lugar relativamente a bens ou valores disponíveis. Uma acção, por conseguinte, que não tem de ser partilhada por quem quer que seja. Legitima-se e realiza-se em toda a sua plenitude através, precisamente, da vontade individual que se autocompraz no acto da sua própria realização. É (...) a manifestação inequívoca de um “eu” volitivo que só encontra como limites as determinações legais.”<sup>305</sup>

<sup>302</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 420.

<sup>303</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal*, 2001, pp. 263 ss.

<sup>304</sup> Cfr., porém, Paula FARIA, *Comentário...*, p. 208, que refere a problemática das *autolesões*, que não sendo puníveis como ofensa à integridade física podem configurar a realização de outros tipos legais de crime.

<sup>305</sup> FARIA COSTA, “Consenso, Verdade e Direito”, *BFD* 77 (2001), p. 422.

## 2. A não contrariedade do facto consentido aos “bons costumes” e à “ordem pública”

O direito português lança repetidos apelos ao conceito de *bons costumes* em matéria de consentimento.<sup>306</sup> A lei não define, nem poderia definir, um conceito tão indeterminado com o de “*bons costumes*”. Esta cláusula deve ser interpretada restritivamente.<sup>307</sup>

Como ponto de partida, na dilucidação desta questão, deveremos relembrar a diferença entre *intervenções terapêuticas* (submetidas ao regime das intervenções arbitrárias: artigos 150º, 156º e 157º CP) e *intervenções não terapêuticas* (submetidas ao regime das ofensas à integridade física (art. 143º ss. e 149º CP). Esta distinção simplifica de sobremaneira a nossa tarefa. É que as primeiras não estão sujeitas ao controle dos bons costumes: aqui o assentimento é um acordo que exclui a tipicidade e não está preso aos limites do art. 149º CP.<sup>308</sup> Se assim é no direito penal, penso que o princípio da unidade da ordem jurídica também argumenta (embora não decisivamente) que assim seja no direito civil. Por outro lado, parece-me que uma intervenção levada a cabo nos termos do art. 150º (isto é, de acordo com as *leges artis*, por indicação médica, realizado por um médico e de acordo com a medicina académica<sup>309</sup>) não atentará contra os bons costumes ou a ordem pública propugnada pelo direito civil. De algum modo o art. 150º já pressupõe o respeito por estas exigências.<sup>310</sup>

---

<sup>306</sup> Assim, o art. 340º, n.º 2, do CC estabelece que “o consentimento do lesado não exclui (...) a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos *bons costumes*”. Segundo o art. 81º, n.º1, do mesmo diploma, “Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula se for contrária aos princípios de *ordem pública*”. No Código penal, o art. 38º, n.º1, também faz depender a eficácia justificadora do consentimento que o facto consentido não ofenda os *bons costumes*.

<sup>307</sup> Sobre os conceitos de *ordem pública* e *bons costumes*, cfr. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral...*, II, pp. 341, MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, pp. 551 ss. e CAPELO DE SOUSA, *DGP*, 411, nota 1039. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 289. No direito civil não vigora o princípio *in dubio pro reu*, mas pelo princípio da liberdade geral de acção (art. 70º CC e 27º CRP) alcançamos resultado semelhante.

<sup>308</sup> Também assim, na doutrina austríaca, BARTH, *Die Einwilligung...*, p. 38: “*Der Heileingriff ist nie sittenwidrig.*” Na doutrina alemã, FRISCH, “*Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe*”, Homenagem a Albin Eser, Coimbra, 2002, p. 27.

<sup>309</sup> Sobre a importância crescente da *medicina alternativa* nas sociedades ocidentais, vide Kathleen BOOZANG, “Western Medicine Opens the Door to Alternative Medicine”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. XXIV, Nos 2&3, pp.185-212. Pelo apelo (indirecto) ao consentimento informado e à humanização da relação médico-paciente que resulta das conclusões deste estudo, passo a transcrevê-las: “Physicians should withstand the pressures to offer prematurely unproven alternative medicine therapies. They need also recognize, however, that they are largely responsible for patients’ dissatisfaction and distrust that propel patients to seek alternatives. One of the primary reasons patients pursue complementary therapies that offer no real benefit is that *alternative practitioners are compassionate, spend time with their patients, and are attentive to patients’ emotional needs.* Pursuit of unconventional therapies also gives patients a feeling of much greater control over their health care and their lives. Some alternative treatments may be superior to conventional medicine, because they offer relief, have fewer side-effects, or are less expensive. It is past time that the medical profession consider what value alternative medicine has for patients, not because managed care compels it or because it is the only way to maintain a sufficient patient base, but because it could benefit patients.”

<sup>310</sup> Intervenções como o transsexualismo, cirurgia estética reconstrutiva, e a experimentação terapêutica caem no âmbito do art. 150º (cfr. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, anotação ao art. 150º, pp.

Fica-nos em aberto, todavia, todo o campo das intervenções médicas não abrangidas pelo art. 150º. Assim, *v.g.*, a cirurgia estética pura, as esterilizações puras, a colheita de sangue e de órgãos, a fertilização *in vitro*, a utilização de contraceptivos orais e a prática da interrupção voluntária da gravidez não punível, tudo casos que não serão hoje considerados como contrários aos bons costumes<sup>311</sup>. Ora, o nosso direito apresenta, no art. 149º CP<sup>312</sup>, critérios para definir os bons costumes. Segundo a lei penal, “para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os *bons costumes* tomam-se em conta, nomeadamente, os *motivos e os fins do agente* ou do *ofendido*, bem como os *meios empregados* e a *amplitude previsível da ofensa*”.

A doutrina interpreta estes critérios, afirmando que, ao contrário do entendimento dominante durante um longo período, a cláusula dos bons costumes não pode abrir a porta à punição de lesões corporais (consentidas) *em nome da sua imoralidade*.<sup>313</sup> Verifica-se, na doutrina moderna, uma depuração de quaisquer valores ou referências de índole ética ou religiosa. Afirma Roxin: “Ao legislador falta em absoluto a legitimidade para punir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da sua imoralidade”.<sup>314</sup> Hoje não podem considerar-se contrárias aos bons costumes as pequenas lesões causadas pelo propósito de satisfazer instintos masoquistas, a *esterilização* ou uma tatuagem representando objectos obscenos.<sup>315</sup> A fronteira dos bons costumes passa pela distinção entre ofensas *ligeiras* e *graves*. “Feitas todas as contas, — escreve Figueiredo Dias — parece-me ser o *carácter grave e irreversível da lesão* que deve servir para integrar, essencialmente, embora não só, a cláusula dos bons costumes”.<sup>316</sup> “O consentimento será ineficaz quando a ofensa à integridade física possua

---

309-310). Mas, já ninguém defenderá que este tipo de intervenções possa violar os bons costumes ou a ordem pública.

<sup>311</sup> BARTH, *Die Einwilligung...*, p. 39.

<sup>312</sup> Art. 149º: “1. Para efeito de consentimento a integridade física considera-se *livremente disponível*. 2. Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os *bons costumes* tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.”

<sup>313</sup> Por outro lado, o consentimento violará os bons costumes se for obtido através de *dolo* ou *coacção*. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 80, e KUHLMANN, *Die Einwilligung ...*, p. 118. FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal*, 2001, p. 271, por seu turno, a meu ver mais correctamente, inclui os vícios da vontade na *Falta de liberdade da vontade* e não na ofensa aos bons costumes.

<sup>314</sup> ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Vega/ Universidade, 1986, p. 30. O Professor de Munique acrescenta: “O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular. A Igreja que cuida da salvação das almas e da boa conduta moral dos seus fiéis, encontra-se numa situação completamente diferente: porém, a sua autoridade não lhe advém do homem. Infelizmente o legislador nem sempre reconheceu claramente esta inegável diferenciação: mesmo no Projecto de 1962, nos preceitos compreendidos entre o tipo de bestialidade (§ 1218) e um novo § 220,a) sobre o “strip-tease”, penaliza-se toda uma série de meros atentados à moral que não se podem discutir agora em detalhe. E a jurisprudência é culpada de ter ultrapassado tais limites mesmo nos casos em que o conteúdo da lei não a força a fazê-lo.”

<sup>315</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 291.

<sup>316</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Jornadas do CEJ*, 1983.

uma *gravidade* – nomeadamente uma *irreversibilidade* resultante, *v.g.*, de uma mutilação – que, perante ela, o valor da auto-realização pessoal deva ceder o passo. Pelo contrário, uma ofensa à integridade física *leve e passageira* não ofenderá nunca os bons costumes, quaisquer que tenham sido os fins que tenham estado na base do consentimento.”<sup>317</sup> 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.<sup>318</sup>

Penso que a lição de Figueiredo Dias deve ser acolhida, como orientação geral, pelo direito civil. O direito médico numa sociedade pluralista e laica não deve embalar em discursos de aproximação do direito à moral vigente ou à moral de determinado jurista.<sup>319</sup>

Todavia, penso que, ao menos para efeitos de direito civil, se pode ir um pouco mais longe. Na verdade, há intervenções que não causando lesões graves e irreversíveis, devem ser considerados como actos violadores dos bons costumes. Pense-se nas hipóteses de mutilações gratuitas, desfiguração duradoura e sem razão clínica do doente; intervenções com risco de vida sem utilidade notória; experiências gratuitas com seres humanos; tormentos ou torturas sádicas dos doentes. No âmbito do tratamento de pessoas idosas, Kuhlmann discute outras situações de violação dos bons costumes. No caso de intervenções sem indicação terapêutica e contra-indicadas estamos no campo de fronteira entre a má prática médica e a violação dos bons costumes. As operações com risco de vida, não se podem, de plano, rejeitar, já que o doente mesmo idoso, e com o maior índice de morbidade à sua condição associado, é livre de se autodeterminar e de recorrer “à última esperança”. Relativamente às operações de mudança da personalidade, o requisito dos bons

<sup>317</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal*, 2001, p. 267.

<sup>318</sup> A doação remunerada de órgãos e tecidos, para além de ser proibida por lei (art. 5º, n.º1 da Lei 12/93, de 22 de Abril e art. 21º CEDHBio) é entendida pela melhor doutrina como um acto contra os bons costumes. Neste sentido ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 217. Em Portugal não há um tipo legal que criminalize a venda de órgãos, todavia encontra-se em discussão na AR o Projecto de Lei n.º 49/IX (criminaliza o comércio de órgãos e tecidos humanos, bem como a propaganda e aliciamento associados à sua prática, aditando novas disposições à lei n.º 12/93, de 22 de Abril, apresentado pelo PS, a 5 de Junho de 2002).

<sup>319</sup> Cfr. o novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002) que prevê, no art. 13: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.” Aparentemente o legislador brasileiro quis dar um conteúdo à cláusula dos bons costumes que estará para além da “diminuição permanente da integridade física”, o que, de algum modo, vai em sentido contrário à orientação que vem sendo exposta.

O art. 5º do Código Civil italiano é explícito no sentido de vedar os actos que prejudiquem de *modo grave e irreversível a integridade física* que cada pessoa tem o dever de preservar, não só dos ataques provindos de terceiros como das agressões que cada pessoa contra si mesma pode desferir (*v.g.*, proibição das automutilações). Cfr. REMÉDIO MARQUES, *Mudança de Sexo, O Critério Jurídico (O Problema do “Paradigma Corporal” Da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, Coimbra, 1991, p. 74-75 e ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 403.

costumes deve ser visto de forma restritiva, já que tais intervenções podem ser a única possibilidade de melhorar os sintomas graves que o atormentariam para o resto da vida, já não se pode aceitar que numa pessoa saudável sejam praticadas essas operações psicocirúrgicas: já não há lugar para os tempos da *ideologia do tratamento*.<sup>320</sup> Contra os bons costumes é também a utilização de drogas que causam a dependência (*v.g.*, opiáceos), sem haver razões terapêuticas ou paliativas para se realizar tal prescrição; a mesma sanção merecem os actos de fixação física (amarrar o doente à cama ou fechá-lo no quarto) ou química (utilização de drogas imobilizantes), que apenas podem ser admitidas como *ultima ratio*. A cura (de depressões) por quebras do sono, ou a terapia por electrochoque, podendo ser justificada em algumas situações, pode estar na fronteira da violação dos bons costumes, quando não seja medicamente indicada para aquele concreto paciente.<sup>321</sup>

De todos estes exemplos que são desenvolvidos por Kuhlmann, comprovamos que o critério que comecei por avançar pode ser decisivo, ou seja, saber se estamos no domínio das intervenções médico-cirúrgicas *stricto sensu* (art. 150º CP) ou se caímos no âmbito das ofensas à integridade física, ou seja, a intervenção não é medicamente indicada e pode violar os bons costumes. Assim, muitas vezes a violação dos bons costumes significa o concomitante exercício de má prática médica.

## **Secção II - Capacidade Para Consentir: um novo ramo da capacidade de exercício de direitos (diferente da Capacidade *Negocial* de Exercício)**

O consentimento do paciente é a legitimação e o limite da intervenção médica.<sup>322</sup> Para que seja plenamente eficaz o consentimento deve não só ser suficientemente informado, mas o sujeito deve possuir a necessária capacidade para autonomamente tomar decisões. A capacidade para consentir tem a função de demarcar a linha que separa a

---

<sup>320</sup> A ideologia do tratamento encontra-se magistralmente denunciada por Stanley Kubrick, no filme *Laranja Mecânica*. Na doutrina jurídica, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1993, pp. 58 e ss. e, relativamente às intervenções psicocirúrgicas, no direito positivo, *vide* art. 5º, n.º 2 LSM.

<sup>321</sup> KUHLMANN, *Die Einwilligung* ..., pp. 116 e ss.

<sup>322</sup> KOPETZKI, “Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit”, in KOPETZKI, *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Wien, Manz, 2002, p. 1, “Die Einwilligung des Patienten ist Legitimation und Schranke ärztlichen Handelns.” Para uma análise dos fundamentos constitucionais do direito de representação, onde se opera uma ponderação entre o direito à autodeterminação e o dever do estado de proteger os seus cidadãos, *vide* KUHLMANN, *Die Einwilligung*..., p. 130 e ss.

autodeterminação (“*Selbstbestimmung*”) da assistência (“*Fürsorge*”).<sup>323</sup> Assim sendo, devemos distinguir, a nível estrutural, por um lado, os sujeitos que têm plena *capacidade para consentir* e os que a não têm.

### § 15. Capacidade para Consentir: Distinção de figuras afins

A *capacidade para consentir* é um conceito que tem vindo, nos últimos anos, a ser autonomizado face à *capacidade negocial de exercício*, pela doutrina<sup>324</sup> e pela jurisprudência<sup>325</sup>, sendo por vezes ainda insuficientemente estruturado.<sup>326</sup> Não obstante, este instituto revela-se um contributo dogmaticamente precioso, visto que trabalhar em direito da medicina ou em direitos de personalidade com conceitos criados para os negócios jurídicos patrimoniais (como é o caso da capacidade negocial) se revela, por vezes, pouco operativo, como procurarei esclarecer.

Na verdade, “objectos do consentimento como a honra, a saúde e a vida são, no seu fundamento, de um qualidade diferente, relativamente às declarações de vontade referentes a direitos patrimoniais. Estes bens jurídicos diferenciam-se devido à sua elevada natureza pessoal (*böchstpersönlicher Natur*) face aos puros bens de valor patrimonial. Eles dizem respeito à pessoa na sua *individualidade*.”<sup>327</sup> Na verdade, a legislação tradicional referente à capacidade “visa proteger mais a *propriedade* do que as pessoas, portanto, não servem para a capacidade de tomar decisões médicas.”<sup>328</sup>

Acresce a este raciocínio de não equiparação da capacidade para consentir à capacidade negocial que a decisão sobre estes bens de natureza pessoal afectam o próprio direito geral de personalidade, pelo que, no caso de uma eventual necessidade de representação (legal) esta deve-se orientar pela autodeterminação do sujeito e não pela heterodeterminação, no maior âmbito possível.<sup>329</sup> Por outro lado, os institutos da representação dos incapazes (a interdição e a inabilitação) são demasiado rígidos, não

---

<sup>323</sup> KOPETZKI, *ibidem*, p. 3. Segundo este Autor, a capacidade para consentir tem uma ampla dimensão jurídico-constitucional, na medida em que concretiza a autonomia privada e garante o princípio da igualdade. Por outro lado, tem expressão no direito do Conselho da Europa, quer pela jurisprudência em torno do art. 8º da CEDH, quer pela sua consagração na CEDH Bio.

<sup>324</sup> Cfr. BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, p. 56 com indicação da doutrina alemã e austríaca que segue esta orientação.

<sup>325</sup> A jurisprudência alemã tem apresentado uma definição expressiva mas, segundo alguma doutrina, pouco apurada, nos seguintes termos: “Einwilligungsfähig ist derjenige, der in der Lage ist, Art, Bedeutung und Tragweite eines Eingriffs in seinen wesentlichen Grundzügen zu erkennen und zu beurteilen sowie seine Entscheidung auf der Grundlage dieser Erkenntnis zu treffen.” Cfr. Jochen HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 141, com indicação da jurisprudência.

<sup>326</sup> HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, p. 140.

<sup>327</sup> KUHLMANN, *Einwilligung ...*, p. 19.

<sup>328</sup> BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*<sup>5</sup>, p. 71.

<sup>329</sup> KUHLMANN, *Einwilligung ...*, p. 20.



atendem à variação das capacidades intelectuais, emotivas e volitivas dos doentes psiquiátricos dos nossos dias.

Com efeito, a ordem jurídica serve-se de diferentes conceitos de capacidade em função da matéria que pretende regular. A abstracção pandectística não consegue superar as exigências concretas de cada ramo do direito e sobretudo as exigências da vida. Assim, encontramos, entre outros<sup>330 331</sup>, os seguintes conceitos:

*i) A capacidade negocial (de exercício)* traduz-se na capacidade de celebrar negócios jurídicos, por si próprio ou através de um representante voluntário. Esta figura é um sub-tipo da *capacidade de exercício de direitos* em geral e referem-se à capacidade para celebrar negócios jurídicos.<sup>332</sup> Aqui encontramos alguma proximidade com a *capacidade para consentir*, visto que ambas pressupõem que a pessoa lide com razoabilidade com os seus próprios interesses. Esta última (*Einwilligungsfähigkeit*) traduz-se na capacidade para *autorizar* intervenções na integridade física e psíquica ou nos direitos de personalidade.<sup>333</sup> Aqui o consentimento é *livremente revogável* (cfr. art. 81º, n.º 2 CC), ao contrário do que acontece no domínio dos negócios patrimoniais.<sup>334</sup> Por outro lado, um incapaz (negocial) por menoridade ou por interdição ou inabilitação pode ser ‘capaz para consentir’.<sup>335</sup>

*ii) A capacidade delitual ou imputabilidade* “é a capacidade para a prática de actos ilícitos: ao imputável podem ser atribuídos os actos praticados, a título de dolo ou de culpa”.<sup>336</sup> No Direito Civil define-se a imputabilidade como a capacidade de entender e querer (art. 488º, n.º 1) e presume-se inimputabilidade nos menores de 7 anos e nos interditos por anomalia psíquica. Está aqui em causa a capacidade de ser responsabilizado pela lesão de bens jurídicos alheios, de compreender as proibições que visam proteger

<sup>330</sup> Por exemplo, a *capacidade para testemunhar*, prevista no art. 616º CPC, segundo o qual: “1. Têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que, não estando interditos por anomalia psíquica, tiverem aptidão física e mental para depor sobre os factos que constituam objecto da prova. 2. Incumbe ao juiz verificar a capacidade natural das pessoas arroladas como testemunhas, com vista a avaliar a admissibilidade e credibilidade do respectivo depoimento.”

Veja-se também os casos excepções de *incapacidade de gozo de direitos*, presentes nos impedimentos matrimoniais (art. 1601º), na determinação da *capacidade para testar* (art. 2189º CC) e da capacidade para *perfilhar* (art. 1850º).

<sup>331</sup> THE LAW SOCIETY/ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Assessment of Mental Capacity (Guidance for Doctors and Lawyers)*, 1995, no contexto da “common law”, consabidamente menos atreita a soluções gerais, distingue várias situações: *capacity to deal with financial affairs, capacity to make a will, capacity to make a gift, capacity to litigate, capacity to enter into a contract, capacity to vote, capacity to enter personal relationships, capacity to consent and refuse medical treatment, capacity to consent to research and innovative treatment.*

<sup>332</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 215: “Estas noções [capacidade negocial de gozo e capacidade negocial de exercício] traduzem-se na referência das noções, mais genéricas, de capacidade jurídica e de capacidade para o exercício de direitos ao domínio dos negócios jurídicos.”

<sup>333</sup> KUHLMANN, *Die Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, p. 18.

<sup>334</sup> Knut AMELUNG, “Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland”, in KOPETZKI (Hrgs.), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Manz, Wien, 2002, p. 24-25.

<sup>335</sup> AMELUNG, *ibidem*, p. 28.

<sup>336</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, p. 183.

interesses de terceiros, ao passo que na capacidade para consentir está em causa a capacidade de ser responsável pelos seus próprios bens jurídicos, o que implica a capacidade de compreender o valor e o alcance dos seus próprios interesses. Assim, não podemos transpor as regras da imputabilidade para o domínio da capacidade para dispor dos seus bens de personalidade (de consentir).<sup>337</sup>

iii) A capacidade para consentir também não se confunde com a *capacidade natural* (“*natürlichen Willen*”). A capacidade natural não exige que a decisão resulte de uma capacidade de inteligência e de auto-governo (*Einsichts- und Steuerungsfähigkeit*).<sup>338</sup> Esta é relevante, à luz do direito português, nos termos do art. 27º, n.º 1, al. b do CC: ‘actos de pequena importância’; art. 127 n.º 1, al. c): actos relativos a uma profissão; art. 263º, referente à representação voluntária (“o procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar”); o autor de obra literária ou artística pode exercer os direitos pessoais que sejam inerentes a esta desde que para tanto tenha entendimento natural (art. 69º do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos); por último, a capacidade para depor como testemunha depende apenas do entendimento natural, a avaliar pelo juiz (art. 616º do CPC).<sup>339</sup>

iv) Por outro lado, temos também a noção de imputabilidade penal. Definindo pela negativa, constata-se que a *inimputabilidade penal* pode resultar de duas situações: (1) a *inimputabilidade em razão da idade*, onde se incluem os menores de 16 anos e (2) a *inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*,<sup>340</sup> na qual se distingue o elemento biológico e o elemento psicológico ou normativo.<sup>341</sup>

Em suma, seguindo Oliveira Ascensão, notamos que o que caracteriza as incapacidades são três aspectos. Em primeiro lugar, elas fundam-se em *diminuições naturais* das faculdades das pessoas; em segundo lugar, são restrições tabeladas da capacidade que atingem uma universalidade de aspectos (não atingem aspectos isolados, mas uma

<sup>337</sup> KUHLMANN, *Einwilligung* ..., p. 22.

<sup>338</sup> KUHLMANN, *Einwilligung* ..., pp. 21-22.

<sup>339</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, p. 182-183. Para além disso revela-se importante, no domínio do direito penal, no *acordo* que afasta o tipo, por exemplo, delitos contra a liberdade sexual, intromissão em casa alheia, delitos de furto, etc. – cfr. KUHLMANN, *Einwilligung* ..., p. 21.

<sup>340</sup> Art. 20º CP: “1. É inimputável quem por força de anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação”.

<sup>341</sup> Sobre a inimputabilidade penal, *vide* Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, Almedina, 1971, pp. 331 e ss. FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão da anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma?”, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp.257 ss.

Na doutrina penal releva ainda a *capacidade de compreensão da pena*, Cfr. Maria João ANTUNES, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, Studia Iuridica, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 40 ss.

pluralidade de aspectos – o exercício de faculdades patrimoniais, por exemplo); finalmente, o regime legal visa proteger as pessoas incapazes.<sup>342</sup>

### § 16. Capacidade para consentir ou *Competência*

O estudo que se segue tem em vista defender a existência de uma categoria jurídica que, embora esteja *implícita* no direito e na doutrina portuguesas, não tem sido trazida à tona de água. Trata-se de um ramo da capacidade jurídica, cujo objecto é o de tomar decisões sobre os cuidados de saúde, isto é, a capacidade para consentir ou recusar um tratamento médico. Sendo uma figura paralela à capacidade negocial, não se deve com esta confundir.<sup>343</sup> Embora me incline para não abandonar a nomenclatura clássica: capacidade/incapacidade, a verdade é que na literatura de ética médica e da bioética, onde há muito se discerne este instituto, utiliza-se o termo (aparentemente um anglicismo) ‘competente/incompetente’, ‘competência/incompetência’<sup>344</sup>.

Digo que se trata de um anglicismo meramente aparente, porque, segundo o *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*,<sup>345</sup> *competência* significa: “2. capacidade, poder de apreciar ou resolver dado assunto”; e *competente* “2. que tem conhecimentos, qualificação, aptidão, competência.” Ora, se adoptarmos esta terminologia, temos – para além de estarmos em concordância com a literatura médica e de não atraiçoarmos a língua de Pessoa – a grande vantagem de construir um instituto que se não confunde com a clássica *capacidade* (negocial). Porém, utilizarei indistintamente ambas as expressões: *competência* e *capacidade para consentir*, até porque esta última - tradução directa do alemão (*Einwilligungsfähigkeit*) - permite, na crueza da proximidade linguística com as categorias tradicionais do direito civil, sensibilizar melhor o jurista nacional.

#### 1. Elementos constitutivos da figura

O estudo que se segue visa justificar a implementação dogmática do conceito de capacidade para consentir (*competência*). Pretende-se que este instituto ganhe autonomia, mormente face ao da *capacidade negocial* (de exercício). O consentimento para intervenções médico-cirúrgicas reveste-se de fortes peculiaridades face ao tráfego jurídico patrimonial: ele afecta bens jurídicos pessoalíssimos, como a integridade física e a autodeterminação

<sup>342</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, p. 173.

<sup>343</sup> Em sentido contrário, cfr. KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, I<sup>3</sup>, p. 184.

<sup>344</sup> *Vide, v.g.*, Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, p. 123, que adoptam a expressão “Competência.” Na literatura norte-americana, *vide* BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*<sup>5</sup>, pp. 70 e ss.

<sup>345</sup> *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, da Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, p. 887.

pessoal; por outro lado, a tutela dos interesses do comércio jurídico ou da contraparte não merece aqui a protecção que se dá no domínio dos negócios jurídicos em geral, admitindo-se, por exemplo, a livre revogabilidade do consentimento a todo o tempo.<sup>346</sup>

Este conceito (*Einwilligungsfähigkeit*) é relativamente novo, tendo sido excogitado no seio da doutrina do direito médico e aparece ainda algo desestruturado.<sup>347</sup> Uma vez que a lei portuguesa, bem como a dos restantes países, não regulamenta esta capacidade, devemos procurar esclarecer em que circunstâncias o paciente está em condições de discernir o tipo, o significado e o alcance da intervenção médica proposta e determinar-se de acordo com a sua vontade.

### 1.1. A concepção de Amelung

Na discussão doutrinal sobre o instituto de capacidade para consentir, Amelung assume-se como um dos autores que mais tem pugnado pela construção autónoma e estruturada desta figura.<sup>348</sup> O Autor afirma que a definição de um conceito de *capacidade para consentir* é *instrumental*. Em boa verdade, as consequências imediatas de uma pessoa ser declarada incapaz para consentir consistem no facto de a ordem jurídica postular que ela não deve poder decidir sozinha se aceita uma ingerência nos seus bens jurídicos. Esta pessoa fica com a sua capacidade de autodeterminação limitada e fica sujeita ao instituto da representação (legal). Ora, a ordem jurídica só nega que a pessoa disponha por si própria dos seus bens jurídicos, quando julga que ela o não vai fazer de forma racional e sem danos.<sup>349</sup>

O objecto do conceito de capacidade para consentir é, pois, a capacidade de tomar uma *decisão racional* (*vernünftiger Entscheidung*) sobre o riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos. Isso impõe que se consiga compreender, em abstracto, os critérios da decisão.

Amelung estrutura o seu conceito de *capacidade para consentir* em quatro momentos: a capacidade de decidir sobre valores, a capacidade para compreender os factos, a capacidade para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar com base na

---

<sup>346</sup> Cfr. art. 81º, n.º 2 do CC que se opõe à regra do art. 406º, n.º1: princípio da revogação dos contratos por mútuo acordo.

<sup>347</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 165.

<sup>348</sup> A doutrina de AMELUNG é efectivamente reconhecida na literatura jurídica de língua alemã. Cfr., entre outros, KOPETZKI, *Unterbringungsrecht*, II, 818-824; ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht*, p. 153, KUHLMANN, *Die Einwilligung...*, pp. 25 e ss. e BARTH, *Die Einwilligung ...*, 1999, pp. 70 e ss.

<sup>349</sup> Também em Portugal se reconhece a existência de diversos graus na capacidade para consentir: “Na forma mais elementar, o indivíduo simplesmente aceita passivamente sem objectar. Em grau superior, ele já mostra conhecimentos, ao menos por alto, da situação clínica e dos actos que vão ser praticados. Num nível mais alto, ele é capaz de tratar racionalmente a informação, pesando *prós e contras* e deduzindo consequências. E no grau mais elevado ele pondera racionalmente e afectivamente a situação, avaliando as consequências sobre si e os seus, bem como os recursos psicológicos de que dispõe para fazer face à situação.” João BARRETO, ‘Doença Psíquica’, in ARCHER/ BISCAIA/ OSSWALD, *Bioética*, pp. 319 ss.

informação obtida. Se faltar um destes elementos a pessoa deve ser considerada incapaz para consentir.<sup>350</sup>

### 1. Capacidade de decidir sobre valores (*Wertentscheidung*)

Uma decisão racional é aquela em que se realiza uma ponderação de custos-benefícios (*Kosten-Nutzen-Entscheidung*), na qual os benefícios superam os sacrifícios. Para tanto é necessário possuir um sistema de valores (*Wertesystem*). Podemos perguntar se o sistema de valores é *objectivo* (do médico ou do legislador) ou *subjectivo*. Mas a resposta terá de ser, inevitavelmente, que só se pode aceitar um *Wertesystem* subjectivo e por duas razões: a) o consentimento é um instrumento de autodeterminação, pelo que o indivíduo deve afirmar, no acto de consentir ou dissentir, o seu projecto de vida e deve livremente desenvolver a sua personalidade, não estando para isso sujeito a qualquer sistema heterónimo; b) vivemos numa sociedade democrática, laica e plural, pelo que não há legitimidade, nem por parte do legislador, nem por parte da ciência médica, para impor uma qualquer concepção ideológica ou valorativa,<sup>351</sup> mesmo que não se concorde que médico e paciente são “moral strangers” (Engelhardt).<sup>352</sup>

Assim, a primeira condição da capacidade para consentir é a capacidade do *consentente* de, segundo o seu próprio sistema de valores, efectuar uma análise de custo-benefício.<sup>353</sup> Essa capacidade pode falhar por dois motivos. Primeiro, porque há doenças que *durante um certo tempo* destroem um *sistema de valores* consistente do sujeito. Este doente tanto afirma como infirma, consente como recusa, pelo que deve ser declarado incapaz para consentir. Num segundo grupo de casos, o consentente padece de um problema psíquico que leva a uma *distorção* do seu sistema de valores. Pense-se em *doenças psiquiátricas* que conduzem a ideias megalómanas ou manias, que conduzem o sujeito a certas situações que em condições normais não se encontraria. Os *menores* também têm um sistema de valores distorcido, que se defronta com problemas específicos do seu nível etário, tal como

---

<sup>350</sup> Seguimos aqui muito de perto a exposição de AMELUNG, “Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland”, *cit.*, pp. 28 a 33. Cfr., ainda, AMELUNG, “Über die Einwilligungsfähigkeit”, *ZStW* 1992, pp. 526 (sobretudo 551-558) e AMELUNG, in KOCH/REITER-THEIL/HELMCHEN, *Informed Consent in Psychiatry*, 1996, pp. 109 e ss.

<sup>351</sup> No mesmo sentido, cfr. KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 628. Cfr. também o art. 41º CRP (liberdade de consciência, de religião e de culto) e o art. 9º CEDH.

<sup>352</sup> ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics*, 1986, pp. 256 ss. KUHLMANN, *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, p. 25, para expressar o carácter altamente subjectivo-individual de um consentimento para uma intervenção médica, dá o exemplo clássico do valor pessoal que têm os dedos para um pianista ou da voz para uma cantora, mas aplica este conceito à especificidade dos doente idosos (que têm a sua própria formação, prioridades diferentes dos jovens ou das pessoas em fase activa, etc.).

<sup>353</sup> Porém, a recusa de uma intervenção terapêutica contra toda a racionalidade médica é considerado por alguma doutrina como um forte indicio para a falta de capacidade para consentir. Para SCHICK, “Die Einwilligungsfähigkeit aus strafrechtlicher Sicht”, in KOPETZKI (Hrsg.), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, 2002, p. 74 (que também cita ROXIN, AT I<sup>3</sup>, 482), este pensamento deve valer sobretudo para as decisões irracionais dos menores.

um adolescente que se sujeita a provas de coragem de alto risco para ser aceite e ter o reconhecimento dos seus camaradas.

### 2. Capacidade para compreender factos e processos causais

Consentir não é apenas tomar decisões sobre valores, é também uma decisão relativa a factos (*Tatsachenentscheidung*). Quem quer tomar uma decisão racional tem que saber ou perceber os esclarecimentos sobre os factos e os processos causais envolvidos. É, pois, necessário um certo entendimento sobre os factos. O sujeito deve poder *compreender os processos causais futuros*, ser capaz de fazer prognósticos. Por exemplo, quem quer ser operado aos rins tem que poder prever os riscos de realizar e de não realizar essa intervenção cirúrgica.

Esta capacidade de compreender factos pode faltar nos casos de *falta de inteligência*, derivadas da debilidade das demências da idade. Nestes casos, o paciente pode ter capacidade para certas intervenções simples, mas não para tratamentos mais complexos. Assim, o juízo sobre a capacidade para consentir, no mesmo doente, pode variar de caso para caso, em função da gravidade e complexidade da intervenção proposta.<sup>354</sup>

### 3. Capacidade para compreender as alternativas (*Konfliktentscheidung*)

O consentimento não é apenas uma decisão sobre valores e sobre factos, é também uma decisão sobre alternativas (*Konfliktentscheidung*). E as intervenções médico-cirúrgicas são um dos núcleos fortes onde o indivíduo é chamado a fazer opções sobre alternativas.

### 4. A capacidade para se autodeterminar com base na informação

Finalmente, o sujeito tem de ter a capacidade de relacionar os seus valores e os seus conhecimentos. A capacidade para consentir exige uma capacidade *volitiva*, a capacidade de se autodeterminar com base na informação disponível. Por exemplo, o toxicodependente frequentemente carece dessa capacidade de se autodeterminar. No domínio da toxicodependência, há pessoas que percebem que causam danos a si próprias, isto é, que estão a agir contra o seu sistema de valores (a longo prazo), mas que estão numa situação em que não conseguem agir em conformidade com o seu conhecimento.

Em conclusão, um incapaz de consentir é quem, devido à *menoridade, debilidade mental*, ou *doença psiquiátrica*<sup>355</sup> não consegue apreender: a) qual o *valor* ou o *grau* que os bens ou interesses atingidos têm para si no caso de consentir; b) sobre que *factos* está a decidir; c) quais as *consequências* e *riscos* que podem decorrer da sua decisão; d) que *outros meios* existem

<sup>354</sup> Isto é já reconhecido pela doutrina e jurisprudência alemãs. Cfr. HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, p. 149.

<sup>355</sup> Afirma, em termos gerais, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, p. 174, “Na origem da incapacidade estão deficiências provocadas por senilidade, anomalia psíquica e outras causas naturais.”

para alcançar os mesmos objectivos, que eventualmente lhe causem menos danos. O mesmo vale quando o menor, o débil mental ou o doente psíquico têm as informações necessárias, mas não têm condições bio-psicológicas que lhes permitam *decidir*.

Esta definição de capacidade para consentir contém, à semelhança da noção de *imputabilidade*, dois elementos. Primeiro, é necessário que haja um defeito psíquico, que distinga o incapaz de um adulto saudável; este *requisito 'biológico'* é descrito com os conceitos de menoridade, debilidade psíquica e doença mental.<sup>356</sup> Em segundo lugar, essas características 'biológicas' têm que ter *efeitos psicológicos*, que levem à distorção dos valores, que limitem a capacidade de entender os factos, consequências e alternativas ou que conduzam a uma incapacidade de se autodeterminar.<sup>357</sup>

Em suma, esta concepção, formulada por Amelung, parece-me ser uma explicação teórica bastante completa e adequada, e que descreve devidamente os elementos constitutivos da capacidade para consentir. Ela fornece critérios, com uma base médica-biológica, que são o substracto da compreensão dos factos, da capacidade de prever as consequências e riscos, bem como de imaginar as alternativas, que aliás é frequente nas outras categorias tradicionais (capacidade negocial, imputabilidade, etc.); permite ainda discernir aspectos de natureza psicológica e normativa cruciais na matéria do consentimento para intervenções médicas: o respeito pelo *Wertsystem* subjectivo; a capacidade do paciente realizar um *Konfliktentscheidung* e, ainda a capacidade para se *autodeterminar* com base na informação: a capacidade *volitiva*.

## 1.2. A concepção de Grisso e Appelbaum

Nos EUA há também uma longa tradição e vários contributos para a edificação de um conceito de capacidade para consentir. Grisso e Appelbaum<sup>358</sup> identificam cinco regras orientadoras da avaliação da capacidade para consentir.

---

<sup>356</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 19: "A legal finding of incompetence to consent is rare in the *absence* of mental illness, mental retardation, dementia, or other conditions (e.g., traumatic brain injury or delirium induced by toxic or febrile states) that may influence mental and emotional functions involved in decision making.

<sup>357</sup> Desde 1962, os americanos dispõem de uma definição de capacidade para consentir no seu *Model Penal Code*. AMELUNG, "Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland", *cit.*, p. 34, faz uma comparação da sua noção com a proposta nesse Código, concluindo que embora tenham em comum a exigência dos dois elementos: a base biológica e as consequências psicológicas, a noção americana revela-se menos perfeita, faltando, por exemplo, o elemento volitivo. Sobre este Código, *vide* FARNSWORTH, *Introduction to the Legal system of the United States*, pp. 168-170.

<sup>358</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 28.p. 18 ss.

Em primeiro lugar, a *incapacidade jurídica (para consentir) está relacionada, mas não equivale, a estados de perturbação mental*: a doença mental aumenta o risco de défices associados com a incapacidade jurídica ou incapacidade mental mas não cria a presunção de incapacidade.

Em segundo lugar, a *incapacidade refere-se a défices funcionais*: (a) défices ao nível da *compreensão* da informação que foi revelada no processo de consentimento informado, (b) défices na *apreciação* da informação em função das circunstâncias pessoais; (c) défices na reflexão sobre a informação; (d) e défices relativos à capacidade de exprimir uma escolha.

Por outro lado, a *incapacidade jurídica depende das exigências funcionais*. Se até recentemente o direito considerava a pessoa incapaz para todos os actos, hoje em dia há uma generalizada aceitação das “*specific competencies*”, isto é, um paciente pode ser considerado capaz para tomar uma decisão sobre um tratamento, mas não sobre outro; os contextos situacionais e interpessoais em que o paciente se encontra podem ser determinantes na capacidade para tomar decisões. Isto significa que “a capacidade não depende apenas das características da pessoa, mas também da correspondência ou não entre as características da pessoa e as exigências da decisão na particular situação que o paciente enfrenta”.<sup>359</sup>

Uma outra regra é a de que a *incapacidade varia em função das consequências*: no caso de tratamentos com poucos riscos e elevados benefícios, as exigências relativas à capacidade são menores, se o paciente *aceita* o tratamento proposto. Pelo contrário, se o paciente recusa essa intervenção, as exigências são maiores. No caso de tratamentos com poucos benefícios e com muitos riscos, a situação é a inversa.<sup>360</sup>

Finalmente, a *capacidade para consentir pode variar*: se antigamente o estado de incapacidade era visto como um “status” duradouro, hoje as ciências psiquiátricas ensinam que a capacidade dos pacientes flutua muito rapidamente, pelo que se exige que o direito esteja adaptado a esta realidade, sendo decisivo, no domínio da capacidade para consentir a ideia de que a opinião do incapaz deve sempre, pelo menos, ser tomada em consideração.<sup>361</sup>

---

<sup>359</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 23.

<sup>360</sup> Cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*<sup>5</sup>, p. 75, dão o seguinte exemplo: “a mesma pessoa, uma criança, por exemplo, pode ser competente para tomar um tranquilizante, mas incompetente para decidir se autoriza uma apendectomia.”

<sup>361</sup> Como afirmam Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, p. 123 e ss., “No passado, doentes epilépticos, psicóticos ou com diversos graus de atraso mental eram globalmente considerados como incompetentes. Hoje em dia, a evolução do conhecimento científico, nomeadamente no que respeita à etiologia dessas doenças, associada ao valor que a sociedade atribui ao exercício da autonomia individual, leva a considerar o doente mental, em algumas circunstâncias, como um parceiro na tomada de decisão. Outros tipos de incompetência transitória referem-se, por exemplo, a pessoas com demência senil ou doença de Alzheimer, alcoólicos ou toxicodependentes. Assim, em termos práticos, o conceito de competência não pode ser considerado um *continuum*, ao contrário da autonomia, mas corresponde a ser ou não capaz de executar determinada tarefa.”



Colmatando esta linha de raciocínio, os autores norte-americanos apresentam uma definição de incapacidade:

“Incompetence constitutes a status of the individual that is defined by *functional* deficits (due to *mental illness, mental retardation, or other mental conditions*) judged to be sufficiently great that the person *currently* cannot meet the *demands* of a specific decision-making situation, weighed in light of its potential *consequences*.”<sup>362</sup>

### 1.3. A *British Medical Association* e a *Law Society*

Um outro esforço de compreensão dogmática do instituto em análise é protagonizado por estas reputadas entidades. De acordo com a sua teoria, o paciente, para ser considerado *capaz*, deve poder: (1) compreender, em termos amplos e em linguagem simples, *em que consiste o tratamento médico*, os seus fins e a sua natureza, e porque razão o tratamento lhe está a ser proposto; (2) compreender os seus *principais benefícios, riscos e alternativas*; (3) compreender, em termos amplos, as *consequências* de não receber o tratamento; (4) possuir a *capacidade de tomar decisões livres* (isto é, livres de pressões); e (5) conservar a informação o tempo suficiente para *tomar uma decisão*.<sup>363</sup>

### 1.4. Síntese

Da análise feita destas diferentes doutrinas sobre capacidade para consentir, resultam certos princípios fundamentais. Em primeiro lugar, como já discernia Orlando de Carvalho, o consentimento (tolerante) “não está sujeito aos princípios que regem a

---

Sobre a necessidade de repensar todo o tema das incapacidades no direito, *vide Relatório da Comissão de Juristas sobre Medidas de Proteção dos Direitos das Pessoas em Situação de Incapacidade e Direito de Alimentos de Maiores em Situação de Carência Económica*, Maio, 2000.

<sup>362</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 27.

Para mais desenvolvimentos e indicações de bibliografia norte-americana sobre este assunto, *vide* Becky Cox WHITE, *Competence to Consent*, pp. 44 e ss. Num sumário (a p. 154) das capacidades que definem a competência para consentir, a Autora enuncia nove critérios individuais reunidos em quatro grandes categorias (*informability, cognitive and affective capability, ability to choose, and ability to recount one's decision-making process*); assim: “*Informability* consists of the capacities to (1) receive information, (2) recognize relevant information as information, and (3) remember information. *Cognitive and affective capability* includes the capacities to (4) relate situations to oneself, (5) reason about alternatives, and (6) rank alternatives. *Choosing* incorporates the abilities to (7) select an option and (8) resign oneself to the choice. *Recounting* one's decision-making process, along among the broad capacities, is not a composite. The only ability here is (9) the ability to explain, by way of recognisable reasons, how one came to one's decision.”

<sup>363</sup> BMA, *The Older Person: consent and Care*, London, 1995, p. 15. A *Law Commission* recomendou que a legislação consagre que a pessoa seja considerada incapaz, se no momento da decisão ela está: “(1) *unable by reason of mental disability to make a decision on the matter in question, or (2) unable to communicate a decision on that matter because he or she is unconscious or for any other reason.*” Cfr. KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 613.

capacidade em matéria de negócios jurídicos”<sup>364</sup>, ou seja, não se confunde com a capacidade negocial, pelo que urge construir uma figura dogmática autónoma.<sup>365</sup>

Ao traçar a linha dos conceitos fundamentais da capacidade jurídica, por forma a aí enquadrar a capacidade para consentir, verifica-se que se mantêm intocados os institutos da personalidade jurídica e da capacidade jurídica.

Todavia, advogo que se deverá edificar um instituto de capacidade para consentir, paralelo ao conceito de capacidade negocial. Este instituto permitirá o desenvolvimento de um regime jurídico adequado ao consentimento para intervenções médico-cirúrgicas. Efectivamente, quanto à *capacidade de exercício de direitos*, ou seja, “a capacidade de intervir pessoalmente (por si próprio ou através de representante voluntário) na aquisição, modificação ou extinção das relações jurídicas”<sup>366</sup>, entendo que paralelamente às regras gerais do negócio jurídico (artigos 130º e 133º), se deve construir um *regime específico* para a limitação de direitos de personalidade, nomeadamente para a livre e autónoma disposição do direito à integridade física e à autodeterminação nos cuidados de saúde. Trata-se, no fundo, de uma *lacuna* do sistema jurídico, que necessita de ser preenchida através dos princípios gerais de direito civil que nos indicam que a capacidade de entendimento e de juízo de cada um é o pressuposto dos comportamentos jurídicos.<sup>367</sup>

Em segundo lugar, na edificação dessa figura deve-se partir de uma base bio-psicológica, mas – à semelhança do que hoje se escreve em matéria de imputabilidade penal – a aferição dessa capacidade é radicalmente situacional e casuística, podendo o paciente ser capaz para decidir numa situação e não noutra, diferentemente do que se passa na capacidade negocial, mas de forma semelhante à capacidade delitual.

Por outro lado, os interesses do tráfego jurídico (*Verkehrsinteressen*) que em geral ocupam um lugar importante no direito civil, detêm nesta matéria um interesse diminuto.<sup>368</sup>

---

<sup>364</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 183.

<sup>365</sup> Também em Espanha [GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, p. 73.] se afirma que o requisito da capacidade não deve confundir-se meramente com a capacidade legal, antes deve ter-se em conta a possibilidade de expressão da vontade, a compreensão do acto médico e as suas consequências sobre a vida e a saúde, com plena faculdade para valorar as alternativas e com capacidade para suportar o medo, a angústia e o nervosismo próprios de uma situação desta índole. A capacidade para decidir por si mesmo deve entender-se, portanto, como a aptidão cognitiva para entender a informação e para poder eleger autónoma e racionalmente o que convém aos seus interesses (aceitar ou recusar uma intervenção médica com base na dita informação disponível).

<sup>366</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 167.

<sup>367</sup> Neste sentido, BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, 1999, p. 58: “die individuelle Einsichts- und Urteilsfähigkeit Voraussetzung jeden rechtserheblichen Verhaltens ist.”

<sup>368</sup> No mesmo sentido, ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, pp. 187-189. A capacidade varia em função da gravidade da intervenção médica: assim, quanto mais grave for a intervenção proposta mais exigente se deve ser na determinação da capacidade para consentir. O Autor (pp. 191 e ss.) leva a cabo uma análise das características de determinadas doenças mentais em relação à capacidade para consentir (doenças de alzheimer, parkinson, esquizofrenia, depressões, manias, toxicod dependências e alcoolismo). Ponto de

O ponto de partida deverá ser pois o da *capacidade*, devendo o médico, na concreta situação, avaliar e fundamentar essa (in)capacidade. Como factor determinante para afirmar a capacidade para consentir, todas estas teorias põem em relevo a necessidade de o sujeito ter capacidades intelectuais, volitivas e emocionais que lhe permitam assumir uma decisão.<sup>369</sup> Essa decisão deverá estar, em regra, de acordo com uma estrutura de valores que a pessoa autonomamente assumiu para si.<sup>370</sup>

### 1.5. Consequências

Afirmando que estamos perante um novo ramo da capacidade jurídica, é legítimo vir a retirar consequências quer quanto à *definição da incapacidade*, mas também do modo de *suprimento* dessa incapacidade.

Os meios clássicos da *representação* e *assistência* são pensados para o domínio dos negócios patrimoniais. A preferência deve, no âmbito do consentimento informado, ser dado à autonomia do paciente, incluindo a *autonomia prospectiva* (Dworkin)<sup>371</sup> e às *relações de afecto, maxime* familiares. Como bem salienta Erwin Deutsch: “uma representação para problemas de saúde não abrange aspectos negociais, consiste numa extensão do *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*”.<sup>372</sup>

Para seguir no trilho desta pista urge, contudo, ultrapassar uma aparente barreira do elemento literal do art. 123º CC (e por remissão também o art. 139º, relativo aos interditos). Na verdade, esta norma proclama, como regra, a incapacidade para o exercício de direitos ou uma *incapacidade de agir*. É justo interpretar, de acordo com o elemento literal, que se estabelece, para os menores e para os interditos, uma *incapacidade geral de exercício*. A abranger direitos patrimoniais bem como pessoais.<sup>373</sup>

Todavia, a própria norma aceita *excepções* e estas acabam por ser, em boa verdade, a *regra no domínio dos actos pessoais*. Assim, para casar, perfilhar, testar, para a escolha de uma religião, a lei estabelece normas especiais (cfr., respectivamente, artigos 1604º, al. a), 1850º, 2189º e art. 1886º). No fundo, quase poderíamos afirmar que o CC aponta para duas regras

---

partida é que o diagnóstico de uma doença psiquiátrica não acarreta necessariamente a determinação de que o paciente é incapaz.

<sup>369</sup> Em matéria de aferição de capacidade para consentir, “o critério a tomar em conta não será o da incapacidade genérica de governar a sua pessoa, mas o da incapacidade específica de perceber e querer uma acção concreta que visa uma doença de que se é, ou poderá ser, portador, seja em termos diagnósticos, seja em termos terapêuticos. Trata-se de uma autonomia direccionada para uma actuação determinada.” VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 181. Este Autor, *ibidem.*, p. 221-222, procura traçar alguns tópicos para aferir da capacidade do paciente.

<sup>370</sup> Cfr. WHITE, *Competence to Consent*, p. 14 e 15.

<sup>371</sup> Cfr. DWORKIN, *Life's Dominion*, p. 226.

<sup>372</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 82.

<sup>373</sup> Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 222.

paralelas: uma para os actos jurídicos patrimoniais (art. 123º) e outra para os actos jurídicos pessoais (onde impera o casuísmo, apontando-se, por vezes para a idade dos 14 anos, outras para os 16 anos, mas sempre dando um relevo especial à fase da adolescência).

No fundo, o elemento literal não nos deve limitar, já que a lei se limita a lançar mão do conceito tradicional de capacidade de exercício de direitos, não querendo afastar a possibilidade de reconhecer o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* do menor, aliás constitucionalmente imposto pelo art. 26º, n.º1 CRP, sobretudo ao nível dos actos pessoais. Os arts. 123º e 139º CC devem, neste sentido, ser *interpretados em conformidade com a Constituição*.<sup>374 375</sup>

## 2. Estabelecimento da Capacidade para consentir

O estabelecimento da capacidade para consentir é uma matéria da competência da ética médica e da medicina, mas estando sujeita à sindicância judicial, naturalmente com a ajuda de peritos, merece uma breve referência. Como escreve Kuhlmann<sup>376</sup>, a capacidade para consentir é um *puro conceito jurídico*, que em último termo deve ser ajuizado pelo juiz, num processo em que se questione a capacidade de uma pessoa.

“Avaliar a capacidade para consentir não é necessariamente um *“evento”*. Na boa prática médica, isso é parte da relação terapêutica quotidiana entre médico e paciente”.<sup>377</sup> A doutrina entende que se pode *presumir* a capacidade para consentir na maior parte dos casos.<sup>378</sup>

Porém, o médico ao avaliar a capacidade para consentir do paciente deve avaliar as capacidades funcionais relacionadas com a capacidade de decisão, aferir a patologia psíquica, determinar as exigências que a situação coloca ao paciente e considerar as consequências da decisão do paciente. Note-se ainda que se deve reavaliar periodicamente a capacidade do paciente.<sup>379</sup> No fundo, o médico, de forma inconsciente, está permanentemente a avaliar a capacidade do paciente.

---

<sup>374</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1099. Aqui relevando especialmente o *princípio da conservação das normas*.

<sup>375</sup> Se estivessemos 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).

<sup>376</sup> *Einwilligung ...*, p. 45.

<sup>377</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing Competence...*, p. 28.

<sup>378</sup> Cfr. Stephen WEAR, *Informed Consent – Patient Autonomy and Clinician Beneficence within Health Care*, Second Edition, Washington, D. C., 1998, p. 14.

<sup>379</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, pp. 28-30.

Todavia há situações que *alertam* o profissional de saúde no sentido de realizar atentamente essa tarefa. Assim acontece quando o médico se depara com casos em que há mudanças abruptas no estado mental do paciente, outrossim quando o paciente recusa o tratamento, e também quando o paciente consente em tratamentos especialmente invasivos, arriscados ou experimentais, ou quando sobre o paciente recaí um ou mais factores que aumentam o risco de decisões irracionais (*v.g.*, diagnóstico de doença mental, idade, pertença a grupos minoritários, imigrantes).<sup>380</sup> Não significa, em nenhuma destas circunstâncias, que se presume que o paciente está incapaz. Tal seria a negação completa de toda a doutrina do consentimento informado. Estas são apenas situações que tocam a sensibilidade do médico e que o levam a avaliar a capacidade do paciente.

O *médico assistente* é a pessoa melhor colocada para realizar uma avaliação da capacidade do paciente.<sup>381</sup> Este médico conhece a história e as condições pessoais do doente e já estabeleceu uma relação que melhor permite aperceber-se da capacidade de decisão. Todavia, é necessário que esse médico tenha formação a este nível.<sup>382</sup> Contudo, por vezes é necessário recorrer a um médico consultor que realize essa avaliação. O médico assistente pode não estar preparado para essa função, ou pode não ter tempo para o fazer; por outro lado, pretende evitar entrar em conflito com o paciente que recusa a avaliação do seu médico (nomeadamente se for no sentido da incapacidade) ou quando se trata de casos muito complicados com consequências importantes.<sup>383</sup>

Nos casos de fronteira entre a capacidade e a incapacidade, podemos apresentar um quadro conceptual, no qual se distingam os casos de *incompetência absoluta* (*absolute decision incompetency*), dos casos de *incompetência relativa* (*relative decision incompetency*). Incluem-se nos primeiros os casos de *pessoas inconscientes*, pessoas com *graves doenças mentais*, e *crianças muito novas*; nestes casos o paciente não pode validamente dar o seu consentimento. No segundo grupo (situações de *incompetência relativa*) encontram-se as perturbações que podem ser

---

<sup>380</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, pp. 62 ss..

<sup>381</sup> WHITE, *Competence to Consent*, p. 10, que argumenta convincentemente no sentido da inutilidade de recurso a tribunal para aferir da capacidade para consentir: seria um processo demorado, oneroso e o Direito encontra-se ainda menos preparado que a medicina para solucionar esta questão. Na doutrina alemã, *vide* ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 212.

<sup>382</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 78: “Esta preparação inclui adquirir uma base de conhecimentos relacionados com os parâmetros éticos, legais e clínicos da capacidade de decisão.”

A recente Ley 41/2002, da vizinha Espanha, afirma expressamente que é o médico quem estabelece a capacidade para consentir (art. 5, n.º3).

<sup>383</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 79. Por vezes, nos EUA, constituem-se equipas multidisciplinares, de dois a seis membros, para avaliar a capacidade do paciente.

Há vários métodos para determinar a capacidade para consentir. *V.g.*, o método “MacARTHUR Competence Assessment Tool-Treatment”, *cfr.* GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, pp. 101 e ss. Na Inglaterra, relativamente ao consentimento dos menores é utilizado o critério “Gillick” (*Gillick v West Norfolk and Wisbeck AHA*, [1986]), *cfr.* KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 607 ss.

causadas por *doença mental, exaustão, dor, cansaço, medicação*, etc. Neste grupo também se encontram as *crianças mais velhas* e os *adolescentes*, competindo ao médico assistente o dever de decidir se o paciente está em condições para prestar um consentimento capaz ou não.<sup>384</sup>

A doutrina entende que – tendo em conta a extrema dificuldade desta operação – deve ser garantido ao médico um espaço de discricionariedade na decisão sobre a incapacidade (*Entscheidungsspielraum*).<sup>385</sup> Quanto ao problema da prova do juízo de (in)capacidade, entende-se que o médico – embora tenha que suportar o ónus da prova do esclarecimento e do consentimento – não está onerado com a prova da capacidade.<sup>386</sup>

### 3. O papel da capacidade negocial - *Orientierungspunkt*

Devemos, então, abandonar definitivamente o conceito de *capacidade negocial*?

Como vimos, o consentimento não é um negócio jurídico. Trata-se de uma manifestação de vontade, que no âmbito da intervenção médica permite actuar pelo modo especificamente previsto sobre os bens jurídicos pessoais. Por essa razão, os limites rígidos da capacidade negocial não são vinculativos para o consentimento.<sup>387</sup> Todavia, as regras deste instituto, que beneficiam de uma longa tradição dogmática, podem constituir um “ponto de orientação” na estruturação da capacidade para consentir.

#### 3.1. Pessoas com capacidade negocial

Assim, as pessoas que gozam de capacidade negocial (de exercício) terão, em regra, capacidade para consentir. Porém, como alerta Kuhlmann (que analisa com especial atenção o problema dos idosos adultos), a maioria deve ser considerada apenas um *indício* (Indiz) de capacidade para consentir, não permitindo extrapolar para uma verdadeira *presunção de capacidade*. Assim, o médico deve sempre, mesmo perante pacientes adultos, avaliar de forma sumária o seu discernimento intelectual. Cada situação clínica vai exigir do médico uma diferente atenção. A capacidade para consentir pode depender da gravidade da

---

<sup>384</sup> Lotta WESTWERHÄLL, “Country Report Sweden”, in TAUPITZ, *Regulations of Civil Law...*, p. 891. O Autor apoia estes argumentos na tese de Elisabeth RYNNING, *Samtycke till medicinsk vård och behandling – En rättsvetenskaplig studie*, Iustus Förlag, 1994, p. 278 e ss.

Na doutrina Americana, cfr. WHITE, *Competence to Consent*, p. 5, que considera que há pacientes que estão *obviamente* num estado de incapacidade: os que estão permanentemente confusos, com graves incapacidades intelectuais, que estão num estado de coma permanente; outros estão em estado de choque pós-traumático ou os estados de paranoide aguda em que se suspeita dos motivos das outras pessoas.

<sup>385</sup> KUHLMANN, *Einwilligung ...*, p. 87.

<sup>386</sup> DEUTSCH, *NJW* 79, p. 1905. Para mais desenvolvimentos, KUHLMANN, *Einwilligung ...*, p. 88.

<sup>387</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 80.

intervenção, da sua urgência, etc.; admitindo-se uma presunção de capacidade para consentir no caso de intervenções simples e sem riscos.<sup>388</sup>

### 3.2. Pessoas sem capacidade negocial

As pessoas sem capacidade negocial são os menores (de 18 anos), os interditos e os inabilitados. Quanto à situação de menoridade, entende-se que as pessoas com mais de 14 anos podem ser capazes para consentir, desde que compreendam o alcance e o significado da intervenção e possam prever os seus riscos e não decidam precipitadamente ou de forma irrazoável.<sup>389</sup>

Quanto aos incapazes adultos, se é verdade que as causas que podem conduzir à interdição “devem ser *incapacitantes, actuais e permanentes*”<sup>390</sup> – a justificar que sobretudo quando a interdição se funde em anomalia psíquica, o interdito esteja, em regra, incapaz para consentir – deve-se fazer uma ponderação casuística.<sup>391</sup> E mesmo que seja confirmando a situação de incapacidade para consentir, a opinião do paciente (incapaz) *deve ser sempre tomada em consideração* (art. 6º, n.º3 da CEDH/Bio).

Relativamente aos inabilitados, gozando estes, em princípio, de capacidade geral para a prática de actos pessoais<sup>392</sup>, nos termos do art. 153º, a sua capacidade para consentir só deverá ser questionada, quando na sentença de inabilitação haja referência expressa.

---

<sup>388</sup> Cfr. KUHLMANN, *Einwilligung ...*, pp. 33 e ss. Jean-Pierre DUPRAT, “Le consentement anticipé aux soins pour malades graves, un aspect de la protection des personnes âgées dépendants”, *JCP*, n.º 50, 12 décembre 2001, p. 2290, sentem muito claramente a insuficiência de um sistema que pretenda equiparar a menoridade aos incapazes adultos.

<sup>389</sup> Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O acesso os Menores aos Cuidados de Saúde, in *Temas...*, p. 226 e DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 80.

<sup>390</sup> CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, I, p. 327. Note-se que mesmo os interditos poderão praticar certos actos negociais, por aplicação do art. 127º, por remissão do art. 139º CC, embora – afirma o Autor (p. 323) “em certos casos mais graves de interdição por anomalia psíquica, o alcance de aplicação subsidiária do art. 127º seja quase nulo.”

<sup>391</sup> HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, p. 156, afirma que *quem tiver capacidade negocial será, em regra, considerado capaz de consentir*. Mas não se pode estabelecer uma relação de paralelo entre as duas figuras, visto que ambas assentam em pressupostos próprios e não coincidentes. A capacidade para consentir liga-se a um processo de decisão, que decorre em três degraus. No primeiro degrau, o sujeito deverá conhecer e compreender as circunstâncias que são o objecto do dever de informar. Em segundo lugar, é necessário que o consentente seja capaz de fazer um juízo de prognose relativamente às consequências da sua decisão para as suas condições de vida. Finalmente, o sujeito deve ser capaz de realizar uma decisão de valores (*Wertentscheidung*), que necessariamente se regerá por critérios subjectivos e que, ao contrário das primeiras duas fases (processo de conhecimento e de transformação *Erkenntnis- und Transformationsprozess*) se subtrai a uma avaliação segundo padrões objectivos. Deste modo, a *irrazoabilidade* de uma decisão deve ser motivo para testar criticamente a capacidade de conhecimento, de juízo e de decisão.

<sup>392</sup> Cfr. Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *cit.*, p. 542.

### 3.3. Consequências de regime

Assim, a riqueza dogmática do instituto de capacidade negocial pode ser útil para o desenvolvimento deste instituto: a *capacidade para consentir*. Mas tomar a capacidade como “*Orientierungspunkt*”, não significa, porém, que se deva aplicar analogicamente as regras relativas à idade, à representação e outras previstas para a capacidade negocial<sup>393</sup>. Estamos perante exigências específicas que merecem uma construção autónoma. Se para o regime da interdição e da inabilitação se exige que a incapacidade seja “*de carácter permanente*” (art. 152º e 138º *implicitamente*), já a incapacidade para consentir pode derivar de um fenómeno *pontual* (acidente, intoxicação com estupefacientes ou álcool, etc.). Numa palavra, estamos perante uma categoria jurídica autónoma, com o seu fundamento próprio, a sua estrutura material particularizada, a exigir um regime jurídico específico, que terá por base o art. 295º do CC.

Concluindo com Orlando de Carvalho: “seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos de personalidade do menor ou interdito, quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade esclarecida deste.”<sup>394</sup>

### § 17. Os actos pessoais *versus* actos patrimoniais: comparação com a capacidade para perfiar, casar e testar

A ser válida a doutrina exposta, deparamos com fortes semelhanças, ao menos na *teleologia* dos regimes, entre a capacidade para consentir e a capacidade para casar, para perfiar e para testar. Ou seja, no que respeita aos *actos pessoais*, o direito civil sente necessidade de se desviar das normas sobre a capacidade negocial, por forma a respeitar os princípios constitucionais do livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da pessoa humana.

Em todos estes actos verificamos que a figura do inabilitado é praticamente inútil<sup>395</sup> e que, dentre os interditos, a lei apenas se preocupa em proteger os que o são em razão de *anomalia psíquica* (grave), conferindo aos surdos mudos e aos cegos a capacidade de gozo para casar, para perfiar e para testar.<sup>396</sup> Relativamente aos menores, o legislador criou

<sup>393</sup> Cfr. HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, p. 142.

<sup>394</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 184.

<sup>395</sup> Exceptuando no art. 1601º, al. b) (referente à incapacidade para casar) e, ao nível do consentimento informado, em termos muito restritivos, a saber: deve-se admitir a presunção de incapacidade para consentir quando o inabilitado o seja em razão da anomalia psíquica e o juiz haja declarado na sentença que o sujeito é incapaz para consentir em intervenções médicas de determinado tipo.

<sup>396</sup> PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 259 e ss., afirmam: “as incapacidades nupciais não são, de facto, as mesmas que a lei admite para os negócios jurídicos em geral(...) Não valem “para o casamento incapacidades negociais admitidas pela lei para outros negócios jurídicos” (como a dos interditos ou inabilitados por surdez-mudez ou cegueira e a dos inabilitados por



“maioridades especiais”, sendo o horizonte dos 14 a 16 anos aquele que normalmente é utilizado. Veremos, contudo, que boas razões substanciais e normativas (art. 38º, n.º 3 CP) militam no sentido de, em regra, a maioria para acesso aos cuidados de saúde ser em regra atribuída aos maiores de 14 anos com capacidade de discernimento.

Não pretendo encetar, nesta sede, uma *teoria da capacidade para praticar actos pessoais* no direito civil. Todavia, fica registado que há bastantes semelhanças entre estas figuras e, sobretudo, afirmo, com segurança, que a capacidade jurídica (art. 67º) é um instituto amplo que abrange vários ramos para além da capacidade negocial (especialmente regulada, no que respeita à capacidade de exercício, nos artigos 123º e ss. CC), devendo a *capacidade para consentir* ser edificada autonomamente a partir das estruturas substanciais apresentadas e das estruturas normativas próprias do direito português, na sua globalidade (*maxime* no CC, no CP e na legislação de direito da saúde).

Note-se que os diplomas mais recentes começam a tentar distinguir-se claramente a capacidade para consentir da capacidade negocial. Assim, o §3 do preâmbulo da Directiva sobre Ensaio Clínicos (2001/20/CE, de 4 de Abril) afirma: “As pessoas incapazes de dar o seu consentimento, juridicamente válido...” A CEDH Bio refere-se, no art. 6º, às pessoas que careçam da capacidade para prestar o seu consentimento; mais concretamente, o seu n.º 3 apenas estabelece regimes de protecção para aqueles que careçam “em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção”.

---

habitual prodigalidade ou pelo uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes)”. Guilherme de OLIVEIRA, “O testamento – apontamentos”, in *Temas de Direito da Família*, p. 95, escreve: “O testamento é um negócio pessoal. Num primeiro sentido, este princípio significa que a expressão da vontade tem de ser feita pelo próprio disponente e não por qualquer outra pessoa na qualidade de representante ou até de simples nuncio – art. 2182º, n.º 1.” (p. 99) “O testamento é um negócio estranho ao comércio jurídico. As finalidades do testamento, a sua natureza de expressão da última vontade, levam a separar este negócio do regime comum, embora se trate de um acto de conteúdo fundamentalmente patrimonial. (...)”

## CAPÍTULO III – O CONSENTIMENTO INVÁLIDO, SANÇÃO JURÍDICA E ÓNUS DA PROVA

### Secção I - Vícios que afectam o Consentimento e sua Sanção

#### § 18. Validade ou ineficácia do consentimento viciado

##### 1. Vícios materiais

O consentimento prestado pode ser inválido por várias razões. Assim acontece quando não há uma indicação médica para a intervenção; quando esta é contra a ordem pública, quando o paciente não tem capacidade, ou quando não lhe foi transmitida a informação adequada e suficiente. “Um consentimento inválido não pode ser atendido e torna a intervenção médica ilícita.”<sup>397</sup>

##### 1.1. Falta de indicação médica

Ao contrário do que acontece no regime jurídico-penal, entendo como intervenção médica não só aquelas que cumprem os requisitos do art. 150º CP, mas também as que, não tendo fins terapêuticos, visam cumprir certos objectivos médicos ou de saúde, como são os casos paradigmáticos da doação de órgãos e tecidos e da esterilização pura. Quando se fala de uma intervenção que não tem por base uma correcta indicação médica, verifica-se uma violação das *leges artis* (*stricto sensu*). Assim sendo, o que se verifica é um erro de diagnóstico, que deu origem a um conselho errado, pelo que estamos caídos numa situação de negligência médica (*medical malpractice*), a exigir responsabilidade por informações, nos termos do art. 485º CC.<sup>398</sup>

---

<sup>397</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 81.

<sup>398</sup> Imagine-se que por erro de diagnóstico o médico pede o consentimento do paciente para dar início a uma terapia de um cancro da próstata que tem como consequência lateral a perda da libido e a impotência sexual. Esse consentimento respeitou todas as regras, incluindo, o esclarecimento cabal dos riscos e consequências laterais desvantajosas. A única (!) falha consistiu precisamente no facto de a intervenção química não ser adequada para aquele paciente já que este não padecia de qualquer carcinoma. Cfr. para esta matéria SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, pp. 384 e ss., que analisa a responsabilidade por informações resultantes de um contrato destinado à prestação de conselho ou informação, os quais “podem ter lugar com advogados, médicos, conselheiros fiscais, contabilistas ou revisores de contas, arquitectos ou engenheiros, empresas de informática, etc.” (Sobre os médicos, em particular, *vide* p. 393).

## 1.2. Violação dos bons costumes e da ordem pública

No caso de violação dos bons costumes ou da ordem pública, o consentimento é *nulo*, nos termos dos artigos 81º, n.º1, 280º, n.º2 (por remissão do art. 295º) e 340º, n.º 2 CC.

## 1.3. Falta de informação

Na terceira parte deste trabalho analisarei o conteúdo do dever jurídico de informar. Desde já, na análise da estática do consentimento informado, devemos afirmar que quando o médico não cumpriu devidamente o seu dever de esclarecimento, o consentimento deve-se considerar, em regra<sup>399</sup>, *inválido* e a intervenção ilícita.

A sanção deve ser a *invalidade* ou a *ineficácia*?

Se atendermos aos dados da lei não ficamos inteiramente esclarecidos. Se, por um lado, o art. 340º nos remete para o domínio da licitude/ilicitude (o que está intimamente relacionado com a categoria da invalidade (*maxime* nulidade, nos termos do art. 294º) e o art. 81º aponta explicitamente para a figura da nulidade; por seu turno, o art. 38, n.º 3 e o art. 157º CP remetem-nos para a figura da *ineficácia*. Numa análise meramente formalista, que atenda apenas ao elemento sistemático, poderíamos defender que, em regra, quando não estão preenchidos os pressupostos do consentimento este é inválido, já que as normas de direito civil são as reguladoras do valor dos actos jurídicos, não devendo o intérprete estar preso à linguagem do CP, orientado por outros princípios e outros fins. Mas, procurando uma análise substancial da questão, devemos questionar em que consiste a ineficácia e a invalidade. Esta última “provém de uma falta ou irregularidade dos elementos internos (essenciais, formativos) do negócio”, “resulta de vícios ou deficiências do negócio, contemporâneos da sua formação”. Já a ineficácia (em sentido estrito) depende de “alguma circunstância extrínseca que, conjuntamente com o negócio, integra a situação complexa produtiva de efeitos jurídicos.”<sup>400</sup> Ora, sem dúvida que a falta de informação é algo que contagia o consentimento *ab initio* e na sua estrutura interna, pelo que estamos perante uma situação de invalidade.

Segundo Deutsch o vício de falta de informação afecta ainda o próprio contrato. O mesmo se dirá da violação da ordem pública ou de uma proibição legal. Desta forma, o

---

<sup>399</sup> Efectivamente a resposta não é necessariamente a da *invalidade* do consentimento em todos os casos, ou, pelo menos, não posso afirmar peremptoriamente que este facto conduza à responsabilidade do médico por todos os danos. Estão aqui em causa dois problemas de grande complexidade dogmática: o do âmbito de protecção da norma e o do comportamento lícito alternativo, os quais não serão objecto de estudo neste trabalho. Para uma primeira aproximação ao problema, vide o meu *Violação do dever de informar, âmbito de protecção da norma e comportamento lícito alternativo*, Coimbra, polic., 2002.

<sup>400</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 605.

paciente tem o direito de exigir o regresso do pagamento dos honorários. Porém, na medida em que se verifique um sucesso da intervenção médica, haverá lugar a uma *compensatio lucrum cum damnum* que limitará o direito de regresso ou mesmo a pretensão indemnizatória.<sup>401</sup>

#### 1.4. Falta de capacidade

A falta de capacidade é um vício *contemporâneo, intrínseco e essencial* do acto jurídico de consentir, pelo que a sanção tecnicamente correcta é a *invalidade*.<sup>402</sup>

Dentro da capacidade para consentir, penso que é possível discernir os casos de incapacidade de gozo, e os casos de incapacidade de exercício.

Há incapacidade de *gozo* do direito de consentir, por exemplo, no caso de transplantes *inter vivos* de substâncias não regeneráveis (*v.g.*, um rim), em que os dadores são *crianças* ou *incapazes* (art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril), bem como na hipótese de esterilização pura de um menor de 25 anos (art. 10.º, n.º 1 da Lei n.º 3/ 84, de 24 de Março).

A incapacidade de *exercício* do direito de consentir ocorre quando a pessoa é titular do direito mas para o exercer terá de recorrer ao instituto da representação em cuidados de saúde. Na esfera jurídica destas pessoas encontramos o direito de consentir, simplesmente não têm o discernimento necessário para agir *por si próprios* ou através de um *representante voluntário*. Assim acontece, em regra, no caso dos menores de 14 anos e nos interditos por anomalia psíquica.

Perante o vício de *incapacidade de exercício para consentir*, a sanção adequada – se seguirmos o regime regra dos negócios jurídicos – será a *anulabilidade*.<sup>403</sup> Mas, tal solução será a que melhor responde às exigências do problema em causa?

Realizemos um exame dos interesses e dos valores subjacentes a cada um dos institutos em ordem a optar pelo regime mais adequado para sancionar a falta de capacidade (de exercício) para consentir.

Nos termos do art. 287º CC só têm *legitimidade* para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e *só dentro do ano* subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento, e, por outro lado, admite *confirmação*.<sup>404</sup> Deste regime, parece que se

---

<sup>401</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 85.

<sup>402</sup> O art. 10º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril (relativo aos ensaios clínicos) aponta para a sanção da *ineficácia*. Todavia, salvo melhor opinião, a norma deve ser lida como referindo-se à *ineficácia em sentido amplo*, cabendo ao intérprete especificar que se trata de um caso de *invalidade*, de acordo com o exposto em texto.

<sup>403</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 215.

<sup>404</sup> Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, pp. 612-613.

coaduna com as exigências da situação em análise, a possibilidade de *confirmação* (por parte do representante legal), pois só assim se assegura a produção de efeitos *retroactivamente* (art. 288º, n.º 4), isto é, à data da intervenção médica. Também o regime de *legitimidade activa restrita*, na medida em que admite que o representante legal invoque essa invalidade, não é desajustado. O *prazo de um ano* para arguir essa invalidade, por seu turno, não se coaduna com os prazos de prescrição da responsabilidade civil, quer contratual (20 anos, nos termos do art. 309º CC), quer extracontratual (pelo menos 3 anos, segundo o art. 498º CC).

Assim sendo, e gozando da liberdade dogmática oferecida pelo art. 295º, penso que se deve advogar um regime de *invalidade mista*, que terá como base o regime da *anulabilidade*, mas com a possibilidade de ser arguida dentro do prazo previsto para a responsabilidade civil. Por outro lado, parece justo aceitar a possibilidade de *confirmação* do consentimento (originariamente) inválido por falta de capacidade. Caso contrário (não aceitando a confirmação e estabelecendo o regime puro da nulidade), o consentimento seria considerado *nulo* e necessariamente a intervenção seria tida como ilícita, já que não precedida da respectiva justificação; o que pode não ser do interesse das partes, nem da comunidade em geral.<sup>405</sup>

A *nulidade* parece ser o regime a aplicar no caso da *incapacidade de gozo de direitos*,<sup>406</sup> de que é exemplo o caso da esterilização não terapêutica, uma vez que a Lei n.º 3/ 84, de 24 de Março, estabelece uma “menoridade especial”, exigindo que o paciente seja maior de 25 anos (art. 10º, n.º 1).<sup>407</sup>

---

<sup>405</sup> Imagine-se o caso de uma criança de 10 anos que ‘consente’ no tratamento de uma cárie, vindo-se a apurar, mais tarde, que os titulares do poder paternal confirmam essa autorização.

<sup>406</sup> No ensino de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, p. 151, tratar-se-ia de uma “Restrição à capacidade”, já que não se trata aqui de uma “incapacidade em sentido técnico, que se baseiam numa inferioridade natural do incapaz e visam a protecção deste” (p. 152). A p. 185 afirma o Professor de Lisboa: “pode haver *restrições* da capacidade em função da idade ainda após os 18 anos. Só são elegíveis Presidente da República os cidadãos maiores de 35 anos (art. 122º CRP).”

<sup>407</sup> No domínio de incapacidades de gozo de direito tradicionalmente consideradas pela doutrina (e não será por acaso que se referem a actos pessoais(!)), a sanção para a incapacidade de testar é a *nulidade* (art. 2190º). “A incapacidade de testar é considerada uma incapacidade de gozo de direitos, logo a solução natural é a *nulidade*”, afirma MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 217. Porém a anulabilidade é a sanção para o casamento e a perfilhação em casos de incapacidade (1631º, a) e 1861º). Na verdade, o legislador sempre que necessário escapa ao rigor da arquitectura pandectística, corrige os enunciados da Parte Geral. Também o intérprete deve ter a abertura metodológica para fazer a investigação prático-normativa por forma a discernir o regime mais adequado.

Para uma crítica à Parte Geral, vide Orlando de CARVALHO, *A Teoria geral da Relação Jurídica, Seu Sentido e Limites*, I, pp. 73 ss. e MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, 89 ss. Em sentido favorável, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 103 ss., CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º vol., 1978, pp. 109 ss., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, p. 31; Heinrich HÖRSTER, *Teoria...*, pp. 141 ss. e CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 162 ss.

#### 1.4.1. Um caso particular – capacidade para consentir na doação *inter vivos* de órgãos e tecidos

O consentimento é encarado pela lei como um aspecto fundamental para a transplantação *inter vivos* de órgãos e tecidos humanos, sendo mesmo "inaceitável a consideração de outras causas de justificação" (*v.g.*, o direito de necessidade<sup>408</sup> ou mesmo o consentimento presumido)<sup>409</sup>. Assim, "o médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o receptor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva<sup>410</sup> e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente" (art. 7º da Lei n.º 12/93, de 23 de Abril).

O regime da colheita em vida parte da distinção fundamental entre *substâncias regeneráveis* e *substâncias não regeneráveis*. A colheita das segundas só é admissível quando houver entre o dador e receptor *relação de parentesco até ao 3º grau* (art. 6º, n.º 2).<sup>411</sup> Ou seja, exclui-se a possibilidade de transplante entre cônjuges, amigos ou de transplantes anónimos.

Nuno Oliveira defende a inconstitucionalidade deste regime, argumentando que viola o *princípio da proporcionalidade*, o *direito geral de personalidade* e o *direito à autodeterminação bioética*.<sup>412</sup>

Na verdade, a lei tem sido posta em causa pelas associações de doentes (sobretudo do foro renal)<sup>413</sup> e quer ao nível do direito comparado<sup>414</sup>, quer ao nível do direito do Conselho da Europa não há uma limitação tão rigorosa quanto na lei portuguesa. Nomeadamente, a CEDH Bio não faz exigências nessa matéria e o *Protocolo Adicional sobre Transplantações* admite a transplantação quando haja uma "*relação de proximidade existencial*", remetendo, embora, para a lei interna a definição dessa mesma relação, ou mesmo, na

<sup>408</sup> PAULA FARIA, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto, 1995. p. 28.

<sup>409</sup> PAULA FARIA, *Aspectos ...*, p. 244.

<sup>410</sup> PAULA FARIA, *Aspectos ...*, p. 28, afirma que o potencial dador deve ser informado não só dos perigos típicos da intervenção, como todos os pensáveis (nomeadamente os riscos de sobrevivência com apenas um órgão), bem como acerca da margem de sucesso ou fracasso do transplante a efectuar.

<sup>411</sup> Mas a dádiva nunca é admitida quando, com elevado grau de probabilidade, envolver a diminuição grave e permanente da integridade física e da saúde do dador (art. 6º, n.º 4 da Lei n.º 12/93, de 23 de Abril).

<sup>412</sup> Nuno OLIVEIRA, "Inconstitucionalidade do Artigo 6.º da Lei sobre a Colheita e Transplante de Órgãos de Origem Humana", *Scientia Iuridica* – Tomo XLIX, 2000, n.ºs 286/288, p. 262.

<sup>413</sup> As Associações e representantes dos pacientes renais têm-se manifestado contra este regime restritivo. Especialmente, contesta-se que os esposos e amigos próximos sejam proibidos de doar um rim, não por razões médicas (histocompatibilidade), mas por razões legais. De modo totalmente não fundamentado, Madalena LIMA, *Transplantes...*, p. 9 ss. e 165 ss., defende uma interpretação ampla da lei, aceitando os esposos como doadores. Concordo com VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, 2001, p. 154, que afirma que só após intervenção do legislador esta solução é possível. De *jure condendo*, é de assinalar que se o chamamento do cônjuge é admitido na maioria dos países, já a definição de uma *relação de proximidade existencial* tem sido fonte de muitos conflitos na Alemanha.

<sup>414</sup> *Vide* Nuno OLIVEIRA, "Inconstitucionalidade do Artigo 6.º ...", *cit.*, p. 251 ss.

ausência desta relação, em condições a definir pela lei interna e com a aprovação de uma autoridade independente (art. 10º).<sup>415</sup>

De todo o modo, como o próprio Autor indica, o Tribunal Constitucional alemão decidiu no sentido da não inconstitucionalidade de normas do direito alemão, também elas restritivas da capacidade para consentir. Essas normas, que limitam a capacidade para doação entre vivos, estabelecem um meio adequado, necessário e proporcional por forma a evitar os perigos do tráfico de órgãos.<sup>416</sup> O tribunal assinalou a importância do consentimento livre e da gratuidade da doação, que seriam colocadas em perigo se a doação entre não familiares fosse permitida.

É verdade que a nossa lei é especialmente restritiva, nomeadamente se a compararmos com a lei alemã, mas poder-se-á entender que o regime positivado está ainda dentro do *âmbito de conformação do legislador* da matéria em causa. De todo o modo, penso que, em sede de revisão legislativa,<sup>417</sup> se poderia expandir um pouco mais o leque de potenciais receptores, ao cônjuge e a outras pessoas com uma relação de proximidade existencial.<sup>418</sup>

Ao nível da sanção, no caso de se realizar uma colheita ilegal, porque o dador não tem a relação de parentesco exigida por lei, o médico pratica uma ofensa à integridade física (art. 70º, n.º1 do CC) já que o consentimento é *nulo*, porque, neste caso, há uma *incapacidade de gozo* do direito de consentir.<sup>419</sup> Trata-se de uma *incapacidade relativa*, já que a pessoa pode consentir, mas apenas em benefício de determinadas pessoas e não de outras.

---

<sup>415</sup> Art. 10 - “Organ removal from a living donor may be carried out for the benefit of a recipient with whom the donor has a *close personal relationship* as defined by law, or, in the absence of such relationship, only under the conditions defined by law and with the approval of an appropriate independent body.”

Portugal já assinou (a 21-2-02) mas não ratificou este Protocolo. Apenas a Geórgia ratificou este instrumento, pelo que este ainda não se encontra em vigor (cfr. art. 31, que exige 5 ratificações, 4 delas de Estados membros do Conselho da Europa).

<sup>416</sup> *Vide* Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 18 de Agosto de 1999, *apud* Nuno OLIVEIRA, “Inconstitucionalidade do Artigo 6.º ...”, *cit.*, p. 253. Cfr. ainda FRISCH, “Einwilligung...”, Homenagem a Albin Eser.

<sup>417</sup> Especialmente, se o Estado Português ratificar o Protocolo Adicional relativo ao Transplante de Órgãos Humanos.

<sup>418</sup> No Brasil, a Lei 9.434/1997 (art. 9) permite a doação gratuita de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo (forma escrita e com testemunhas), ou *em qualquer outra pessoa*, mediante *autorização judicial*, dispensada esta em relação à medula óssea.”

<sup>419</sup> No plano criminal, trata-se de uma *ofensa à integridade física grave* (art. 144º do CP) já que o eventual consentimento viola os bons costumes (art. 149º CP). A nossa lei não prevê qualquer tipo legal de crime de tráfico de órgãos. Nem há uma sanção penal para o caso de remuneração da colheita. O art. 16º da Lei 12/93 limita-se a fazer uma remissão genérica para a responsabilidade penal, civil e disciplinar. Pode-se colocar a hipótese da prática do tipo legal de crime de Associação Criminosa (art. 299º), se o médico é membro de uma organização cujo escopo é cometer crimes. Este tipo pretende proteger a paz pública e é um crime de perigo abstracto (FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, II, p. 1157). O tráfico de órgãos pode – parece-me - ser considerado crime organizado. Embora não haja legislação específica sobre tráfico de órgãos, o direito relativo à *criminalidade internacional* (A Convenção EUROPOL, anexo 2, enuncia o tráfico de órgãos e tecidos

## 2. Vícios de forma

Um outro vício que pode afectar o consentimento é o não respeito pela forma legalmente exigida (cfr. *infra* § 45, 2.), sancionado, nos termos do art. 220º CC, com a nulidade. Ora, se considerarmos o consentimento nulo (por vício de forma) a intervenção deverá ser considerada arbitrária, logo ilícita e geradora de responsabilidade do médico. Tal sanção pode afigurar-se excessiva perante a realidade concreta.

Pode ser muito relevante, a este propósito, a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem*. As primeiras são as exigidas sob pena de nulidade do negócio. “A sua falta é de todo irremediável. São, em suma, absolutamente insubstituíveis por qualquer outro género de prova.”<sup>420</sup> As segundas existem “nos casos excepcionais em que resultar claramente da lei que a finalidade tida em vista ao ser formulada certa exigência de forma foi apenas a de obter prova segura acerca do acto e não qualquer das outras finalidades possíveis do formalismo negocial (obrigar as partes a reflexão sobre as consequências do acto, assegurar o reconhecimento do acto por terceiros ou o seu controle no interesse da comunidade, etc.).”<sup>421</sup>

Os casos em que a lei exige consentimento escrito consistem, em regra, numa formalidade *ad probationem*. Assim, o documento “pode ser substituído por *confissão expressa*, judicial ou extrajudicial, contando que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório (n.º 2 do art. 365º CC).” Ora, obviamente que a confissão depende “da lisura e honradez da outra parte.”<sup>422</sup>

---

humanos como um dos campos de actuação da EUROPOL. Cfr. DR, I-A, 19/9/97) e *branqueamento de capitais* (Lei 10/2002, de 11 de Fevereiro) inclui o tráfico de órgãos e tecidos humanos como uma das actividades criminais que devem ser perseguidas. As Nações Unidas aprovaram, em 2000, o *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Conventions Against Transnational Organised Crime* (este Protocolo foi realizado em conjunto com a *Convention Against Transnational Organised Crime* e o *Smuggling Protocol*, em Dezembro de 2000 pela Comissão das Nações Unidas contra o Crime (*UN Crime Commission*). Pela primeira vez as Nações Unidas definem num documento vinculativo o conceito de tráfico de pessoas e inclui a colheita de órgãos: “Trafficking in persons’ shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the *removal of organs*.”

<sup>420</sup> Cfr. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, *Facto Jurídico*, em especial do *Negócio Jurídico*, Coimbra, 1987, pp. 145 e ss.

<sup>421</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, pp. 436-437.

<sup>422</sup> Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral...*, vol. II, p. 146.



Em termos práticos, o registo no *dossier* clínico da prática do consentimento informado ou a prova testemunhal desse consentimento não permitirá suprir a falta de forma legalmente exigida, já que tal hipótese não encontra arrimo legal.<sup>423</sup>

Em Espanha, apesar de a *Ley General de Sanidad* exigir, no art. 10, n.º 6, a forma escrita do consentimento para a realização de qualquer intervenção (salvo em caso de urgência, incapacidade do doente ou risco para a saúde pública), a doutrina e a jurisprudência advogam que *não é necessário* qualquer requisito especial de índole formal para a validade do consentimento.<sup>424</sup> O consentimento informado é um procedimento gradual e sobretudo verbal. Naturalmente, o consentimento escrito facilita a prova, mas é importante notar que a jurisprudência do país vizinho tem aceite outros meios de prova, precisamente porque não quer transformar o consentimento “numa exigência com caracteres de requisito *ad solemnitatem*” - como afirmou a Audiência Provincial de Saragoça, na decisão de 14 de Setembro de 2000. De entre esses outros meios de prova, destaca-se a confissão da prova da informação, e a convicção do julgador de que se realizou o consentimento informado para uma intervenção (neurocirúrgica), tendo por base a história clínica e os escritos apresentados pelo próprio paciente. Noutros casos, os juizes espanhóis fundamentam-se em testemunhas, muitas vezes em conjunto com a história clínica.<sup>425</sup>

É louvável o esforço pretoriano realizado pela jurisprudência espanhola, no sentido de procurar alcançar a decisão justa com base nos meios de prova disponíveis. Todavia, em regra, não me parece que seja possível ultrapassar as exigências da lei portuguesa, que só em casos contados exige a forma escrita. Ainda assim, se ficar provado em processo que houve um autêntico consentimento informado, apenas ‘manchado’ com o vício de forma, pode o tribunal avaliar o grau de culpa do médico que não cumpriu estes requisitos legais e no caso de se tratar de negligência leve, atenuar o montante da indemnização nos termos do art. 494º CC. Por outro lado, esta poderá ser uma situação privilegiada para aplicar a

---

<sup>423</sup> Na doutrina penal, FIGUEIREDO DIAS, *Comentário....*, I, p. 196, entende, relativamente à interrupção voluntária da gravidez, que “a omissão de um tal procedimento – salvo o caso de urgência – conduza à insubsistência da indicação e subsequentemente à afirmação da ilicitude da interrupção e não apenas a uma qualquer contra-ordenação que não afectasse a justificação.”

<sup>424</sup> Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 115-117, com várias indicações jurisprudenciais: do Contencioso-Administrativo da *Audiencia Nacional*, de 8 de Novembro de 2000, da *Audiencia Provincial de Zaragoza*, de 14 de Setembro de 2000, da *Audiencia Provincial de Málaga*, de 30 de Julho de 1999, do Tribunal Supremo, de 5 de Fevereiro de 2001; do Tribunal Supremo, de 2 de Novembro de 2000 e, em França, a *Cour de Cassation*, de 4 de Abril de 1995.

<sup>425</sup> Cfr. jurisprudência em GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 118-119.

doutrina do comportamento lícito alternativo, que poderá culminar com uma forte atenuação ou exclusão da responsabilidade.<sup>426</sup>

## Secção II – Ónus da Prova e Consentimento Informado

### § 19. Ónus da prova do consentimento

Como é sabido, distingue-se entre um *ónus da prova subjectivo* e o *ónus da prova objectivo*. O primeiro determina a parte sobre a qual recai o ónus de apresentar a prova de um facto controvertido; o segundo determina a parte sobre a qual incide o risco de falta de prova desse facto. “Normalmente, o risco da falta de prova de um facto (o chamado *non liquet*) recai sobre a parte onerada com a demonstração desse facto. Quer dizer: se a parte tem o ónus de prova de um determinado facto e não realiza essa prova, essa falta de prova implica, conforme se dispõe no art. 516º CPC, uma decisão desfavorável a essa mesma parte onerada. Perante a falta de prova do facto, ficciona-se a prova do facto contrário e decide-se com base nesta ficção: como a decisão tem por fundamento esse facto contrário ficcionado, ela é naturalmente desfavorável à parte onerada com a prova.”<sup>427</sup>

Todavia, no nosso direito é a feição objectiva do ónus da prova que mais releva. “Por um lado, a lei concede ao juiz (art. 264º, n.º3 CPC) o poder de realizar, por si só, ou de ordenar oficiosamente, todas as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quantos aos factos alegados pelas partes e quanto àqueles de que o tribunal pode conhecer *ex officio*. Por outro lado, ao apurar a verdade sobre os factos relevantes para a decisão, o juiz deve tomar em conta todas as provas produzidas, quer elas tenham emanado ou não da parte sobre que recaia o ónus da sua produção (art. 515º CPC: *princípio da aquisição processual*)”.<sup>428</sup> Assim, o nosso sistema, respeitando embora o *princípio do dispositivo* no tocante à alegação dos factos, aceita uma linha de orientação diferente (o princípio do inquisitório) em relação à prova dos factos alegados.<sup>429</sup>

O ónus da prova é, em geral no direito, uma matéria decisiva na resolução concreta dos litígios. Ora, nesta matéria – responsabilidade médica por violação do consentimento

---

<sup>426</sup> KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, I<sup>3</sup>, p. 182, em termos gerais para uma situação de consentimento inválido, entende que este não afasta a ilicitude do acto, mas pode diminuir a pretensão indemnizatória do autor.

<sup>427</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, *cit.*, p. 129.

<sup>428</sup> ANTUNES VARELA/ Miguel BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 451.

<sup>429</sup> VARELA/ BEZERRA/ NORA, *Manual de Processo Civil*, p. 449.

informado - a determinação do *onus probandi* é ainda mais importante, por várias razões. Estamos a tratar de factos em que, em regra, há pouca exposição pública: a relação médico-paciente acontece num ambiente de privacidade, de resguardo e alguma sacralidade. Como afirma Michael Jones, o médico está protegido pela bata branca e o doente, muitas vezes, está quase nu debaixo de um lençol.<sup>430</sup> Esta imagem, na força quase agressiva que contém, representa a situação de debilidade em que em geral o paciente se encontra no momento de receber a informação e de prestar o consentimento.<sup>431</sup> Para além disso, a ilicitude reside nestas acções, num *não cumprimento* ou *cumprimento defeituoso* de uma *prestação de facere* cujo objecto não é fisicamente palpável: estamos a lidar apenas com palavras, com informações e conselhos. A prova é, pois, difícil, e ainda mais se pensarmos em termos de prova de facto negativo, em que esse *non facere* não é demonstrável por processos mecânicos, físicos ou químicos.<sup>432</sup>

Na doutrina têm vindo a ser apresentados argumentos contraditórios.

Na Alemanha, os tribunais superiores, incluindo o tribunal constitucional têm apelado à necessidade de trazer às acções de responsabilidade médica uma igualdade de armas (“*Waffengleichheit im Prozess*”),<sup>433</sup> ou uma igualdade na aplicação do direito (“*Rechtsanwendungsgleichheit*”).<sup>434</sup>

Tradicionalmente, nos países latinos, entendia-se que esta prova estava a cargo do paciente. Parte-se do raciocínio de que aquele que invocar um direito tem de fazer a prova dos factos *constitutivos* do direito alegado (art. 340º, n.º1 CC).<sup>435</sup> Ora aqui o direito em causa seria o direito a uma indemnização por intervenção médica arbitrária (isto é, sem consentimento). Assim, o Autor teria de provar a realização da intervenção médica, a falta de consentimento e os danos daí causalmente resultantes. Esta doutrina obrigaria, pois, o

---

<sup>430</sup> Michael JONES, “Informed Consent and Other Fairy Stories”, *Medical Law Review*, 7, Summer, 1999, p. 129. “the client is at the disadvantage being naked, apart from a flimsy robe”.

<sup>431</sup> Este é um facto estudado pelos sociólogos da saúde. Cfr. Graça CARAPINHEIRO, *Saberes e Poderes no Hospital*, 1993, p. 197 que sintetiza: “a forma de violência simbólica associada ao exercício do acto clínico revelou-se de forma significativa na própria organização do espaço físico reservado aos doentes, na exposição física dos doentes perante o colectivo dos médicos dos serviços, nas reuniões clínicas em que o seu caso está a ser discutido e de, a propósito do trabalho médico de produção dos sintomas que conduzem ao diagnóstico, o discurso espontâneo do doente ser forçado a traduzir-se no discurso clínico codificado da medicina.”

<sup>432</sup> Não se trata de provar que o Réu não construiu um muro ou não tapou uma janela ou não praticou a intervenção cirúrgica, etc, antes de provar que não foram prestadas determinadas informações.

<sup>433</sup> Cfr. RATAJCZAK/ STEGERS (Schriftleitung), «*Waffen-Gleichheit*» - *Das Recht in der Arzthaftung*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2002, *passim*.

<sup>434</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 981.

<sup>435</sup> O direito português segue a chamada *teoria normativa*, segundo a qual a repartição do ónus da prova observa a *função constitutiva* ou *extintiva (lato sensu) do facto a provar* quanto ao direito invocado na acção. Na distribuição do ónus da prova não assume qualquer relevo o carácter geral ou excepcional do facto que se pretende provar, isto é, a frequência estatística da verificação desse facto - TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus...”, *cit.*, p.131.

paciente a fazer a prova de que não prestou o consentimento. Ora, chama-se, na literatura processualista, a este fenómeno a *prova de facto negativo*.

Por outro lado, já concluímos que a intervenção sem consentimento (ou o consentimento sem informação adequada) traduz-se tecnicamente numa *ofensa corporal*. Assim sendo, como ensina Deutsch, a intervenção pressupõe – para ser lícita - o *consentimento informado* do paciente, pressupõe que se verifique a existência de uma *causa de justificação*. A causa de justificação da ilicitude deve ser vista como um *facto impeditivo* do direito invocado. Concretizando, a acção do médico só é lícita se se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, será o médico a suportar o ónus da prova.<sup>436</sup>

Por força destes e outros argumentos, nos últimos anos, tem-se verificado uma evolução da jurisprudência nos países latinos (Espanha, França, Bélgica) que tende a impor ao médico a prova de que recebeu correctamente o consentimento do paciente.<sup>437</sup>

O problema discute-se, sobretudo, a propósito da prova de que o médico não prestou todas as informações devidas.

## § 20. O ónus da prova da prestação da informação

A prova da falta de informação é ainda mais difícil do que a prova da ausência do consentimento. Nestes casos, que são os mais frequentes nos tribunais estrangeiros, o paciente prestou o consentimento, mas este está viciado em virtude da falta dos esclarecimentos juridicamente exigidos, isto é, não se verifica a perfeição de todos os requisitos do consentimento. No direito português e no direito comparado têm sido esgrimidos argumentos num e noutro sentido, mas a orientação absolutamente dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

### 1. Direito comparado

Em *Espanha*, a jurisprudência mais recente, superando vacilações iniciais, já assentou em que é ao médico, e não ao paciente, que incumbe provar que houve

---

<sup>436</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78.

<sup>437</sup> Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade médica, em especial por *má prática*, vide Petra MORK-SPIESS, *Beweiserleichterungen im Behandlungsfehlerprozess unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspreschungsentwicklung zur Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehler*, Bochum, Universitätsverlag Brockmeyer, 1998, *passim*.

informação, e como foi prestada.<sup>438</sup> Este critério é actual, pacífico e unânime e vigora quer perante a medicina privada, quer na medicina pública. Afirma o Tribunal Supremo (em aresto de 4 de Abril de 2000) “*es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración*”.

Fazer recair o ónus da prova sobre o paciente era impor-lhe uma *prova diabólica*, já que se trataria de *provar um facto negativo*, isto é, que não se lhe deu a necessária informação, nem outorgou o respectivo consentimento informado. Para o médico, pelo contrário, trata-se de provar um facto positivo, de que pode deixar registo na história clínica do paciente. O *onus probandi* do consentimento informado recai sobre o médico, atendendo a razões de flexibilidade, normalidade e facilidade probatória, dada a sua situação de primazia, dado que para ele resultará mais fácil deixar o registo dos termos do mesmo (“*mayor aptitud para la prueba por parte del médico*”).<sup>439</sup> Como afirma o tribunal espanhol: “*la carga de la prueba del deber de información recae sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguirla*”.<sup>440</sup> Segue-se assim a teoria do Tribunal Constitucional espanhol sobre a disponibilidade da prova por alguma das partes e a possibilidade de acesso à mesma, isto é a teoria da “*facilidade probatória*”.

Esta distribuição do encargo probatório, mais que considerações de princípios teóricos, deve ser *flexível* e obedecer a critérios práticos e, em concreto, à proximidade real das fontes de prova. Atribui-se a cada parte o ónus da prova daquilo que, segundo a experiência, deve estar mais próximo de cada parte (*princípio da normalidade e oportunidade da prática da prova*). Consequentemente, a cada parte corresponde a prova do que conforme as regras da experiência lhe for mais fácil provar, a fim de manter o *princípio da igualdade no processo*. Em sentido semelhante, na Argentina vigora a chamada doutrina da “*carga dinámica de la prueba*” ou “*prueba compartida*”, que faz recair sobre quem se achar em melhor situação de carrear ao processo os elementos tendentes a obter a verdade objectiva, o dever de o fazer.<sup>441</sup>

---

<sup>438</sup> ÁNGEL YAGÜEZ, Prólogo..., XV. Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 130, com inúmera jurisprudência. A jurisprudência contrária é muito minoritária.

<sup>439</sup> Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1999, *passim*.

<sup>440</sup> Tribunal Supremo, arestos de 19-4-1999 e de 28-12-1998, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 128.

<sup>441</sup> Na doutrina argentina, cfr. GHERSI, *Responsabilidad por prestación médico-asistencial*, Buenos Aires, 1992; ZUCCHERINO, *La praxis médica en la actualidad*, Buenos Aires, 1994; WEINGARTEN, *Responsabilidad por prestaciones odontológicas*, Buenos Aires, 1997. Para a Colômbia, CASTAÑO DE RESTREPO, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Santa Fe de Bogota, 1997. Para esta última autora, tanto a obrigação de informar como a de obter a vontade do paciente, como factos objectivos, constituem *obrigações de resultado mínimo*, enquanto que a de informar adequadamente e de obter o consentimento idóneo

No direito espanhol, como vimos, a obtenção do consentimento informado é parte integrante das *leges artis* médicas. Ora isso tem relevo nesta questão, já que, de acordo com a doutrina majoritária, a violação do consentimento informado pode e deve ser apreciada *oficiosamente* pelos tribunais, sem necessidade de ser invocado pelas partes.<sup>442</sup>

Em França, a jurisprudência tradicional é encabeçada pela decisão do *Cour de Cassation*, de 29 de Maio de 1951. Este Tribunal considerou que o paciente tem o ónus da prova da falta de *consentimento*, e isso pela necessária confiança que deve presidir às relações existentes entre o médico e o seu paciente.<sup>443</sup> Esta orientação estava em conformidade com o princípio segundo o qual compete à parte que invoca um cumprimento defeituoso a obrigação de fazer a prova das suas alegações (*actori incumbit probatio*).<sup>444</sup>

### i) Nova Posição. “Revirement” da Jurisprudência francesa e a *loi du 4 mars*

Em França, assistiu-se a uma reviravolta na jurisprudência em matéria de ónus da prova do esclarecimento.<sup>445</sup> A *Cour de Cassation* (decisão de 25 de Fevereiro de 1997 – ‘*arrêt Hédreul*<sup>446</sup>’) decidiu que não era o doente que tinha de provar que não fora devidamente esclarecido, *mas sim o médico que tem que produzir a prova de que cumpriu o seu dever*, isto é, de que

ou a vontade relevante juridicamente são *obrigações de meios*. Também no Uruguai e na Colômbia os tribunais fazem recair sobre o médico o ónus da prova. Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 129.

Na doutrina brasileira, *vide* Miguel KFOURI NETO, *Culpa Médica e ónus da Prova- Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ónus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 51 e ss.

<sup>442</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 133, com jurisprudência espanhola. Contudo, este entendimento não é pacífico e, em muitos casos, os tribunais recusam-se a averiguar a falta de informação por tal envolver uma mudança do pedido, alterar a causa de pedir e por violar as garantias de defesa e *igualdade de armas* das partes no processo.

<sup>443</sup> Neste caso o paciente não foi informado adequadamente. Pensava que a operação se destinava a corrigir uma simples fractura do fémur, mas sofreu a amputação da perna por apresentar um osteosarcoma. SAVATIER, AUBY PEQUINOT, *Traité de Droit Médical*, Paris, 1956, pp. 229 ss. criticaram esta solução ao entender que tal solução era demasiado simplista.

<sup>444</sup> Esta posição ainda recentemente era adoptada pelos tribunais belgas: Tribunal de Apelação de Anvers, de 15 de Junho de 1994: “le patient qui prétend que le médecin lui a donné une information insuffisante supporte la charge de la preuve”; Anvers, 21 de Fevereiro de 1997: “le patient a la charge de la preuve du défaut d’information ainsi que du défaut de consentement dans l’hypothèse où il aurait reçu l’information”; Tribunal de Apelação de Bruxelas, de 29 de Março de 1996: “la partie qui invoque un fait constitutif d’une faute, à savoir l’absence d’information suffisante de la part du médecin, en supporte la charge de la preuve” - Cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 69.

No direito norte-americano também se entende que “the burden of proof lies with the patient to show that disclosure was inadequate and that the undisclosed information was a *proximate cause* of the harm or injury” – afirma WEAR, *Informed Consent*, p. 18.

<sup>445</sup> O *Tribunal Administrativo de Estrasburgo* (21 de Abril de 1994) já havia decidido que a prova de que a informação foi suficiente recai sobre o médico.

<sup>446</sup> O Tribunal condenou o médico que efectuou uma colonoscopia a uma paciente para exeresse de um pólipó, por ter resultado dessa intervenção uma perfuração intestinal, de que o paciente não tinha sido previamente informado. A razão desta condenação não reside na falta de perícia do médico, mas sim na omissão da obrigação de informação ao paciente sobre dito risco de perfuração no decurso daquela intervenção.

informou o paciente dos riscos do tratamento que vai realizar.<sup>447</sup> Assim, incumbe ao médico o ónus de provar que realizou correctamente a sua obrigação de informar.<sup>448</sup> O Tribunal justificou esta nova orientação pelo princípio de *meilleure aptitude à la preuve*, ele próprio ligado ao princípio geral de *collaboration des parties au procès dans l'administration de la preuve*. O paciente tem, sem dúvida, mais dificuldades em provar um facto *negativo* que o médico em provar um facto *positivo*.<sup>449</sup>

Para além desta explicação, outros dois factores contribuem para esclarecer esta opinião. Por um lado, podemos considerar que a obrigação de fornecer uma informação completa e adequada reveste para o médico uma *obrigação de resultado*, contrariamente à obrigação de tratamento.

Em segundo lugar, a razão subjacente a esta mudança da jurisprudência estará numa análise que encara a obrigação de informação como elemento de um consentimento válido, o qual justifica a ofensa à integridade física, que constitui, em si, o tratamento. Nesta óptica, o consentimento do paciente é requerido, e deve necessariamente ser precedido de uma informação adequada; cabe ao médico provar as *condições de licitude* da sua acção, entre aquelas se encontra a prestação de informações.<sup>450</sup>

Após esta evolução jurisprudencial, hoje não persiste qualquer dúvida quanto ao *onus probandi* da informação, uma vez que a *loi du 4 mars* (L. – 1111-5 CSP) vem proclamar que:

*“En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen”.*

Pelo lado do médico, a jurisprudência francesa tem admitido que se lance mão da prova por presunções. Como afirma Sargos “o recurso às presunções apresenta a vantagem de poder aplicar-se a todas as situações anteriores à inversão do ónus da prova e limitar, por esta via, as consequências que poderiam resultar excessivas.”<sup>451</sup> Entre nós, também

---

<sup>447</sup> Cfr. Suzanne GALAND-CARVAL, in FAURE/KOZIOL, *Cases on Medical Malpractice From a Comparative Perspective*, Springer, 2001, p. 106. DUPUY, *L'information médicale*, p. 118, nota que esta decisão pode ser vista como um regresso a uma jurisprudência e doutrina de há mais de 40 anos e que foi abandonada pela *Cour de Cassation* em 29 de Maio de 1951.

<sup>448</sup> Em matéria de responsabilidade médica e no que respeita particularmente à obrigação de informação do médico, esta funda-se agora na alínea 2 do artigo 1315 do *Code civil*, que dispõe: “celui qui se pretend libéré (de l'exécution d'une obligation) doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation”.

<sup>449</sup> Cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 70.

<sup>450</sup> Cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 70.

<sup>451</sup> SARGOS, “Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient”, *Médecine et Droit*, 27, nov-dec, 1997, pp. 1-3.

Figueiredo Dias e Sinde Monteiro<sup>452</sup> chamam à atenção que “o juiz pode ter em conta na apreciação da prova as chamadas “presunções judiciais, simples ou de experiência” (artigos 349º e 351º CC), que são as ilações que o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido, e que se inspiram nas “máximas da experiência, nos juízos de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana”. Esta prova por presunções está, segundo os Autores, muito próxima da *prima facie Beweis* germânica e da doutrina anglo-saxónica da *res ipsa loquitur*. Este raciocínio deve valer não só para os casos de erro médico, mas também para os litígios relativos ao consentimento informado. De forma mais específica, Sinde Monteiro (no seu ensino) entende que a prova do consentimento pode ser facilitada se se concluir que *no serviço em causa há certos procedimentos que não são respeitados*.<sup>453</sup>

Assim, o paciente não fica isento do esforço probatório. Numa decisão da *Cour de Cassation*, o tribunal considera que, embora impenha sobre o médico o ónus da prova ao analisar a problemática da informação, neste caso a paciente estava informada do risco de embolia mortal.<sup>454</sup> Para tanto seguiu o regime da *prova por presunções* prevista no artigo 1.353 do *Code Civil*, pois comprovou-se que a paciente tinha mantido diversas conversações com o seu médico, tomou tempo de reflexão muito amplo antes de se decidir a efectuar a intervenção, tendo apresentado dúvidas e ansiedade antes da intervenção. Considerou o tribunal que as dúvidas e ansiedade demonstradas pela paciente antes da intervenção fazem presumir que esta estava perfeitamente informada dos riscos da operação.

A jurisprudência *belga* também considera que é ao médico que incumbe a prova da informação dada ao paciente. Neste sentido, a decisão do Tribunal de Liège, de 30 de Abril de 1998, é bastante expressiva na sua fundamentação: “a obrigação do médico de obter o consentimento livre e esclarecido do paciente explica-se pela necessidade de um exercício efectivo por parte da paciente do seu *direito de livre disposição do seu próprio corpo*, pela *boa fé* que deve caracterizar o desenvolvimento da relação terapêutica e pelo dever de acompanhamento que assume o médico face à sua cliente.” Acrescenta o tribunal que

---

<sup>452</sup> *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31.

<sup>453</sup> A elasticidade da presunção judicial já tem sido testada nos nossos tribunais. O Acórdão do STA, de 9-3-2000, (www.dgsi) decidiu que: “não tendo os lesados alegado que a recusa de aceitação da prestação de cuidados de saúde por parte do paciente resultou de incumprimento do dever de informação por parte do médico, está vedado extrair a conclusão da violação desse dever, mediante *presunções judiciais*, apenas com base na irracionalidade dessa recusa.” Resulta deste sumário, que o STA entendeu, neste Acórdão, que sobre o paciente (ou os lesados) impende o ónus da prova do defeituoso cumprimento do dever de informar.

<sup>454</sup> O Tribunal francês absolve um ginecologista que aconselhou uma paciente jovem a realizar uma celioscopia, para investigar se havia uma etiologia ovárica que explicava a sua esterilidade actual. Como consequência dessa intervenção, ela sofreu uma embolia gasosa mortal por migração do gás insuflado até aos vasos cerebrais.



“uma intervenção cirúrgica constitui um acto ilegítimo se o médico não obteve anteriormente o consentimento esclarecido do paciente. Daí resulta que o médico, que está legalmente e contratualmente obrigado a informar, antes de obter o consentimento livre e esclarecido do paciente, tem o ónus de provar a execução dessa obrigação. Por outro lado, a prova pode-se realizar por todos os meios legais, incluindo as testemunhas e as presunções. A existência de um formulário estandardizado não atesta por si só que haja um consentimento esclarecido do paciente, entre outras razões quando o documento não é suficientemente explícito e se os termos não são compreensíveis para um leigo ou uma pessoa de nacionalidade estrangeira.”<sup>455</sup>

A consequência desta posição é que os médicos passam a ter interesse em dispensar a informação por escrito para pré-constituir a prova de que cumpriram a sua obrigação. Mas, como veremos, mais do que a banalização do formulário, deve-se investir no cumprimento de outro dever legal: o de *registo das informações clínicas* e o *bom preenchimento do dossier clínico*. Este é a melhor meio de prova para os médicos.

Na *Alemanha*, é pacífico que sobre o médico impende ónus de provar que preencheu os pressupostos do consentimento justificante e isto quer a acção se funde em responsabilidade contratual, quer extracontratual. Assim terá o médico de provar que deu os esclarecimentos devidos, com todas as circunstâncias relevantes para o caso, as alternativas, as consequências e os riscos, etc.

Havendo violação do dever de esclarecimento, automaticamente o consentimento é ineficaz, e assim toda a intervenção médica é tida como ilícita. Basta, pois, a *alegação* por parte do paciente nesse sentido e o médico tem – como pré-condição da causa de justificação do consentimento<sup>456</sup> – o ónus da prova de que esclareceu adequadamente o paciente. Se o médico não conseguir provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de uma causa de justificação, recai sobre ele todo o risco de responsabilidade da intervenção médica, bem como os fracassos da intervenção, os efeitos secundários não controláveis e outros danos resultantes da intervenção.<sup>457</sup>

## 2. Direito português

Na doutrina portuguesa não há ainda unanimidade de opiniões. Alguns Autores entendem que o paciente tem o ónus da prova de que não prestou o seu consentimento ou não foi devida e cabalmente informado antes de consentir. Baseiam-se, fundamentalmente,

<sup>455</sup> Cfr. LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, pp. 70-71.

<sup>456</sup> Assim, TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, *cit.*, p. 289.

<sup>457</sup> Cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78; LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 507; e GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arztpflicht*, p. 158.

no princípio de que “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado” (art. 342º, n.º1 do CC).<sup>458</sup> Outros<sup>459</sup>, porém, entendem que o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, pelo que “*a prova dos factos impeditivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*”, isto é, o ónus da prova do consentimento, como *causa excludora da ilicitude*, cabe ao médico (art. 342º, n 2 do CC).

Numa palavra, o consentimento é uma causa de justificação, e a informação adequada um pressuposto da sua validade; pelo que poderemos considerar o consentimento em termos probatórios como um *facto impeditivo*, daí resultando que, nos termos do art. 342º, n.º 2, a prova destes factos compete àquele contra quem a invocação é feita, isto é, ao médico. Por outro lado, a doutrina processualista ensina que a prova de factos negativos se trata de uma *prova diabólica*.

Tendo em conta o princípio do equilíbrio processual, da impossibilidade da prova do facto negativo, a facilidade relativa da prova para o médico (já que este é um perito e o paciente é um leigo<sup>460</sup>) e os exemplos do direito estrangeiro, nomeadamente as recentes evoluções nos países latinos, entendo, com Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro, Costa Andrade e Capelo de Sousa que o *onus probandi* do cumprimento do dever de informar e do dever de obter o consentimento recai sobre o réu.<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “Prática médica, informação e consentimento”, in *Coimbra Médica*, 14, 1993, p. 170; VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 432.

<sup>459</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, pp. 193 e ss., FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 39, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 458 ss. e CAPELO de SOUSA, *DGP*, p. 221, nota 446.

<sup>460</sup> TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, *cit.*, p. 292..

<sup>461</sup> Manuel de ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976 p. 201, ao analisar o tema do ónus da prova, acentua que *não há temas probatórios fixos*. “O *onus probandi* competirá a um ou a outro desses sujeitos, conforme a posição em que esteja na relação processual.” Segundo ANDRADE, se a contraparte (isenta de vícios da vontade), num contrato anulável por erro ou por dolo, propuser uma acção de simples apreciação, pretendendo a afirmação da plena validade do contrato, suportará o ónus da prova. Veja-se o paralelo que se pode estabelecer com a situação que nos ocupa. Se o Autor (*v.g.*, o paciente) invoca que os danos que sofreu (à saúde e à autodeterminação) resultam de uma intervenção arbitrária (sem consentimento ou sem o devido esclarecimento), o Réu (médico) irá contra-alegar que obteve o consentimento válido e isento de vícios. *Neste momento, a situação do médico é semelhante à de um Autor numa acção de simples apreciação em que se pede o reconhecimento da validade do contrato. Assim sendo, é este que tem de provar que o consentimento é válido*. Acrescenta ANDRADE, *ibidem*, p. 202, que a circunstância de um facto ter sido afirmado pela parte a quem não cabia o respectivo ónus não altera a repartição do ónus da prova. Assim, o facto de o Autor (paciente) invocar que o consentimento estava viciado por falta de informação não o onera com o ónus da prova.

## **PARTE III – A DINÂMICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

Estando agora na posse dos conceitos básicos e da filosofia que preside ao consentimento informado, iremos, nesta terceira parte da dissertação, estudar a *dinâmica* deste instituto, analisando detalhadamente os seus diversos elementos: a capacidade, o dever de informação e o consentimento propriamente dito.

Estranhará o leitor o desequilíbrio que possa haver entre a dimensão desta terceira parte, relativamente às anteriores. Tal facto explica-se em virtude de agora analisarmos com profundidade e extensão questões que atrás apenas ficaram enunciadas ou em que se assumiram respostas, quase apoditicamente, como verdadeiras e correctas, mas cuja justificação se impõe. Na verdade, a Parte II desta dissertação teve em vista transmitir ao leitor as grandes linhas do instituto e as opções dogmáticas que estão na base dos desenvolvimentos que agora se transmitem. Para além disso, tomei a opção de não me ficar por uma teoria geral do consentimento informado, antes mergulhei em algumas áreas concretas e problemáticas, como a esterilização, os ensaios clínicos e os transplantes de órgãos e tecidos, entre outras, para, dessa forma, melhor desenvolver uma doutrina de carácter geral, ao nível, por exemplo, da presença do tribunal e da família nos cuidados de saúde, do exacto alcance do dever esclarecimento e do verdadeiro significado e limites do postulado do consentimento livre.

# CAPÍTULO I – A CAPACIDADE PARA CONSENTIR

## Secção I - Adultos com plena capacidade

### § 21. O Adulto capaz: o titular do direito ao consentimento

Dada a natureza *peçoalíssima* do bem jurídico em jogo, de que apenas o paciente é titular, é naturalmente este quem tem o direito de consentir na intervenção médica, sempre e quando a sua capacidade de julgamento e discernimento o permita. Expropriar uma decisão tão pessoal equivaleria a *reificar* o Homem, o que é de todo inadmissível.

O exercício do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde e da livre disposição da integridade física deve ser regido pelo princípio da autonomia. Sempre que a pessoa tiver capacidade para consentir, deve ser ela, com plena soberania, quem decide sobre os cuidados de saúde a adoptar.

### § 22. O papel da família

#### 1. O direito à privacidade impõe-se mesmo face à família

O consentimento e a informação devem ser dados e recebidos do paciente *peçoalmente*.<sup>462</sup> É irrelevante, do ponto de vista jurídico, o consentimento dos familiares. Mesmo do ponto de vista deontológico pode observar-se que no Código de Deontologia Médica Europeia não consta qualquer referência aos familiares.

Num tempo de proclamação do multiculturalismo, impõe-se que a vontade do paciente seja fruto de uma convicção pessoal do indivíduo, e não da decisão e das orientações de uma comunidade ou grupo de pertença. O médico deve, em tal caso, procurar uma conversa pessoal em condições de reserva com o paciente.<sup>463</sup> Esta posição parece sustentada em estudos sociológicos que mostram que a família do doente se apresenta como um obstáculo à revelação de toda a verdade.<sup>464</sup>

---

<sup>462</sup> SANTOSUOSSO, *Il Consenso informato*, Milão, 1996, p. 27.

<sup>463</sup> SANTOSUOSSO, *Il Consenso informato*, p. 27. Entre nós, relatam os médicos dos serviços de medicina intensiva que alguns pacientes, nomeadamente “Testemunhas de Jeová”, mudam de opinião quanto à utilização de transfusões sanguíneas em caso de perigo e vida, quando são levados para enfermarias reservadas sem acesso dos familiares.

<sup>464</sup> TAMBURINI, “Dall’informazione alla comunicazione”, in SANTOSUOSSO, *ob. cit.*, p. 69, que expõe vários estudos que mostram que a família é avessa a que se informe o paciente com toda a verdade.

Todavia, sobretudo nos países latinos, a realidade prática e alguma deontologia mais conservadora fazem apelo à participação da família na decisão terapêutica. Em Espanha, o polémico art. 10.5 da *Ley General de Sanidad* indica que a informação deve ser dada ao *paciente e aos seus familiares ou próximos*<sup>465</sup>. Trata-se de uma solução altamente contestada pela doutrina, já que apenas o paciente é titular do direito, existindo por parte do médico uma obrigação de confidencialidade de toda a informação relacionada com o seu processo e com a sua estadia nas instalações de saúde (art. 10.3 da *Ley general de Sanidad*).<sup>466</sup> Só em caso de *incapacidade* do paciente haverá lugar a tal informação aos seus familiares ou próximos.<sup>467</sup> Contudo, a *Ley 41/2002* de 14 de Novembro (em vigor desde Maio de 2003) e a legislação autonómica da maior parte das Comunidades espanholas corrigiu esta deficiência, sendo o paciente, ele mesmo, o titular do direito à informação e do direito de prestar o consentimento.<sup>468</sup>

Esta evolução do direito espanhol é muito relevante, pois cai assim, depois das modificações do direito italiano<sup>469</sup> e francês, o grande bastião de uma suposta cultura latina, na qual a família poderia ter acesso privilegiado à informação, mesmo sem o concurso da vontade do paciente.<sup>470</sup>

Entre nós, o CDOM prevê que "o médico deve procurar esclarecer o doente, a *família* ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar" (art. 38º). É bastante equívoca a referência à família como titular do direito à informação. Só em casos especiais (quando estejamos perante menores ou eventualmente incapazes adultos) se poderá colocar a hipótese de alguns membros da família serem titulares de um verdadeiro direito à informação. Não pode esta norma

---

<sup>465</sup> Art. 10.5 da *Ley General de Sanidad*: "A que se le dé en términos comprensibles, a *él y a sus familiares o allegados*, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento."

<sup>466</sup> GALÁN CORTÉS, *ob.cit.*, p. 74.

<sup>467</sup> A *Ley* fala em "allegados", termo este de enorme imprecisão e que gera as maiores dúvidas na doutrina.

<sup>468</sup> Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob.cit.*, p. 75 ss. A *Ley 41/2002* admite que as pessoas próximas do doente (familiares ou outros) possam ser informadas apenas quando o paciente o permita de maneira expressa ou tácita. O *Código Deontológico do Conselho de Colégios de Médicos da Catalunha* de 1997 dispõe, no art. 24, que "o médico informará as pessoas próximas do paciente quando este assim o autorize ou quando o médico intua que não existe a possibilidade de uma compreensão lúcida por parte do paciente."

<sup>469</sup> O Código deontológico italiano de 1989 não dava aos familiares qualquer poder de decisão mas previa a possibilidade de o médico que tinha decidido não informar o paciente, dar aos familiares a informação necessária. O Código Deontológico italiano, aprovado em 1995, não oferece qualquer relevo aos familiares.

<sup>470</sup> Cfr. Eduardo OSUNA / LORENZO/ PÉREZ-CÁRCELES/ LUNA, "Informed Consent: Evaluation of the Information Provided to Elderly Patients", *Med Law* (2001) 20: 379-384: após uma pesquisa de campo realizada a 200 pacientes com idades médias de 74 anos concluem que a informação era sobretudo transmitida à família e que a informação que se fornece ao paciente idoso é insuficiente para servir de base a um consentimento. Os autores advogam que o paciente, mesmo idoso, tem o direito a receber informação adequada para dar o seu verdadeiro consentimento.

legitimar indevidas violações do sigilo médico, pois o doente tem direito à sua privacidade mesmo perante a sua família.

Claramente neste sentido, na doutrina penal, Costa Andrade afirma: “também o médico não pode, contra a vontade do seu paciente, comunicar aos familiares deste que ele sofre de uma doença particularmente grave, para que tentem convencê-lo a aceitar os tratamentos que poderiam salvá-lo.”<sup>471</sup>

A família, porém, ocupa um lugar de grande importância na prestação de cuidados de saúde. É sobre ela que, muitas vezes, recai o encargo de tratar o doente – o que aliás tem relevância jurídica<sup>472</sup> – pelo que pode ser positivo que a família esteja informada sobre determinados aspectos da doença e do processo terapêutico em curso.

A sensibilidade para este problema foi evidenciada pela recente *lei de 4 de Março*, em França.<sup>473</sup> Aí se dispõe que, em caso diagnóstico ou prognóstico grave, o segredo médico não se opõe a que *a família, as pessoas próximas da pessoa doente ou a pessoa de confiança previamente nomeada pelo doente possam receber as informações necessárias, com vista a permitir-lhes dar ao paciente o melhor apoio*. Todavia, a lei salvaguarda a hipótese de o doente querer guardar reserva absoluta e se opor a que tal comunicação seja realizada.<sup>474 475</sup>

Segundo Kuhlmann, “o titular do esclarecimento é em princípio o próprio paciente. Portanto para a validade do consentimento de um paciente *capaz*, não basta informar o cônjuge, os familiares ou um eventual representante legal do paciente. Um tal esclarecimento, pode, contudo, *complementarmente* ao esclarecimento do paciente e respeitando os deveres de sigilo médico, revelar-se de grande significado e bastante *razoável* (*sinnvoll*) em termos práticos, sobretudo no domínio do *tratamento de idosos*.”<sup>476</sup> O dever de sigilo não será violado no caso, de resto frequente, de o próprio paciente se fazer

<sup>471</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, art. 195º, §40, p. 798.

<sup>472</sup> Cfr. Art. 1672º e 1674º, n.º1: “O dever de cooperação importa para os cônjuges o dever de socorro e auxílio mútuos...” e o art. 1874º, n.º 1” Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”.

<sup>473</sup> O Código Deontológico francês admite a transmissão de informações aos familiares do doente: Art. 34 - “Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient *et son entourage* et s’efforcer d’en obtenir la bonne exécution”.

<sup>474</sup> Cfr. DUPUY, *L’information médicale*, 2002, pp. 58 e ss. O autor analisa o específico problema da revelação do diagnóstico de HIV à família.

<sup>475</sup> O Código de deontologia médica francês considera que “*Un pronostic fatal ne doit être révélé qu’avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite*” (art. 35. al. 3). Esta norma admite que se comunique com terceiros sem comunicar com o próprio paciente. Por outro lado, a palavra “proche” substitui a palavra “família”, utilizada no Código anterior, o que abrange qualquer pessoa vivendo com o paciente, incluindo um(a) companheiro(a) em *união de facto*. Ao deixar a porta aberta para terceiros nomeados pelo paciente, em alternativa aos próximos, parece estar a admitir a figura dos *health-care proxies*, admitindo assim que o paciente se pode autodeterminar previamente, nomeando a pessoa em quem ele mais confia para cuidar das suas decisões terapêuticas.

<sup>476</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 108.

acompanhar nas consultas por um familiar (cônjuge ou filho), assim dando tacitamente ao médico o direito de partilhar com esse terceiro as informações de carácter clínico.<sup>477</sup> Este esclarecimento à família pode, de resto, ser um factor de motivação do próprio paciente para a *compliance*, isto é, para seguir os tratamentos com uma atitude positiva e de vontade de superar a doença. Por outro lado, pode mobilizar a família para ajudar no tratamento e na prestação de cuidados clínicos e afectivos ao doente.<sup>478</sup>

Por outro lado, a informação que se presta aos familiares aproxima-se muitas vezes de um *esclarecimento terapêutico*, pelo que não entra em contradição com o que foi dito relativamente à titularidade exclusivamente pessoal do direito à informação.

## 2. O que é a família?

Numa época de grandes transformações do direito da família<sup>479</sup>, não é fácil definir esta entidade social e jurídica. O próprio legislador tem dado passos titubantes no sentido de ampliar o leque de relações de natureza pessoal com relevância jurídica. Assim, a Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio, adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum e a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, adopta medidas de protecção da união de facto.<sup>480</sup>

No que diz respeito ao acesso aos cuidados de saúde, o legislador não prescreveu qualquer regime especial. Todavia, no caso de união de facto, a doutrina entende que há a produção de *alguns* efeitos pessoais<sup>481</sup>, que embora distantes dos que se verificam na relação matrimonial, podem ser valorados, em conjunto, no sentido de se poder afirmar que o(a) companheiro(a) é uma pessoa com uma *relação pessoal especial* que justifica um respeito e uma protecção próxima da que é conferida ao cônjuge. Assim, *v.g.*, no caso de reprodução medicamente assistida, deve-se exigir o consentimento do companheiro<sup>482</sup>; no caso de o

<sup>477</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 107, nota 84, com bibliografia.

<sup>478</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 108.

<sup>479</sup> Sobre as transformações que se têm registado no direito da família, Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, “A Reforma do Direito da Família de Macau”, “Um direito da família europeu (play it again, and again... Europe!)” e “Queremos amar-nos mas não sabemos como!”, in *Temas de Direito da Família*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; cfr. tb. Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, *passim*.

<sup>480</sup> Sobre a natureza jurídica e o regime destes institutos, cfr. PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 2ª edição, 2001, pp. 84-116 e p. 117-120.

<sup>481</sup> Cfr. PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Curso...*, pp. 100-101.

<sup>482</sup> Cfr. A presunção de paternidade do art. 1851º, n.º 1, al. c) e o que se diz em texto (*infra*) sobre a presunção *pater ist est*.

O Projecto de Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (1986) permitia o acesso a estas técnicas às pessoas que vivam em comunhão de leito, mesa e habitação em condições análogas às dos cônjuges” (art. 6º). [Comissão par o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida* (Projectos), Centro de Direito Biomédico, 1990, p.42] Esta solução, de admitir o acesso a pessoas que vivam em união de facto *estável* “parece conforme ao sistema do nosso direito, em que os

paciente estar em estado de incapacidade para consentir, por senilidade, demência, anomalia psíquica ou intoxicação, o médico deverá tomar em consideração, em ordem a fazer um juízo de consentimento presumido, as informações que o unido de facto lhe transmite.

No caso de *vida em economia comum*, os direitos conferidos são, naturalmente, mais escassos. Todavia, parece que, no caso de o médico precisar do apoio de uma pessoa próxima, julgo que, à semelhança dos “*allegados*” a que a lei espanhola faz referência, se deverá recorrer ao contributo destas pessoas. Mais a mais quando se pode tratar verdadeiramente da pessoa com quem o paciente mantém uma relação afectivo-emocional mais densa e próxima, no caso dos *homossexuais* que, não querendo fazer prova de que preenchem os requisitos de aplicação da Lei n.º 7/2001, se limitam a invocar a lei da vida em economia comum.<sup>483</sup>

### § 23. O Papel do Cônjuge

O papel do cônjuge é frequentemente equacionado, sobretudo em matéria de saúde reprodutiva. Por vezes defende-se que o cônjuge deveria dar o seu *co-consentimento* ou, pelo menos, ter o direito a ser informado e a dar a sua opinião.

Assim, por exemplo, o CDOM exige que ambos os cônjuges sejam informados sobre a irreversibilidade da operação e suas consequências, no caso de esterilização<sup>484</sup>. Em alguns países, exige-se o consentimento do marido para se realizar uma interrupção voluntária da gravidez e o mesmo se passa no diagnóstico pré-natal. Problemas semelhantes ocorrem na doação de sémen ou de óvulos com vista a serem utilizados em reprodução assistida heteróloga.<sup>485</sup>

No âmbito do diagnóstico pré-natal, questiona-se se o consentimento deve ser prestado apenas pela grávida ou também pelo pai da criança? Ambos os progenitores são os representantes legais do nascituro (art. 1878º) e devem decidir de comum acordo. Porém

---

progenitores não casados, desde que convivam maritalmente e declarem ser essa a sua vontade, exercem o poder paternal nos mesmos termos que o exerceriam se estivessem preenchidos os pressupostos do casamento.” (p. 26). Quanto ao consentimento, este projecto referia-se, no plural, “os beneficiários”, à exigência do consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito” (art. 7º).

O mais recente projecto (Projecto de Lei n.º 90/IX (Regula as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida), de 7 de Outubro de 2002, continua a permitir o acesso às técnicas aos casais em união de facto, mas agora exige que a convivência seja superior a, pelo menos, 2 anos. O art. 11º, relativo ao consentimento, também se exprime no plural: na verdade, na procriação assistida temos uma situação excepcional em que *doente é o casal* e não apenas um dos sujeitos. O mesmo regime, de consentimento conjunto, vale para a dação do embrião a outro casal (art. 21º, n.º5).

<sup>483</sup> Para a explicação da relação de especialidade que existe entre a Lei n.º 7/2001 e a Lei n.º 6/2001, cfr. PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Curso...*, p. 118.

<sup>484</sup> Art. 54º, n.º 2, al. c) do CDOM.

<sup>485</sup> Vide Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, pp. 24 ss.



esta intervenção implica uma lesão da integridade física da mulher, pelo que se tem entendido que só a grávida deve dar o seu consentimento. Embora a participação de ambos os cônjuges deva ser encorajada, como advoga a Recomendação 13 (1993)<sup>486</sup>, é a opinião da mulher que, em último termo, deve prevalecer, como prescreve o Despacho n.º 5541/97.<sup>487</sup>

Em relação ao aborto, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem decidiu na *Petição* n.º 8416/76 que “o potencial marido-pai não tem o direito a ser consultado e recorrer ao Tribunal a propósito do aborto que a sua esposa pensa fazer na sua pessoa [...] porque é a mulher a principal interessada na continuação ou interrupção da gravidez”.<sup>488</sup> No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Americano decidiu que o pai não tem sequer o *direito a ser informado* de que a mulher está grávida e pretende levar a cabo um aborto.<sup>489</sup>

Quanto à prática de procriação medicamente assistida, devemos ter em atenção a presunção *‘pater ist est’*, do art. 1826º, n.º1, pelo que me parece razoável exigir o consentimento do marido, bem como daquele que vive em união de facto (tendo em conta a presunção de paternidade estabelecida no art. 1871º, n.º 1, al. c). É que o art. 1839º, que impede a impugnação da paternidade por parte do marido que autorizou a inseminação artificial do cônjuge, não protege o marido, mas apenas a criança (fruto de um processo de procriação medicamente assistida, com inseminação heteróloga) que venha a nascer na constância de um matrimónio.

Numa palavra, podemos afirmar hoje que o consentimento é estritamente pessoal, a relação médico-paciente não envolve terceiros, nem mesmo o cônjuge.<sup>490</sup>

Não se quer com isto obnubilar a extrema delicadeza dos problemas referidos e que será porventura recomendável que o médico favoreça a tomada de decisões conjuntas do casal. Por outro lado, se o cônjuge tomar certo tipo de decisões sem consultar o outro, poderá defender-se a violação do dever conjugal de *respeito* (art. 1672º do CC), que poderá fundamentar um pedido de divórcio litigioso.<sup>491</sup>

---

<sup>486</sup> Principle 5: “The participation of both members of the couple in the counselling sessions should be encouraged.”

<sup>487</sup> Despacho n.º 5411/97, art. 3, al. d) e o art. 144, n.º3, al. a) do CP. Cfr. Guilherme de OLIVEIRA “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas...*, p. 213-214: “Este parece ser, portanto, um assunto que compete só à mulher, e é apenas em relação a ela que os médicos têm de cumprir os seus deveres.”

<sup>488</sup> *Apud* REDE EUROPEIA, *A Saúde...*, p. 155.

<sup>489</sup> Cfr. *Planned Parenthood of SE Pennsylvania v Casey* [1992] 112 S Ct 2791 (US Sup Ct). Sobre este importante caso, em que o Supremo Tribunal norte-americano reafirmou a linha de raciocínio dominante de *Roe v. Wade*, vide DWORKIN, *Life's Dominion*, New York, Vintage Books, 1994, p. 144, 146 e 152-54.

<sup>490</sup> Para uma interessante análise do direito sul-africano, marcado por fortes contrastes sociais, vide STRAUSS, *Doctor, Patient and the Law*, 3rd edition, pp. 169 e ss., concluindo que quer a utilização de anticoncepcionais, quer a prática de esterilização pura, podem legalmente ser realizados sem o consentimento do marido, ultrapassando-se a antiga concepção de que haveria um “*mutual right of procreation*”. Já no caso de procriação artificial, o consentimento do marido tem de ser obtido por escrito (p. 182).

<sup>491</sup> Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas...*, p. 214, nota 12.

## Secção II - Os maiores inaptos a dar o seu consentimento válido em razão do seu estado físico ou mental

### § 24. Incapazes adultos com representante legal

#### 1. Os adultos incapazes: interditos e inabilitados

Como vimos, o que é decisivo quanto a saber se o paciente é chamado autonomamente a consentir ou não, não é tanto o problema de saber se os pacientes têm ou não representante legal, mas sim se são ou não capazes para consentir. De qualquer modo – como afirma Deutsch - as regras sobre a capacidade negocial são um *ponto de orientação* essencial. Tomemos então esses critérios clássicos como bússola no rumo da investigação.

Os adultos em situações de *incapacidade jurídica* estão sujeitos a um regime de *interdição* ou de *inabilitação*.<sup>492</sup> No primeiro caso, supre-se a incapacidade pela *tutela*, pelo que se verifica sempre uma situação de *representação legal*.<sup>493</sup> No caso da *inabilitação* vigora, em regra, o regime da *assistência*: neste instituto, o *curador* não pratica o acto em nome do inabilitado, apenas é chamado a *autorizar* a prática desse mesmo acto (art. 153ºCC), mas também pode o tribunal optar pela representação legal.

Há duas críticas que podemos dirigir ao regime das incapacidades no direito português. Por um lado, estas acções são processualmente demoradas e algo burocratizadas.<sup>494</sup> Por outro lado, apresentam-se pouco ágeis. O interdito fica incapaz do exercício de (todos os) direitos (cfr. art. 139º conjugado com o art. 123º CC). Trata-se de uma incapacidade *geral*. Já a inabilitação apresenta um perfil recortado a pensar na tutela dos interesses patrimoniais do inabilitado (veja-se que o art. 153º, n.º1 se refere expressamente aos *actos de disposição de bens entre vivos*).

Porém, penso que – no domínio da *inabilitação* – podemos aproveitar as virtualidades heurísticas da parte final do n.º 1 do art. 153º e do art. 954º, n.º2 CPC, normas

---

<sup>492</sup> Como é sabido, são fundamentos de interdição não só as situações de *anomia psíquica* (abrangendo, portanto, deficiências do intelecto, da afectividade ou da vontade), mas também a surdez-mudez ou cegueira, quando pela sua gravidade tornem o interditando incapaz de reger a sua pessoa e bens (art. 138º). Quando a anomia psíquica não vai ao ponto de tornar o demente inapto para a prática de todos os negócios, ou quando os reflexos da surdez-mudez ou da cegueira sobre o discernimento do surdo-mudo ou do cego não excluem totalmente a sua aptidão para gerir os seus interesses, o incapaz será inabilitado. Outras causas de inabilitação são a prodigalidade, o abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes. Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 228 e ss.

<sup>493</sup> Poderá ainda haver lugar ao instituto da *administração de bens* (artigos 1967º e ss.).

<sup>494</sup> Jurídico-processualmente as interdições e inabilitações estão reguladas nos artigos 944º e ss. CPC.

segundo as quais “a sentença especificará os actos que devem ser autorizados ou praticados pelo curador.” Embora este instituto tenha em vista sobretudo actos de índole patrimonial (cfr. art. 152º, parte final),<sup>495</sup> a letra da lei deixa espaço hermenêutico para que os tribunais limitem a capacidade de um indivíduo que padeça de anomalia psíquica, surdez-mudez, cegueira, alcoolismo ou toxicod dependência para a prática de *actos pessoais*, nomeadamente sujeitando o *consentimento* para certos cuidados de saúde, à *autorização* de um curador.

Deste modo, poderíamos, com base no direito português vigente, criar uma figura um pouco mais ágil para tutelar certas pessoas no domínio dos cuidados de saúde. Haja a ousadia de judicial e doutrinariamente ir desenhando este instituto. Naturalmente que uma intervenção legislativa, semelhante à que se aconteceu nos Países Baixos (*Wet Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen*, 1994 – “Act on Guardianship”), com a criação do *Mentor*<sup>496</sup>, isto é, um representante exclusivamente para efeitos de saúde, é o melhor caminho e a discussão dogmática relativa a este instituto urge começar.

A representação legal é considerada normalmente como um instituto de direito civil, mas alguma doutrina encontra fortes pontos de contacto e proximidade com os institutos de *direito público* que permitem uma intervenção médico-cirúrgica sem consentimento do titular.<sup>497</sup> Penso, porém que a sua integração plena no direito civil permite compreender melhor a sua razão de ser e o seu regime. A representação visa garantir os instrumentos mais adequados para que o incapaz possa actuar no tráfego jurídico.

Este instituto garante, em último termo, o livre desenvolvimento da personalidade do incapaz (art. 26, n.º 1 CRP) e, por outro lado, a realização dos seus interesses.<sup>498</sup> Assim, os *sujeitos* deste instituto são privados (representante legal), os *interesses* que visa satisfazer são também *predominantemente* particulares e não públicos. Neste sentido – o da protecção dos interesses privados do incapaz – aponta quer o regime geral da tutela (e poder paternal), que sujeita a *fiscalização judicial* os actos mais graves (artigos 1915º, 1938º, etc.), quer o regime especial do consentimento presumido (art. 340º, n.º 3 CC). Assim, a aparente

---

<sup>495</sup> Como ensina MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 237, a inabilitação abrange os actos de disposição de bens entre vivos pelo que se excluem *os actos não patrimoniais*, e os que forem especificados na sentença, dadas as circunstâncias do caso (art. 152º). A inabilitação pode, em casos contados, produzir uma incapacidade de gozo. Assim, p. ex.; cfr., para os inabilitados por anomalia psíquica, os artigos 1601º al. b), e 1913º, n.º 1, al. b), e, para os inabilitados por prodigalidade, os artigos 1933º, n.º 2, e 1970º al. a).

<sup>496</sup> Cfr. MARKENSTEIN, “Country Report The Netherlands”, TAUPITZ (Ed.), *Regulations...*, p. 747. “The Act stipulates that on behalf of incompetent adults a guardian (mentor) can be appointed by the court, who can take decisions concerning nursing, treatment and care on behalf of the incompetent.”

<sup>497</sup> Cfr. HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, pp. 127 ss.

<sup>498</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 536, “Na representação legal... não se nos depara ... qualquer contradição com a autonomia privada.”

relação de *supra-infra ordenação* que se estabelece entre o representante legal e o incapaz não se compagina com uma concepção de *ius imperii*,<sup>499</sup> e isso ainda menos no domínio da saúde, onde avulta o *princípio da participação do incapaz* na tomada de decisão e, em certos casos, se sustenta a existência de *direitos de veto* ou mesmo de *co-consentimento*. E com isto vai dito também o essencial do seu regime: trata-se de um *poder funcional*, ordenado à satisfação dos interesses do incapaz.<sup>500</sup> Note-se, aliás, que o CC foi extremamente sensível aos aspectos relacionados com a saúde do incapaz, ao estabelecer, no art. 145º, que “*o tutor deve cuidar especialmente da saúde do interdito.*”

## 2. A incapacidade negocial não determina necessariamente a incapacidade para consentir

A moderna doutrina defende que – no domínio do consentimento para intervenções médicas – mesmo estando nomeado um representante do paciente, o médico não deve presumir a incapacidade deste para consentir. Decisivo é apenas se o representado na *concreta situação* possui capacidade para consentir.<sup>501</sup>

Assim, o primeiro passo será sempre o de aferir a capacidade para consentir. Concluindo-se pela incapacidade, deve-se apelar ao representante legal. Esta incapacidade terá lugar, sobretudo, no caso de interditos por *anomalia psíquica* ou, excepcionalmente, de inabilitados *por anomalia psíquica* se na sentença o juiz declarar o inabilitado incapaz para estes efeitos. Ou seja, de entre todos os interditos e inabilitados, parece-me que, *prima facie*, serão os portadores de anomalia psíquica os que mais frequentemente estarão numa situação de incapacidade para consentir.

Sem dúvida que os que abusam de *bebidas alcoólicas* ou de *estupefacientes* poderão, nos momentos de intoxicação, estar *incompetentes*, mas tal releva da sua condição fáctica momentânea e não do seu estatuto jurídico de inabilitados.

Já os interditos por *cegueira* e *surdez-mudez*, embora para terem sido interditos “se mostrem incapazes de governar as suas pessoas e bens” (art. 138º), mais frequentemente terão capacidade para consentir em intervenções médicas. Na verdade, embora careçam de uma atenção especial no modo de transmitir a informação e de esclarecimento dos

---

<sup>499</sup> A teoria da posição relativa dos sujeitos não é a mais adequada para distinguir o direito privado do direito público. Cfr. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...*, pp. 9 ss.

<sup>500</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 81, “Inversamente [ao poder discricionário da administração] nos “poderes-deveres” referidos [representação legal] o que o sistema presume é... uma natural compenetração desses distintos interesses, dados os laços afectivos que unem o pai ao filho, o tutor ao pupilo, um cônjuge ao outro e o administrador ao administrado...”

<sup>501</sup> Cfr. HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, p. 137, com bibliografia concordante; e KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 143.

problemas médicos em causa, são pessoas com *capacidade de decidir sobre valores, capacidade para compreender os factos, capacidade para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida* (Amelung).

Quanto aos inabilitados por prodigalidade, o ponto de partida é, indubitavelmente, o de que estes deverão se considerados capazes, salvo prova em contrário.

Tal *interpretação*, aliás, é a única *conforme à Convenção*, já que esta apela à protecção jurídica no domínio bioético, não dos incapazes civis (interditos ou inabilitados), mas sim dos *maiores que careçam, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção* (art. 6º, n.º 3 CEDHBio).

A própria lei, por vezes, distingue entre os incapazes por anomalia psíquica dos outros, como acontece no art. 8º, n.º 5 da Lei 12/93, de 22 de Abril, que cria um regime especial para “os incapazes por razões de *anomalia psíquica*”.

Na medida em que o incapaz possa compreender a situação, isto é, esteja em condições de perceber o porquê do tratamento ou intervenção cirúrgica, seu significado e consequências, deverá não apenas ser informado como *prestar o seu consentimento*. É esse o comando da parte final do n.º3 do art. 6º da CEDHBio: “a pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.”<sup>502</sup> No direito alemão, o paciente deve ser informado, mesmo no caso de ter um representante legal por forma a que possa comunicar os seus desejos (*Wünsche*) ao representante (nos termos do §1901, 1, 2 BGB), bem como, acrescento, para poder exercer o seu direito de veto.<sup>503</sup>

No caso de incapacidade para consentir, impõe-se que o representante legal seja informado e que o seu consentimento seja obtido. O representante tem o direito a receber as informações nos mesmos termos que a pessoa capaz para consentir (art. 6º, n.º4 CEDHBio) e a autorização pode a qualquer momento ser retirada no interesse do incapaz (art. 6, n.º5 CEDHBio).

### **3. Redução teleológica das normas de direito da saúde relativas ao consentimento dos incapazes**

Por vezes, a lei parece ir mais (demasiado) longe e estende o regime da representação a *todos os incapazes*, como acontece no art. 10º, n.º 4 e n.º 5 do Decreto-Lei n.º

---

<sup>502</sup> No mesmo sentido, a nova lei francesa de 4 de Março: “Le consentement du mineur ou du *majeur sous tutelle* doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.”

<sup>503</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 108.

97/94, de 9 de Abril [Ensaio Clínicos] e no art. 9º, n.º 6 do Projecto-Lei sobre Informação genética pessoal, apresentado pelo Bloco de Esquerda a 23 de Maio de 2002.<sup>504</sup>

Ora, tal solução parece ser exagerada e contrária aos princípios enunciados. Parece-me que não faz sentido limitar a autodeterminação em cuidados de saúde destas pessoas, apenas porque foram sujeitas a um regime de interdição ou inabilitação. Na maior parte destes casos (surdez-mudez, cegueira, prodigalidade, abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes) a pessoa manterá a sua *capacidade para consentir*. Assim sendo, na interpretação destas normas deverá estar sempre presente a ideia de que “a pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização” (art. 6º, n.º 3 CEDH Bio).

Mas penso que se deve ir ainda mais longe defendendo uma *redução teleológica*<sup>505</sup> dessas normas. Ou seja, o legislador concorda *implicitamente* com a categoria da *capacidade para consentir* e quando se refere a incapacidade, na legislação de direito da saúde, está a pressupor este conceito de incapazes para consentir (*incompetentes*) e não a incapacidade negocial (regulada nos artigos 123º e 139º CC).

*Brevitatis causa*, apesar de a letra da lei oferecer espaço hermenêutico para se aplicar a todos os incapazes, penso que só deve valer para os *interditos por anomalia psíquica* e aos *inabilitados por anomalia psíquica*, se a sentença de inabilitação assim o impuser<sup>506</sup>, e ainda

---

<sup>504</sup> Segundo este Projecto, os incapazes não podem realizar testes pré-sintomáticos, preditivos, pré-natais e testes de estado de heterozigotia. Parece-me excessiva esta proibição, se entendermos incapazes no sentido clássico do CC: a englobar menores, interditos e inabilitados. Penso que esta norma iria discriminar as pessoas incapazes. Por exemplo, se A, menor de 17 anos, deseja casar com B, porque razão não poderá realizar um teste de estado de heterozigotia relativamente à talassemia? Se D, de 39 anos, é interdita por surdez-mudez e está grávida, porque razão lhe está vedado o acesso à medicina pré-natal em ordem a averiguar se o feto sofre de alguma trissomia? Da mesma forma, se J, inabilitada por toxicod dependência, deseja realizar um teste preditivo do cancro da mama. Já me parece razoável que se vede o acesso a um teste pré-sintomático de uma *doença de manifestação tardia e incurável* aos menores e aos interditos por anomalia psíquica. Neste mesmo sentido, relativamente aos menores, veja-se a regulamentação actualmente em vigor no Despacho n.º 9108/97 (DR, 2ª Série, 13-10-1997), art. 7.2, al. b) “Em caso de não ser possível uma intervenção médica para minorar, atrasar ou impedir as consequências clínicas, não se justifica a realização de exames.”

Verifica-se neste projecto uma intenção louvável de protecção dos incapazes, mas que pode ter efeitos perversos. Não sendo adequado nesta sede desenvolver uma crítica a alguns aspectos deste Projecto de Lei, gostaria de acompanhar a seguinte reflexão geral de REILLY, “Genetic Discrimination”, in Clarisa LONG (Ed.), *Genetic Testing and the use of information*, Washington D.C., The AEI Press, 1999, pp. 106 e ss: “A well-intentioned effort to combat a relatively small problem – genetic discrimination – has “demonised” genetic testing and may create a net loss to the health of the (American) people by turning them away from testing technologies that could help to improve health and sometimes save lives.”

<sup>505</sup> Sobre a redução teleológica, vide LARENZ/ CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª Auflage, Springer, 1995, pp. 210 ss.

<sup>506</sup> VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 199, nota 5, sugere que na interpretação da norma referente aos ensaios clínicos abarque apenas os interditos. “Os inabilitados por anomalia psíquica serão representados se a sentença que decretou essa incapacidade tiver prevenido a autonomia mitigada para o seu governo...” O Autor admite implicitamente que os interditos por razões de cegueira ou surdez-mudez pudessem ficar, *a priori*, sujeitos ao regime de representação, o que significa ainda um servilismo aos esquemas de pensamento da incapacidade *negocial* e com o qual precisamente não concordo.

assim respeitando os princípios de maximização da autonomia e de protecção dos incapazes contra actos danosos dos seus representantes agora referidos.<sup>507</sup>

Assim, as normas em análise serão adequadas aos fins que pretendem atingir se realizarmos uma interpretação conforme à doutrina que venho expondo: estamos a falar de incapacidade para consentir, um ramo autónomo da capacidade jurídica, distinto do seu congénere, referente à capacidade negocial, pelo que as formas de suprimento da incapacidade negocial não devem ser utilizadas para suprir as situações de incapacidade para consentir senão quando esta, no caso concreto, se verifique e isso só acontecerá, *presumivelmente*, perante interditos por anomalia psíquica ou menores (de 14 anos).

Na mesma linha de raciocínio, penso que quando a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, proíbe a *dádiva de substâncias não regeneráveis* a menores e a *incapazes* (art. 6º, n.º 3), deve esta mesma norma ser objecto de *redução teleológica*, de modo que apenas se deverá presumir a incapacidade dos interditos (ou inabilitados, quando a sentença assim o preveja) por *anomalia psíquica*. Deste modo entendo ser lícito, por exemplo, que um inabilitado por prodigalidade ou um interdito por cegueira possa fazer a doação de um órgão não regenerável, nos termos gerais.

Também na Alemanha se entende que, se o interdito ou inabilitado tem capacidade para consentir é este que deve prestar o consentimento. Deve-se recusar a hipótese de, em regra, se optar por um *co-consentimento* (do paciente *capaz para consentir* e do seu representante legal) já que isso violaria a vontade do legislador e viola o *direito de autodeterminação* do sujeito. Só quando o interdito ou inabilitado é incapaz para consentir, deve decidir o representante.<sup>508</sup>

Do exposto resulta 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.

---

<sup>507</sup> Em alguma medida, a incapacidade para consentir aproxima-se bastante da capacidade para testar. Segundo o art. 2189º CC, são incapazes de testar, *os interditos por anomalia psíquica*. Neste sentido, para o direito alemão, HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, p. 143.

<sup>508</sup> TAUPITZ, 'Landesbericht Deutschland', in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 322-333 e KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 144.

## § 25. Incapazes adultos sem representante legal

### 1. Enunciação do problema: quem autoriza a intervenção?

Frequentemente o médico está perante uma pessoa em estado de *incapacidade de facto*. Essa incapacidade pode derivar de várias situações: pode ser pontual, no caso de um ferido ou doente em estado de inconsciência; pode ser duradoura, no caso, por exemplo, de doente mental que já atingiu a maioridade mas em relação ao qual não foi requerida a interdição ou inabilitação e pode ainda ser definitiva, como acontece nos casos de senilidade<sup>509</sup> ou dos pacientes em estado vegetativo crónico.

Temos assim três grandes grupos de pacientes e que acontece serem grupos que frequentemente recorrem aos serviços médico-hospitalares: os acidentados em estado de inconsciência; os doentes com anomalia mental grave (ainda sem representante legal) e os pacientes em fim de vida (em estado de demência ou mesmo já de vida vegetativa). Todos estes casos têm duas características comuns: não têm *capacidade para consentir* e não têm representante legal atribuído.

Levanta-se a difícil questão de saber quem deverá autorizar a intervenção médica, já que o próprio não tem capacidade para o fazer. Deverá decidir o próprio médico? A família? Um representante voluntário previamente escolhido? Dever-se-á recorrer a um suprimento judicial (agora junto do Ministério Público)? Deveremos respeitar as directivas antecipadas ou a nomeação de um representante para cuidados de saúde? A teoria do *consentimento presumido* ou mesmo do direito de necessidade não resolveriam por si todos os problemas? Dever-se-á dar início a um processo urgente de interdição ou inabilitação?

### 2. O envelhecimento da população nas sociedades ocidentais

De entre todos os grupos referidos, o caso dos incapazes devido a senilidade causada pelo avanço da idade é dos mais problemáticos para quem trabalha nos hospitais e merece aqui uma atenção especial.<sup>510</sup> Com efeito, as sociedades hodiernas debatem-se com um problemas novos derivados do grande aumento da esperança de vida.

---

<sup>509</sup> Já houve mesmo quem colocasse a hipótese de se criar uma *idade máxima de capacidade*. Assim, como os menores de 18 anos são incapazes, também o seriam os maiores de 70 anos! Naturalmente que, com a inversão da pirâmide demográfica, como bem nota KUHLMANN, *Einwilligung ...*, p. 223, haveria a dada altura dificuldade em encontrar *tutores* para tantos incapazes (!); e, sobretudo, é óbvio que uma tal proposta criaria uma injustificada *discriminação* e uma *estigmatização* das pessoas dessa faixa etária, que é sabido, na sua grande maioria, governam com total autonomia a sua pessoa e desempenham funções relevantes para a sociedade.

<sup>510</sup> Só na Alemanha calcula-se que haja 700.000 a 800.000 pessoas padecendo de demências; destes 500.000 a 600.000 sofrem da doença de Alzheimer (cfr. KUHLMANN, *Einwilligung ...*, p. 1.)



Ainda ontem, no virar do século XIX para o século XX, a esperança de vida na Europa rondava os 42 anos<sup>511</sup>, agora calcula-se que uma em cada duas meninas, nascidas hoje, chegará aos 100 anos de idade. O morrer, por seu turno, está cada vez mais hospitalizado, institucionalizado e desumanizado. Cerca de 70% das pessoas em França e 80% nos EUA morrem nos Hospitais.<sup>512</sup> Já não se morre mais no lar, em família.<sup>513</sup> Esse acto último da vida é travado em batalha com e contra máquinas e baterias de medicação, que tornam o sujeito algo indefeso perante o instrumentário terapêutico que lhe é proposto e imposto. Fala-se na desapropriação do moribundo da sua própria morte. A morte, aliás, num plano mais geral, tornou-se no último tabu. Os próprios rituais da morte, como o luto, começam a desvanecer-se.

São realidades que apelam à intervenção e à criatividade dos juristas. Merece destaque, a este propósito, a *Recomendação 1418* (1999), sobre a *Protecção dos direitos humanos e a dignidade dos doentes terminais e moribundos*.<sup>514</sup> que se propõe adoptar medidas necessárias para dar eficácia ao direito da pessoa em fase terminal ou moribunda a uma informação verdadeira e completa, porém proporcionada com compaixão, sobre o seu estado de saúde, respeitando, se for o caso, o desejo do paciente a não ser informado. Este importante documento recomenda que deve ficar plenamente garantido que *nenhum doente terminal ou moribundo seja tratado contra a sua vontade*, garantindo que a sua vontade não seja limitada por

---

O caso dos acidentados, como veremos é a maior parte das vezes coberto pela urgência (art.8º da CEDH/Bio), como veremos *infra*; e o dos doentes mentais é especialmente regulado pela Lei de Saúde Mental, que também será objecto de uma breve referência *infra* §63.

<sup>511</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 1. A diminuição da natalidade associada ao aumento da esperança de vida levará a uma modificação da pirâmide etária; representada em termos gráficos, ela passa da figura de *cebola* para a de um *cogumelo*, com a população com mais de 65 anos de idade a atingir, dentro de uma geração, os 30% da população global. O que por vezes é analisado com grande cepticismo, mas *deve antes ser olhado como uma vitória da humanidade e com grande optimismo*: a cada homem e a cada mulher estão a ser dadas condições de saúde, higiene e alimentação que lhe permitem “*escrever a sua biografia*” (DWORKIN); cumpre a todos nós lutar para que estas sejam feitas com liberdade, igualdade e fraternidade. Os problemas económicos (potencialmente graves) que esta inversão da pirâmide etária acarreta, e que já se verificam claramente em países como o Japão e a Itália, apelam à criatividade do Homem para que se consiga mais uma revolução industrial (agora talvez da *robótica*) – cfr. a interessantíssima análise de Paul WALLACE, *O Terramoto Geracional: uma viagem na montanha russa demográfica*, Edições Europa-América, 2001.

Para análise dos dados estatísticos referentes a Portugal, vide [www.ine.pt](http://www.ine.pt). Em 1997, residiam em Portugal cerca de um milhão e meio de indivíduos com 65 anos e mais, ou seja, 15,1% da população total residente no país, dos quais 59% eram mulheres. Entre 1990 e 1997, o envelhecimento da população portuguesa reforçou-se, quer pela redução da população jovem, quer pelo crescimento populacional nas idades mais avançadas. O número de mulheres com 65 e mais anos é superior ao número de mulheres com menos de 15 anos, desde 1995.

<sup>512</sup> LOPES BRITO/ LOPES RIJO, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal*, Almedina, 2000, p. 19 afirmam que 90% da população, nas sociedades ocidentais, morre em hospitais. Segundo Jean-Pierre DUPRAT, “Le consentement anticipé aux soins pour malades graves, un aspect de la protection des personnes âgées dépendants”, *JCP*, n.º 50, 12 décembre 2001, p. 2289, 300.000 pessoas em França padecem de uma demência ligada à velhice.

<sup>513</sup> Para uma análise muito prática das relações jurídicas estabelecidas em ‘lares de repouso’, vide Michael GANNER, *Heimvertag – Rechtsgeschäfte im Heim*, Wien, Verlag Österreich, 2001.

<sup>514</sup> Adoptada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 25 de Junho de 1999.

pressões económicas, e respeitando a *recusa* a um tratamento específico recolhido nas *directivas antecipadas* ou *testamento de vida* destes pacientes.<sup>515</sup>

O *Código de Deontologia europeu*, aprovado em Paris em 5 de Junho de 1987 pela Conferência Europeia das Ordens dos Médicos, aponta caminhos no que respeita à assistência aos moribundos. Afirma o art. 12 que o médico pode, em caso de doença incurável e em fase terminal, limitar-se a atenuar o sofrimento físico e moral do paciente, fornecendo-lhe os tratamentos apropriados e conservando o mais possível a sua qualidade de vida.

Efectivamente, há hoje um consenso generalizado: a mera sobrevivência, independentemente das condições e da qualidade de vida do paciente, não é um objectivo em si. Por outro lado, exige-se uma refundamentação do princípio da autonomia, que atenda ao ser humano global e ao longo de todo o seu percurso de vida. As situações limite, isoladamente consideradas, que vêm sendo o ponto de debate jurídico e ético, devem ser inseridas numa concepção holística da doença prolongada e do idoso.<sup>516</sup>

### 3. Direito comparado

Vejamos, então, quais os modelos que têm sido usados ao nível do direito comparado para orientar os médicos e juristas nesta questão nuclear do direito médico.

A *Declaração dos Direitos dos Pacientes* afirma: “Em todas as situações em que o paciente é incapaz de dar o seu consentimento esclarecido ou em que nenhum representante legal foi designado pelo paciente para este efeito, devem tomar-se medidas apropriadas para a aplicação de um procedimento que permita que se alcance uma *decisão de substituição* de base do que se conhece e, na medida do possível, do que poderia presumir-se dos desejos do paciente” (3.7.). Este documento não dando uma resposta fechada aponta um caminho que me parece devermos manter em vista: *a vontade hipotética do paciente* deve ter a primazia na escolhas que se façam.

Em *Espanha*<sup>517</sup> a doutrina e os instrumentos normativos apontam claramente para o apelo à *família*.<sup>518</sup> O consentimento deve, assim, ser prestado pelos *parentes* ou *personas*

---

<sup>515</sup> A *Recomendação 779/1976* da Assembleia do Conselho da Europa sobre os direitos dos doentes e dos moribundos, afirmava já os seguintes direitos: a) direito ao respeito da vontade do paciente acerca do tratamento; b) direito do doente à dignidade e à integridade; c) direito à informação; d) direito à cura apropriada; e) direito a não sofrer inutilmente. Cfr. Lucilla IAPICHINO, *Testamento Biológico e Direttive Anticipate*, p. 20.

<sup>516</sup> Neste sentido, vide George AGICH, *Autonomy and Long-Term Care*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1993, *passim*.

<sup>517</sup> Também na Argentina o Código de Ética, aprovado pela Confederação Médica da República Argentina, de 17 de Abril de 1955, dispõe no art. 15: o médico não realizará nenhuma operação mutilante (amputação, castração, etc.) sem prévia autorização do doente.... Exceptuam-se os casos em que o .... estado

*próximas*, ou em último termo pelo hospital.<sup>519</sup> Por outro lado, as recentes leis, quer a lei geral do país (art. 11 da Ley 41/2002, de 14 de Novembro), quer as autonómicas (Catalunha, Galiza e Estremadura) dão acolhimento à realização de directivas antecipadas.<sup>520</sup>

Em *França*, o profissional de saúde deve acorrer ao representante nomeado pelo paciente ou, subsidiariamente, aos familiares ou próximos.<sup>521</sup> O texto não exige o consentimento dos próximos, o que evita as dificuldades em casos em que não possam estar (todos) presentes, mas preocupa-se com a obtenção de informações pelo médico, nomeadamente, informações sobre os antecedentes do doente visando facilitar o diagnóstico. Os *próximos* também não têm a faculdade de se opor ao tratamento proposto pelo médico: só o doente em estado de exprimir a sua vontade pode opor-se ao tratamento (art. 36.2).<sup>522</sup> Segundo o art. 42, no caso de o adulto ter representante legal, o médico deve procurar prevenir os representantes e obter o seu consentimento. Em caso de urgência, o médico deve realizar os tratamentos necessários. Se a opinião do interessado puder ser obtida, o médico deve tomá-la em consideração em toda a medida do possível.

---

do doente não o permita. Nesse caso consultar-se-á o *membro da família mais próximo*, ou na ausência de qualquer familiar ou representante legal, depois de ter consultado e de acordo com outros médicos presentes... “O consentimento do paciente ou dos seus próximos para a realização de terapias convulsivas, neuropsiquiátricas, neurocirúrgicas e arriscadas.”

<sup>518</sup> Art. 5, n.º 3 da Ley 41/2002, de 14 de Novembro: “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, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”; Art. 9º, 3, al. a) “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.”

<sup>519</sup> O *Código de Ética e Deontologia Médica da Organização Médica Colegial* (1ª versão 1990, 2ª versão – 1999) prevê: “Se o doente não estiver em condições de dar o seu consentimento por ser menor de idade, por estar *incapacitado* ou pela urgência da situação, e *no caso de ser impossível obter o consentimento da família ou representante legal*, o médico deverá prestar os cuidados que lhe dite a sua consciência profissional” (Artigo 8.5). O *Código Deontológico do Conselho de Colégios de Médicos da Catalunha de 1997* dispõe: “O médico informará as pessoas próximas do paciente quando este assim o autorize ou quando o médico intua que não existe a possibilidade de uma compreensão lúcida por parte do paciente” (art.24).

<sup>520</sup> Na Catalunha, a Lei 21/2000 tem um regime bastante denso para regular o consentimento dos maiores incapazes. Este tem direito a ser informado em função do seu grau de compreensão, sem prejuízo de se informar também o seu representante legal. No caso de o paciente estar incapaz, por razões físicas ou psíquicas, deve o médico informar também os familiares ou as pessoas próximas. Correspondentemente, também o *consentimento* deve ser dado pelos familiares ou pelas pessoas próximas.

<sup>521</sup> A lei de 4 de Março prescreve: “Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.” No mesmo sentido, o art. 36, 3 do Código Deontológico prescreve: “*Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que les proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité*”

<sup>522</sup> MALICIER *et al.*, *ob. cit.*, p. 58.

Na *Bélgica*, a recente *lei relativa aos direitos dos pacientes* (de 22 de Agosto de 2002), adoptou o dito sistema em cascata.<sup>523</sup> O art. 14 desta lei prevê a possibilidade de o paciente ter anteriormente nomeado o seu “*mandataire désigné par le patient*”.<sup>524</sup> Caso não o tenha feito, deve ser o cônjuge não separado de facto, ou o companheiro legal ou de facto a exercer os direitos do paciente. Na inexistência destes ou perante a sua indisponibilidade devem ser chamados os filhos maiores, os pais, ou os irmãos do paciente. Em última instância delega-se no médico, ou se necessário no quadro de uma equipa pluridisciplinar, que vele pelos interesses do paciente. Por último, realce-se que o paciente deve participar no exercício dos seus direitos na medida da sua capacidade de compreensão.

Nos *Países Baixos*, o médico deve solicitar a autorização ao representante (*nomeado pelo tribunal ou pelo próprio paciente*); se este procedimento não for possível, deve-se recorrer ao cônjuge ou companheiro ou na ausência deste a um familiar próximo.<sup>525</sup> A lei criou um processo muito rápido para os problemas de representação em cuidados de saúde: *Wet Mentorschap en behoeve van meerderjarigen* de 1994. Segundo Markenstein, este representante (*mentor*) apenas toma decisões referentes aos *cuidados de saúde* (enfermagem e tratamentos médicos) em lugar do doente. A sua competência não abrange aspectos patrimoniais. A sua nomeação ocorre especialmente quando os familiares próximos não querem estar envolvidos nas decisões a tomar ou quando disputam opiniões muito divergentes. Ao contrário dos representantes informais (cônjuge, companheiro, filhos) estes *mentores* prestam contas perante o tribunal que os nomeou. Decisões extremamente pessoais, como o pedido de eutanásia estão fora dos seus poderes (ou de qualquer outro representante). Também não têm competência para requerer o internamento num hospital psiquiátrico ou numa clínica (*nursing home*).<sup>526</sup>

Na *Alemanha*, Deutsch afirma que “o consentimento do próprio paciente, mesmo quando é antecipado, é sempre preferível ao que é prestado por um representante ou por um juízo de consentimento presumido.”<sup>527</sup> O paciente é aquele que melhor decidir acerca da sua saúde e o tipo de tratamento a realizar, mesmo quando o faça antecipadamente. Por isso o consentimento antecipado é, desde há muito, reconhecido pela doutrina alemã. Este

---

<sup>523</sup> Já o ante-projecto Colla previa um sistema de informação em cascata: primeiro dever-se-ia recorrer ao representante legal designado de acordo com o Código Civil, depois à pessoa de confiança que o paciente tivesse designado; seguidamente ao cônjuge, ao companheiro, aos pais, aos filhos, e aos irmãos.

<sup>524</sup> A designação deste mandatário é efectuada por um mandato escrito específico, datado e assinado pela pessoa nomeada e pelo paciente. Este mandato pode ser revogado por qualquer das partes, desde que o façam por escrito datado e assinado.

<sup>525</sup> MARKENSTEIN, “The Codification in the Netherlands of the Principal Rights of Patients: A Critical Review, *European Journal of Health Law* 2, 1995, p. 41.

<sup>526</sup> MARKENSTEIN, “Country Report The Netherlands”, in TAUPITZ, *Regulations...*, p. 747.

<sup>527</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 82.

consentimento é especialmente importante quando o tipo de doença apresenta a possibilidade de o paciente vir a perder a capacidade para consentir na altura em que determinados tratamentos venham a ter lugar. Um exemplo claro desta situação é a das doenças psiquiátricas com surtos periódicos. Também nos casos de acidentes com traumatismos, que podem conduzir à perda de consciência por parte da pessoa, o consentimento antecipado é válido e eficaz. O consentimento também pode ser prestado por um representante nomeado pelo tribunal ou por uma pessoa a quem o doente confie as decisões relativas à sua saúde, especialmente um familiar. O Professor de Göttingen frisa que uma representação para problemas de saúde não abrange aspectos negociais, consistindo numa extensão do *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, pelo que se devem criar regras específicas.<sup>528</sup>

Na *Inglaterra* o cenário é bastante diferente: o *médico* actua sem pedir o consentimento a qualquer pessoa ou entidade, actuando de acordo com os “*best interests of the patient*”.<sup>529</sup> De todo o modo, entende-se que não se deve proceder ao tratamento se existirem provas convincentes de que o paciente teria rejeitado o tratamento. Essa prova pode resultar de uma *directiva antecipada* que se dirija a uma situação particular.<sup>530</sup> O direito inglês não reconhece um estatuto aos familiares que lhes permita dar o seu consentimento; contudo, eles devem ser envolvidos nas decisões respeitantes ao paciente sempre que possível.<sup>531</sup>

Nos *EUA*, desde há mais de duas décadas, dá-se a primazia às *directivas antecipadas*. Porém, nem sempre existe essa directiva ou ela não é aplicável, pelo que também do outro lado do Atlântico se reserva ainda um papel de destaque para a *família* decidir, substituindo o paciente. As famílias conhecem o paciente e preocupam-se com o seu bem-estar melhor

---

<sup>528</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 82. O autor apresenta, como exemplo, um caso, ocorrido em Göttingen: o paciente sofreu de um AVC. Este autorizou um diagnóstico ao cérebro, mas no caso de ser necessário alargar o âmbito da operação, deveriam os médicos comunicar com a sua esposa e esta decidiria se se prosseguia no alargamento da operação ou não. O curso da operação foi alterado, sem se questionar a esposa. Em consequência o paciente veio a sofrer de uma cegueira parcial. O tribunal responsabilizou o hospital por violação do *consentimento do representante*.

<sup>529</sup> BMA, *The Older Person: Consent and Care*, 1995, p. 18. É a doutrina que tem sido seguida desde *Re F* [1990] 2 AC 1. Entende-se que “*in law, no person can give consent to treatment on behalf of another adult.*”

<sup>530</sup> BMA, *Advance Statement About Medical Treatment, Code of Practice with Explanatory Notes*, 1995, p. 19, Segundo a BMA, (4.1.) “Common Law establishes that an *informed refusal* of treatment made in advance by an adult who understands the implications of that decision has the same legal power as a contemporaneous refusal. In order to be legally binding, the individual must have envisaged the type of situation, which has subsequently arisen. In all circumstances, a contemporaneous decision by a competent individual overrides previously statements by that person.” Neste mesmo sentido, na jurisprudência, *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] AC 789 é o *leading case*.

<sup>531</sup> BMA, *Advance Statement About Medical Treatment, Code of Practice with Explanatory Notes*, 1995, p. 20. Para uma revisão crítica deste regime *vide* Mary DONNELLY, “Decision-Making for Mentally Incompetent People: The empty formula of Best Interests?”, *Med Law* (2001) 20: 405-416.

do que ninguém; para além disso, quando o paciente nomeia um procurador de saúde, este é normalmente um familiar.<sup>532</sup> O tribunal é visto como o último recurso em situações de tratamento médico.<sup>533</sup>

#### 4. Análise estrutural

##### 4. 1. A família

A doutrina normalmente apela à intervenção da *família* do paciente.<sup>534</sup> Todavia, este critério pode ser de difícil aplicação prática por não se saber quem são os familiares e quais de entre eles deverão ser informados. Ou mesmo que se saiba quem são os familiares pode não ser possível ou praticável contactá-los em tempo útil.

As legislações mais recentes (Finlândia<sup>535</sup>, Países Baixos<sup>536</sup>, França, Bélgica, Espanha) continuam a conceder um lugar, embora de segundo plano, à família. Por vezes, ela intervém como *representante* do paciente (Espanha), outras vezes, apenas *comunicando* ao médico os gostos, as preferências e a idiossincrasia do doente, revelando a vontade hipotético-conjectural, em ordem à realização de um juízo de *consentimento presumido*.

##### 4.1.1. 'Direitos' do cônjuge.

Segundo alguma doutrina espanhola, quando o cônjuge está em situação de incapacidade de facto, *poderá o outro consentir*, visto que, muito embora não seja seu representante, em caso de doença ou lesão que exija intervenção urgente, terá de prestar o

<sup>532</sup> *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine*, apud GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 157. Alguns Estados conferiram estatuto formal à família, noutros as decisões dos tribunais reconhecem a legitimidade da participação da família como decisores por substituição (*surrogate decision makers*). Essas leis geralmente indicam o cônjuge como primeiro substituto, seguindo-se os filhos adultos, os pais, os irmãos e, finalmente, outros familiares,

<sup>533</sup> Cfr. GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 161: "It is unlikely, in the usual case, that a judge who has never met an incompetent patient would be better situated to make a decision about that person's care than competent, well-intentioned relative who has been involved in the patient's life."

<sup>534</sup> A família é o "protecteur naturel", afirmou o Tribunal da Cassação, Civil, 8-11-1955.

<sup>535</sup> *Act on the Status and Rights of Patients* No. 785, 17-8.1992, section 6 (*Patient's right to self-determination*): "If a major patient because of mental disturbance or mental retardation or for another reason cannot decide on the treatment given to him/her, the legal representative or a close family member or another close person of the patient has to be heard before making an important decision concerning treatment to access what kind of treatment would be in accordance with the patient's will. If this matter cannot be assessed, the patient has to be given a treatment that can be considered to be in accordance with his/her personal interests." (Cfr. LAHTI, "Towards a Comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finish Experience", in WESTERHÄLL/ PHILLIPS (Eds.), *Patient's Rights*, Stockholm, 1994, p. 216.

<sup>536</sup> Art. 465, 3 BwB: "If a patient who has attained the age of majority and who cannot be deemed capable of making a reasonable assessment of his interests in the matter is not under guardianship, the care provider shall fulfil the obligations to the patient arising from this part in respect of the person who is authorised in writing to act on the patient's behalf. If there is no such person or if he does not act, the obligations shall be fulfilled in respect of the spouse or other partners of the patient, unless the latter refuses, or, if there is no such person, in respect of a parent, child, brother or sister of the patient."

*auxílio* a que estão reciprocamente vinculados ambos os consortes (art. 68º Código Civil espanhol).<sup>537</sup>

Embora não concorde com a solução de que o cônjuge goza do direito de consentir, parece-me que não deverá ser indiferente para o direito o facto de o médico *não ouvir*, nem *tomar em consideração* a opinião do cônjuge do incapaz. Isto porque no direito português os cônjuges estão legalmente obrigados ao dever de respeito e ao dever de socorro e auxílio.<sup>538</sup> Do dever de respeito podemos inferir não só uma obrigação de não desrespeitar o cônjuge mas também um dever de *positivamente o fazer respeitar* perante as agressões de terceiro. A omissão do cônjuge perante ofensas (graves ou continuadas) à pessoa do outro cônjuge constituirão, sem dúvida, uma violação dos deveres matrimoniais. Quanto ao *dever de socorro e auxílio e a assistência* considero que pode configurar também, como face inversa da mesma medalha, o *direito de socorrer*, de *auxiliar* e de *assistir* o outro. Deste modo, a interferência de um terceiro que vise impedir o exercício deste direito poderá constituir um acto ilícito para efeitos de legítima defesa e pode inclusivamente acarretar responsabilidade civil.

Assim, parece ser defensável a existência de ilicitude quando um terceiro perturba ou impede o cumprimento dos deveres matrimoniais por parte de um cônjuge. *Quid juris* se o médico ignora ou actua em desconformidade com as indicações do cônjuge do paciente?

Haverá ilicitude, não por violação de um direito de representação (que, de todo, não existe), mas por violação de um *direito a ser ouvido* e o direito a fazer respeitar, socorrer e auxiliar o seu cônjuge.

Como afirmam Luna, Pérez-Cárceles e Osuna<sup>539</sup>, a razão de ser de se informar os familiares não se baseia num direito sobre a pessoa do paciente, mas antes na relação de laços afectivos e no *dever-direito* de cooperação que se estabelece em função do grau de parentesco (dever de mútua protecção, dever de cuidado, dever de assistência e as obrigações derivadas do poder paternal face aos menores de idade, bem como os deveres de tutoria dos incapazes adultos). Em qualquer caso, quando for necessário transmitir a

---

<sup>537</sup> Neste sentido, vide a decisão da Sección 10ª de la *Audiencia Provincial de Madrid*, de 13 de Julho de 1998, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 77.

<sup>538</sup> Discute-se, na doutrina, se os direitos familiares de natureza pessoal, *maxime* os direitos conjugais, gozam de eficácia *erga omnes*. Alguns autores (PEREIRA COELHO, LEITE DE CAMPOS) entendem que os direitos familiares pessoais são *direitos relativos* mas, por vezes, os estados familiares gozam de protecção absoluta, como nos casos dos arts 495º, nº 3 e 496º, nº 2. Estes artigos parecem excluir o carácter absoluto dos direitos familiares: vinculam pessoas certas e determinadas, não projectando os seus efeitos em relação a terceiros. Outros autores (ANTUNES VARELA, CASTRO MENDES, HÖRSTER) defendem uma posição diferente.

<sup>539</sup> LUNA/ PÉREZ-CÁRCELES/ OSUNA, *Conflicto derivados de la información sanitaria a los familiares del enfermo*, XIII Congreso Mundial sobre el Derecho Médico, Helsinki, 6-10 Agosto de 2000, Tomo II, pp. 702-709.

informação aos familiares do paciente e, inclusivamente, obter o seu consentimento para a intervenção médica, deverá efectuar-se aos mais próximos e não de forma indiscriminada a todas as pessoas que tenham a condição de familiares ou parentes.<sup>540</sup> Guilherme de Oliveira – muito embora perante outro contexto jurídico, onde claramente há um dever-direito de representação (a representação legal dos menores) – frisa que se deve respeitar o mais possível o poder paternal. Defende, inclusivamente, que se o médico não pedir o consentimento aos pais para realizar o tratamento a um menor, *deve responder civilmente por desrespeito pelo poder paternal do representante*.

Tal situação será ainda mais evidente quando o paciente delegou no “procurador de saúde” a responsabilidade de decidir sobre as terapêuticas a efectuar. Neste caso haveria violação do *direito à integridade moral* do próprio paciente, para além da lesão do direito de família da titularidade do cônjuge: o *direito a prestar auxílio e assistência*. Num tempo em que a ciência médica desmembrou do conceito de vida do de “vida com qualidade”, as legislações de muitos Estados vão expressamente reconhecendo relevo jurídico a estes testamentos e à figura dos novos “testamenteiros” (*Health-care proxies*).

Embora, com a devida distância face ao direito espanhol, que expressamente concede aos familiares o direito de representar o incapaz, penso que se deverá ter em linha de conta, no direito português, que os familiares, especialmente o cônjuge - a quem a lei *onerou e premiou* com vários direitos de natureza pessoal - *deve ser ouvido, e a sua opinião sobre a vontade hipotético-conjectural do paciente deve ser considerada*, em ordem a uma correcta formulação do juízo de consentimento informado.

#### 4.2. O tribunal

Nos EUA, o recurso ao tribunal está em regra reservado às situações mais graves, que mais põem em risco os direitos do incapaz, como é o caso dos “tratamentos extraordinários: aborto, esterilização, ensaios clínicos, doação de órgãos”.<sup>541</sup>

Na Alemanha, em regra, a autorização do representante legal é suficiente para legitimar a intervenção médica, mesmo que esta acarrete consequências graves. Todavia, nos casos em que a operação possa colocar em risco a *vida* do representado ou causar *danos*

---

<sup>540</sup> Código de Ética e Deontologia Médica da Organização Médica Colegial (Espanha, 1ª versão 1990, 2ª versão – 1999) - Artigo 8.5: “*Se o doente não estiver em condições de dar o seu consentimento por ser menor de idade, por estar incapacitado ou pela urgência da situação, e no caso de ser impossível obter o consentimento da família ou representante legal, o médico deverá prestar os cuidados que lhe dite a sua consciência profissional.*”

<sup>541</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 164. Todavia, segundo BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 157, o recurso às vias judiciais pode ser o modo mais adequado de decisão. Os autores destacam o regime criado no Estado de New Jersey, no qual se criou um departamento administrativo que supervisiona os lares de terceira idade (*nursing homes*).



*graves e duradouros à saúde* do paciente, o §1904 exige a confirmação do Tribunal de Família (*Vormundschaftsgerichts*). Assim, o médico deve assegurar-se, nestes casos, que, para além da autorização do tutor, se obteve a confirmação do tribunal. O mesmo deve valer no caso de recusa por parte do representante que coloque em perigo a vida do paciente.<sup>542</sup> Porém, em caso de urgência pode-se prescindir da autorização judicial (§1904, (1), 2).<sup>543</sup>

### 4.3. O médico - o consentimento presumido

Outros autores entendem que não é legítimo delegar o direito estritamente pessoal de consentir para uma intervenção no próprio corpo. Na maior parte dos casos – dizem – deve ser o médico sozinho a intervir. Assim será, sem dúvida, nos casos de *urgência*, que em si autoriza a intervenção médica.<sup>544</sup>

O médico deve *presumir qual seria a reacção do paciente se pudesse pedir a sua opinião*. Para tanto, poderá apelar às pessoas susceptíveis de o informar nesta matéria, isto é, as pessoas mais próximas do doente no dia-a-dia, só se podendo determinar quem elas são em cada caso concreto. Essas pessoas próximas não irão decidir em seu nome pessoal, mas comunicarão ao médico a opinião provável do paciente.

Nesta perspectiva, mais conforme ao carácter pessoal e intransmissível do direito a dispor do seu próprio corpo, é em último termo sobre o médico que recai a tomada de decisão, após o esclarecimento dos familiares e amigos próximos.<sup>545</sup> O médico tomará em consideração os danos que resultariam de uma ausência de tratamento, as hipóteses de sucesso do mesmo e os riscos e efeitos secundários que o acompanham.

Esta é também a opinião dominante na Alemanha: se, em virtude da urgência da intervenção, não for possível nomear um representante legal, deve-se decidir com base no *consentimento presumido*, que tem por critério chave a *vontade hipotética* do paciente.

## 5. Como se toma a decisão

No caso de se realizar um consentimento por um substituto (familiar, tribunal ou médico) levanta-se o problema de definir quais os critérios relevantes.

---

<sup>542</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 149. O autor destaca aqui as operações, em pessoas idosas, no domínio da cardiologia, da neurocirurgia ou a terapia por electrochoques.

<sup>543</sup> Cfr., desenvolvidamente, ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, pp. 307 e ss.

<sup>544</sup> Thierry VANSWEEVELT, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l'Hôpital*, Bruylant (Bruxelles), CED-Samson (Bruxelles), MAKLU Uitgevers (Anvers-Apeldorm), 1996, pp. 145-149 e LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, pp. 95-96.

<sup>545</sup> Dá-se aqui um consentimento informado ao contrário: os amigos do paciente informam o médico para que este tome a decisão, *ersatz* do consentimento.

### 5.1. Escolha explícita do paciente

Em primeiro lugar, quando se sabe qual seria a escolha do paciente, é a sua opinião que deve ser seguida (*pure autonomy standard*). Assim acontece quando há um *testamento de vida* aplicável.

### 5.2. Vontade presumida (julgamento em substituição)

Procura-se com este critério alcançar a decisão que estaria mais em conformidade com a *vontade presumível do paciente*, em ordem a proteger a sua autonomia (*the substituted judgement standard*). Isto é possível quando o paciente tem um sistema de valores coerente e uma história pessoal consistente. Porém, este critério tem sido criticado já que – muitas vezes – acabam por ser concretizados os valores de quem toma a decisão. Por outro lado, este critério é inaplicável quando os pacientes nunca foram capazes (doentes mentais profundos, bebés).<sup>546</sup>

### 5.3. Os melhores interesses do paciente

Segundo este critério toma-se a decisão que está de acordo com os melhores interesses do paciente (*best interests of the patient*), o que se identifica, naturalmente, com a proposta terapêutica do médico. Assim, a aplicação deste *standard* poderia ser vista como uma ratificação da proposta do médico. Este critério pretende-se objectivo, no sentido de que não se centra nos valores e na personalidade do paciente, mas na sua condição física e no prognóstico traçado, sendo certo que a neutralidade valorativa é meta inalcançável.<sup>547</sup>

Hoje em dia, entende-se que nos interesses do paciente devem estar envolvidos não apenas os interesses médicos, mas também o respeito pelos seus valores e pelas suas presumíveis vontades<sup>548</sup>, pelo que, de algum modo, se desenha um “*critério sincrético*”, que combina os dois últimos referidos.

## 6. A autonomia *prospectiva*

A escolha efectiva do paciente tem vindo a ganhar espaço de actuação na medida em que se ultrapasse as barreiras colocadas pelo requisito da actualidade do consentimento. Neste sentido, cada vez mais ganha força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é mesmo o melhor referente

---

<sup>546</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 166.

<sup>547</sup> Cfr. João LOUREIRO, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico”, *Cadernos de Bioética*, 8, p. 46.

<sup>548</sup> Cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 102.

para a decisão terapêutica.<sup>549</sup> Isto conduz-nos ao estudo, breve, dos testamentos de paciente e dos procuradores de cuidados de saúde.

## § 26. Testamentos de Paciente e Procuradores de cuidados de saúde

### 1. Definição

O extraordinário aumento da esperança de vida e a evolução técnica da medicina trouxe consigo o prolongamento das doenças e dos estados terminais. Neste contexto, foram criados dois institutos que visam garantir a dignidade da pessoa humana no final da sua vida e garantir o respeito pela sua autonomia, mesmo quando a sua capacidade de comunicação está afectada.

O *testamento de paciente* consiste num documento escrito por uma pessoa maior e capaz, geralmente na presença de testemunhas e que contém directivas a respeito dos tratamentos nos últimos momentos de vida e tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio.<sup>550</sup>

Distinguem-se as *decision directives*, das *proxy directives* e as *combined directives*.<sup>551</sup> As *decision directives* contêm directivas relativas a certas situações especificadas, o que acaba por ser a sua grande desvantagem, já que em medicina se coloca uma infinidade de hipóteses diferentes. Ora, elaborar formulários cada vez mais densos e pormenorizados pode ser a solução, mas muitos preferem outra via: “os procuradores de cuidados de saúde” (através das *proxy directives*). Neste caso, o paciente nomeia uma pessoa que tomará as decisões por ele. Dada a especificidade desta situação face à representação voluntária, em geral, a maioria dos Estados americanos aprovou legislação que regulamenta os “*durable power of attorney for health care*”. A efectividade 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. Muitos Estados

---

<sup>549</sup> Cfr. DWORKIN, *Life's Dominion*, p. 226. Cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 103.

<sup>550</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, 1998, p. 352. Cfr., também BOYD/ HIGGS/ PINCHING, *The New Dictionary of Medical Ethics*, BMJ, 1997, p. 7, segundo os quais, naturalmente à luz do direito inglês, a recusa de tratamento antecipada, por parte de um adulto capaz, é vinculativa: a) no caso de tratamentos especificados (v.g., de uma Testemunha de Jehová) e b) no caso de tratamentos de conservação da vida (v.g., no caso de estado vegetativo permanente).

<sup>551</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 150-152. Cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, pp. 152 e ss. Charles SHARPE, *Nursing Malpractice (Liability and Risk Management)*, Westport - Connecticut - London, Auburn House, 1999, p. 127, distingue: (1) *living will*, (2) *medical directives* e (3) *durable power of attorney*. Também LUCILLA IAPICHINO, *Testamento Biológico e Direttive Anticipate - Le Disposizioni in Previsione dell'incapacità*, IPSOA, 2000, p. XIV e p. 5, distingue directivas antecipadas de testamento biológico, reservando para este as especiais directivas em que se especificam as condições em que se deverá ser tratado no caso de se vir a encontrar afectado por uma doença terminal, com o fim de evitar o prolongamento forçado da sobrevivência com meios extraordinários (isto é, “o encarniçamento terapêutico”).

admitem que a pessoa combine ambos os institutos: assim, nomeia um procurador e simultaneamente dá instruções sobre os seus desejos em situações particulares. Desta forma, acumulam-se as vantagens das directivas antecipadas e dos procuradores de saúde.

## 2. Experiências de direito comparado

Muitos países contam já com legislação sobre *testamento de paciente e procuradores de cuidados de saúde*. Originários dos EUA, foram adoptados por outros países anglo-saxónicos (Austrália do Sul, Nova Zelândia, Canadá) e nórdicos (Dinamarca<sup>552</sup>, Alemanha<sup>553</sup>, Suíça<sup>554</sup>, Países Baixos<sup>555</sup>) e, recentemente, também em países latinos, como a Espanha.

Nos EUA estes documentos gozam de estatuto legal e concedem imunidade civil e criminal aos profissionais de saúde que respeitem o testamento de vida. O *living will* foi legalizado na Califórnia a 1 de Outubro de 1976 (*Natural Death Act*) e, em 1991, 42 Estados norte-americanos tinham reconhecido o valor jurídico destes testamentos, sendo que a 1 de Dezembro de 1991, o *Patient Self-Determination Act* impõe aos estabelecimentos de saúde (com financiamento federal) que informem os pacientes sobre os cuidados de saúde e sobre os direitos de consentir ou de recusar o tratamento e de realizar directivas antecipadas. Esta legislação federal veio alargar este regime a todo o país e incentiva os Hospitais a promoverem a prática de os pacientes redigirem o seu *living will*, e sobretudo a nomearem um *procurador (Durable Power of Attorney for health care)*.<sup>556</sup> Por outro lado, estabelece que no caso de não respeito pelas vontades escritas, os profissionais incorrem em sanções disciplinares.<sup>557</sup> De acordo com a legislação de muitos estados, exige-se que essa vontade seja expressa por *escrito* e, em regra, com a *assinatura de duas testemunhas*.<sup>558</sup>

---

<sup>552</sup> *Lei sobre o exercício da profissão médica* (com as alterações de 1992) e o *Estatuto jurídico do paciente* (1998). Cfr. IAPICHINO, *Testamento Biológico...*, p. 47 e HERMAN NYS, “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (‘living wills’)”, *European Journal of Health Law* 4, 1997, p. 187.

<sup>553</sup> Cfr. § 1904 II BGB, em vigor desde 1 de Janeiro de 1999. Cfr. TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, in TAUPITZ, *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 347.

<sup>554</sup> Embora o *living will* não tenha obtido ainda reconhecimento a nível federal, muitos cantões (entre os quais, Valais, Lucerne, Zurique) já regularam esta matéria. Cfr. IAPICHINO, *Testamento Biológico...*, p. 51.

<sup>555</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 432. O art. 7:450 BW regula os testamentos de paciente nos Países Baixos. Se o paciente tiver mais de 16 anos pode, através de uma declaração escrita, emitida numa fase em que o paciente ainda está capaz, expressar as suas directivas para uma época em que esteja incapaz. O médico pode opor-se à aplicação destas directivas quando o possa justificar com boas razões. As exigências formais reduzem-se à redução a escrito, não sendo necessário qualquer reconhecimento notarial.

<sup>556</sup> Peter HERZOG, “Landesbericht USA”, in TAUPITZ, *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 963, recorda-nos que o direito privado é da competência estadual. Porém, algum esforço de harmonização legislativa tem vindo a ser realizado, já que a Federação tem algumas competências em matéria de saúde e os trabalhos da *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* já tenham produzido, no âmbito que agora tratamos, o *Uniform Rights of the Terminally Ill Act* (1985) e a *Uniform Health Care Decisions Act* (1993).

<sup>557</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. IAPICHINO, *Testamento Biológico...*, p. 28 ss.

<sup>558</sup> HERZOG, “Landesbericht USA”, in TAUPITZ, *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 979.

Na *Inglaterra*, não está claramente definida na lei a eficácia vinculativa das directivas antecipadas (*advance statements*). As directivas antecipadas que autorizam certos procedimentos ou que manifestam certas preferências por determinados tratamentos não podem ser consideradas vinculantes, mas já uma *recusa clara de procedimentos específicos* pode ser considerada vinculante. Porém, as directivas gerais ou as referências merecem todo o respeito como qualquer outra expressão da vontade do paciente. Segundo a *common law*, uma pessoa que esteja plenamente informada e compreenda as consequências da sua decisão, pode realizar uma *recusa antecipada* de tratamento, a qual seria juridicamente vinculante para os profissionais de saúde, no caso de se verificarem as circunstâncias pressupostas pela decisão. As directivas não podem ser ambíguas e têm que clarificar os específicos tratamentos rejeitados (*v.g.*, uma declaração de rejeição de transfusões sanguíneas por parte de uma Testemunha de Jeová).<sup>559</sup>

Mais próximo do nosso horizonte cultural, em *Espanha*, as “*instrucciones previas*” estão legalmente previstas, abrangendo quer a hipótese de directivas de tratamento, quer a nomeação de um “representante” que sirva como interlocutor com o médico ou a equipa de saúde para procurar o cumprimento das instruções prévias. A Ley 41/2002, de 14 de Novembro, deixa para o direito das Comunidades Autónomas a regulamentação desta matéria.

Assim, a *lei dos direitos dos pacientes* da *Catalunha* regula, no art. 8, as “*voluntats anticipades*”. O documento de vontades antecipadas é o documento dirigido ao médico responsável, no qual uma pessoa maior de idade, com capacidade suficiente e de modo livre, exprime as instruções a ter em conta, quando se encontre numa situação em que as circunstâncias não lhe permitam exprimir pessoalmente a sua vontade. Ou seja, a lei prevê a validade e eficácia do *living will*. A lei admite também a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. Neste documento, a pessoa pode também designar um *representante* que a substitui no caso de esta não poder exprimir a sua vontade e que é o interlocutor válido e necessário ante o médico ou a equipa sanitária. São ainda reguladas as exigências de forma que garantem a veracidade e autenticidade do documento. O documento ou é outorgado perante o *Notário*, caso em que não é necessária a presença de testemunhas, ou, em alternativa, pode ser redigido perante *três testemunhas* maiores de idade e em plena capacidade de exercício, das quais duas, não podem ter qualquer relação de parentesco até ao segundo grau nem relações patrimoniais com o outorgante. A lei não admite a validade de testamentos de paciente com previsões contrárias ao ordenamento jurídico (*v.g.*, a prática

---

<sup>559</sup> BMA, *The Older Person: Consent and Care*, p. 28-29.

de eutanásia) ou à boa prática clínica, ou que não correspondam exactamente aos supostos de facto que o outorgante havia previsto (*v.g.*, no caso de haver uma evolução técnica que torna determinado tratamento mais seguro e menos doloroso). Neste caso deve o médico documentar no dossier clínico do paciente a sua decisão, justificando a não obediência à directiva. Finalmente, o procedimento previsto por forma a dar publicidade ao testamento vital é o de a pessoa ou os seus familiares ou o seu representante levarem o documento ao centro de saúde de serviço da pessoa. Esse documento deve integrar-se na *história clínica* do paciente.

Tão perto de nós, a Ley 3/2001, de 28 de Maio, da Comunidade Autónoma da Galiza, e a Ley 10/2001, de 28 de Junho, da Extremadura, regulam o consentimento informado e a história clínica, autorizando e disciplinando (de forma semelhante ao que acontece na Catalunha) o regime jurídico das “*voluntades anticipadas*”.<sup>560</sup>

O *Comité national d'éthique* de França já havia proposto que fosse estudada a possibilidade de qualquer pessoa designar um representante encarregado de ser o interlocutor dos médicos no momento em que o doente está incapaz de exprimir ele mesmo as suas escolhas.<sup>561</sup> A *Loi du 4 mars* veio responder a este desafio permitindo a nomeação de um representante para efeitos de cuidados de saúde. Essa pessoa deve ser um familiar, um amigo ou mesmo o médico assistente. Os doentes devem mesmo ser encorajados a fazê-lo quando são hospitalizados. Este regime não vale (em regra) para o caso dos adultos incapazes com representante legal.

Em Itália não existe regulamentação jurídica explícita do testamento biológico.<sup>562</sup> Contudo, alguns autores entendem que mesmo perante o direito vigente pode ser considerada vinculante a vontade expressa de um paciente que, no momento em que se exprimiu, estava plenamente informado da doença e do seu decurso. O ponto central da discussão é o da *actualidade* da vontade no momento em que devem efectuar-se os tratamentos. Insiste-se que é necessária a actualidade e a iminência do consentimento ou do

---

<sup>560</sup> Define-se documento de vontades antecipadas como aquele documento no qual uma pessoa maior de idade, com capacidade suficiente e livremente, expõe as instruções que se devem ter em conta quando se encontre numa situação e, que não possa expressar pessoalmente a sua vontade. Deverá formalizar-se perante o *Notário* ou perante *três testemunhas* maiores de idade e com plena capacidade de exercício, dos quais dois, no mínimo, não poderão ter relação de parentesco até ao segundo grau nem estar vinculadas por relação patrimonial com o outorgante. De acordo com este direito autonómico, não poderão ter-se em conta vontades antecipadas que incorporem previsões contrárias ao ordenamento jurídico ou à boa prática clínica, ou que não correspondam exactamente com o expresso no momento de emitir a vontade antecipada. Este documento será incorporado na história clínica do paciente.

<sup>561</sup> Comité National d'Éthique, *Avis du 12 juin 1998*.

<sup>562</sup> Registam-se porém alguns projectos de regulamentação do consentimento informado em geral e dos testamentos de paciente em particular: a “Carta dell'autodeterminazione” e a proposta de Guido Alpa, cfr. IAPICHINO, *Testamento Biologico...*, pp. 71 e ss.

dissentimento. Mas, se é verdade que ambos são revogáveis a qualquer momento, não parece que devamos entender que o estado de inconsciência cria uma presunção no sentido da revogação da opinião anteriormente expressa.<sup>563</sup>

### 3. Exigências das directivas antecipadas

#### 3.1. Capacidade do autor no momento em que elabora as directivas antecipadas

É indispensável garantir que no momento em que se elabora o testamento de vida, o paciente esteja na posse das suas faculdades mentais. Contudo, discute-se, na doutrina alemã, se se deve exigir a capacidade negocial (*Geschäftsfähigkeit*) ou a capacidade para consentir (*Einwilligungsfähigkeit*). A melhor solução parece ser a de considerar necessária a capacidade negocial para realizar o testamento vital, mas basta a capacidade para consentir em caso de revogação dessas directivas.<sup>564</sup>

#### 3.2. Exigências de forma

Grande parte dos ordenamentos jurídicos que regularam esta matéria introduziram exigências de forma especiais. No mínimo, exige-se que estas directivas sejam reduzidas a escrito; alguns exigem a presença de testemunhas, outros que o documento seja lavrado perante o notário.<sup>565</sup> Também aqui se distingue a realização do testamento da sua

---

<sup>563</sup> Assim, SANTOSSUOSSO, *Il consenso informato*, p. 103. Segundo o autor vários estudos norteamericanos apontam para a existência de uma forte estabilidade das opções existenciais dos pacientes.

<sup>564</sup> TAUPITZ, 'Landesbericht Deutschland', in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 365. Cfr. tb. VERREL, "Zivilrechtliche Vorsorge ist besser als strafrechtliche Kontrolle – Zum Stellenwert von Patientenverfügung, Betreuungsverfügung, Vorsorgevollmacht und vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung", *MedR* 1999, Heft 12, 547-550.

<sup>565</sup> Assim, algumas legislações autonómicas (de Espanha) exigem que se assine perante um *notário* que tem a função de comprovar, entre outras coisas, a identidade e a capacidade de quem realiza a manifestação, que se preste um consentimento devidamente informado e que a sua vontade seja recolhida em termos legalmente aceitáveis. Outras exigem apenas dois ou três testemunhas sobre as quais recai a responsabilidade de que quem faz o testamento é quem diz ser e que actua com plena liberdade e conhecimento de causa.

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

revogação, já que esta pode ser levada a cabo a qualquer momento e sem exigências de forma.

### 3.3. Relativa actualidade

Algumas leis confinam a validade destas directivas a um prazo. Por um lado, há a consciência de que a evolução da medicina leva a que os receios face a determinadas situações terapêuticas se tornem infundados ao fim de alguns anos; por outro lado, as pessoas podem ir mudando de opinião, sem cuidarem de revogar o testamento. Outras, porém, consideram o documento válido enquanto não for revogado, mas salvaguardam a possibilidade de o médico não obedecer à directiva, se tal se mostrar justificado em função da evolução da medicina, ou de outros indicadores que permitam supor que o doente desejaria revogar o testamento e mudar de opinião.

Como afirma Kern, “seria absurdo que devido ao seu direito de revogar o testamento – que é uma manifestação da autodeterminação – se limitasse ou negasse outra forma desse mesmo direito de autodeterminação.”<sup>566</sup> Pelo contrário, entende-se que há uma *presunção de que a vontade manifestada na directiva antecipada corresponde à vontade actual*, recaindo sobre o médico o ónus de provar o contrário no caso de não cumprir o que fora prescrito.<sup>567</sup> No direito inglês, entende-se que “a recusa de tratamento, seja antecipada ou contemporânea, não afecta a sua validade. Uma vez que o dissentimento tenha sido claramente afirmado, *no appeal to ‘necessity’ can justify the doctor’s intervention notwithstanding the good intentions of the doctor.*”<sup>568</sup>

## 4. Vantagens e desvantagens do *living will*

Ao testamento do paciente costumam ser apontadas certas vantagens. Primeiramente, têm por base a vontade do paciente<sup>569</sup>, e permitem a realização do direito à *autodeterminação preventiva*<sup>570</sup>, a autonomia *prospectiva*. Dworkin insiste no respeito pela autonomia dos pacientes, sobretudo no respeito pelas instruções que estes tenham dado

---

prestar o seu consentimento aos tratamentos ou o seu âmbito territorial deve ser o mais amplo possível, quiçá supranacional.”

<sup>566</sup> KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 192.

<sup>567</sup> TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, *cit.*, p. 365.

<sup>568</sup> KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 970.

<sup>569</sup> KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 195, dá relevo à ideia da autonomia perante a morte e ao facto de o testamento de paciente apenas tocar bens jurídicos do próprio.

<sup>570</sup> UHLENBRUCK, “Der patientenbrief – die privatautonomie Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod”, *NJW* 1978, 569, um defensor da eficácia dos ‘testamentos de paciente’, afirma de forma impressiva: “o homem vivente, como presumível moribundo, [dem Lebendem als präsumtivem Sterbenden] deve ter a possibilidade de exprimir uma vontade que vincule o médico, após ter sido devidamente informado sobre o quadro da doença”.



quanto à aceitação ou rejeição de tratamentos de prolongamento artificial da vida, e especialmente em casos em que essas instruções são antecedentes de um processo de demência progressiva e incurável<sup>571</sup>. Por outro lado, reduz o impacto emocional de tomar decisões aos familiares e aos médicos. Podem ainda ser defendidos como refração do princípio constitucional da *liberdade de expressão do pensamento e de culto*. Sobretudo, e esta é a grande razão histórica do seu aparecimento, apresenta-se como uma barreira à obstinação terapêutica ou “encarniçamento terapêutico”, visando com isso a preservação da dignidade humana no fim da vida.<sup>572</sup>

Em sentido contrário invoca-se que o consentimento não é actual e que pode trazer grave prejuízo ao paciente já que pode ter havido evolução da medicina e pode ser uma declaração antiga e ultrapassada. Sobretudo, os detractores destes documentos, entendem que a pessoa em situação de saúde pode ter uma opinião diferente quando está em luta contra a dor e a morte.<sup>573</sup> Por último, necessariamente haverá dificuldades na sua aplicação, dada a imprecisão da terminologia. No fundo, os *living wills* procuram afastar a “medicalização” da morte, mas trouxeram a sua “jurisdicionalização”, o que pode afectar gravemente a relação médico-paciente.<sup>574</sup>

## 5. Testamentos de paciente no direito português

Em Portugal não há legislação específica sobre os *Testamentos de Paciente* nem sobre os *Procuradores de Cuidados de Saúde*. Todavia, estas figuras parecem admissíveis no nosso ordenamento. “Nada se opõe a que uma pessoa faça o chamado testamento vital; por outro lado, a nomeação de um procurador que cure dos assuntos de saúde pode enquadrar-se, por via analógica, na disciplina civilística do instituto da procuração.”<sup>575</sup>

Como vimos, o consentimento ou recusa de tratamento médicos não é uma declaração de vontade negocial, antes de deve entender como autorização para a realização de uma acção fáctica, que deve ser qualificada como um acto jurídico *stricto sensu*, de

<sup>571</sup> Cfr. DWORKIN, *Life's Dominion*, p. 213.

<sup>572</sup> IAPCHINO, *Testamento Biológico...*, p. 68. TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, TAUPITZ, *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 273, apresenta – de forma muito expressiva – a autonomia do paciente no final da vida como a protecção contra o abandono da pessoa como “*entwürdigten Objekt der Apparatedeizin*”.

Na Bélgica, a lei que regula a *eutanasia* admite, na seu Capítulo III, que o paciente realize uma directiva em que manifesta o desejo de que seja praticada a eutanásia numa altura em que já não esteja capaz de exprimir a sua vontade.

<sup>573</sup> Cfr. NYS, “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (‘living wills’)”, *European Journal of Health Law* 4, 1997, p. 181. Cfr. ainda a reflexão e as propostas de John DAVIS, “The Concept of Precedent Autonomy”, *Bioethics*, Volume 16, Number 2, 2002, p. 114–133.

<sup>574</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, p. 355.

<sup>575</sup> João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 41. Sobre a procuração no direito português, vide Pedro VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, Coimbra, Almedina, 2002.

natureza quase-negocial. A grande objecção com que se defronta a admissibilidade dos testamentos de vida prende-se com a dificuldade, pelo menos, *prima facie*, de compaginar o carácter eminentemente pessoal deste tipo de decisões, expressão da autodeterminação da pessoa, com a sua transferência para outrem. Na verdade, a doutrina tradicional entende que “o carácter pessoal (...) de tais poderes implica, sem prejuízo da eficácia da representação legal, o seu normal exercício pelo respectivo titular, não sendo aqui admitida a representação voluntária.”<sup>576</sup>

Ora, segundo a melhor doutrina, estes institutos têm legitimidade no plano constitucional. Trata-se ainda de “uma forma de exercício da autonomia pelo cidadão, que não será posta em causa de *observados certos requisitos*, proibindo-se que se passe um *cheque em branco*, de forma a obstar que a decisão seja entendida como uma decisão do representante, sem qualquer referência às orientações do representado. Assim, esta procuração não pode ser *in rem suam*, em que os poderes de representação são conferidos no interesse do próprio procurador. A necessidade de claras garantias procedimentais aponta para a *desejabilidade de legislação específica*, exigindo-se a articulação deste mecanismo de representação com os testamentos de paciente.”<sup>577</sup>

Daqui deriva que, *de jure condito*, o médico deverá, *prima facie*, respeitar as orientações do paciente ou do seu representante *ad hoc*. Deve-se pois acolher a autonomia precedente, visto que o paciente está numa situação de inconsciência.<sup>578</sup>

A doutrina penalista portuguesa mostra-se muito cautelosa em conferir mais do que um valor indiciário aos testamentos de paciente, visto que atribuem em um relevo decisivo à actualidade do consentimento.<sup>579</sup> “O testamento de paciente só permite saber o que o

---

<sup>576</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 403. Tem esta doutrina em vista respeitar o *princípio da intransmissibilidade dos direitos de personalidade*. Todavia, não deixa de ser algo paradoxal com a aceitação acrítica e serena do regime da representação legal, a meu ver, bem mais problemática. Seja como for, a ideia de *autonomia prospectiva* é ainda recente e deve ser devidamente adaptada à estrutura dogmática da nossa rica doutrina dos direitos de personalidade. Mas, como princípio metodológico, apenas gostaria de observar que não devemos ficar presos a conceitualismos: assim, não deveremos estancar a investigação e o progresso da Ciência do Direito apenas porque se entende que a intransmissibilidade dos direitos de personalidade implica a negação da representação voluntária. Parece-me que se deve realizar uma ponderação do conflito de interesses e valores subjacentes a esta problemática. Cumpridos certos requisitos substanciais e formais penso que se pode avançar paulatinamente no reconhecimento desta faceta da personalidade humana: a autodeterminação preventiva e a delegação do exercício dos direitos de personalidade.

<sup>577</sup> João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 41.

<sup>578</sup> Cfr. João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 42.

<sup>579</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, p. 14, para quem “valor indiciário - e só esse - haverá que atribuir aos hoje cada vez mais frequentes testamentos do paciente.” COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 457-458, afirma: “Com a doutrina dominante, não cremos que lhes deva caber mais do que um valor indiciário, não podendo ser assumidos em termos vinculativos no sentido de a sua violação determinar, sem mais, a responsabilidade penal do médico.” No mesmo sentido, Álvaro GOMES RODRIGUES, “Consentimento Informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, *Direito da Medicina I*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2002, p. 37.

paciente queria no momento em que o redigiu; mas não permite referenciar com segurança o que ele quer no momento do tratamento."<sup>580</sup>

Fernando Bronze advoga que tem que se conceder “um espaço de discricionariedade ao médico assistente: este conhece melhor do que ninguém a pessoa do doente e o cariz da doença (encontrando-se assim numa situação privilegiada para valorar um hipotético “testamento do moribundo” que aquele tenha feito lavrar)...”<sup>581</sup>

Note-se, contudo, que nenhum Autor posterga completamente o valor destes testamentos. É que “existe uma diferença assinalável entre o doente que, alguma vez, por qualquer meio, exprimiu a sua opinião sobre este assunto, e aquele que nunca o fez”<sup>582</sup>. Por outro lado, do ponto de vista penal, a doutrina tem muitas cautelas em prescindir, sem mais, de um dos clássicos requisitos do consentimento: *a actualidade*. Assim, o médico deverá procurar saber a vontade presumível do doente com recurso (complementar) a outras fontes: conversa com familiares e amigos, contactos prévios com o paciente, etc.

Assim, “no caso dos testamentos de paciente não se reconhece uma vinculatividade absoluta cuja violação implicaria, sem mais, a responsabilidade penal do médico. Na verdade, se o médico tiver conhecimento de *eventuais alterações de vontade tem de tomar em consideração a última vontade*; também se resultarem dúvidas deve decidir-se pela vida (*in dubio pro vita*).”<sup>583</sup>

Ora, actualmente, o intérprete não pode ignorar um dado novo no ordenamento jurídico português: a ratificação da CEDH Bio. O art. 9º da CEDH Bio adoptou uma solução de compromisso. Por um lado, não se confere às directivas antecipadas um efeito pleno semelhante àquele que encontramos nos Estados Unidos e noutros países. Contudo, deve-se ter presente 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*.”<sup>584</sup>

Assim, *de jure condito*, os desejos previamente expressos não podem ser ignorados, sob pena do o médico violar o seu *direito à autodeterminação* e a *integridade física e moral* do paciente, factos consubstanciadores de *responsabilidade civil*. Todavia, pode o médico

<sup>580</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 385.

<sup>581</sup> Fernando BRONZE, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, Coimbra, 1994, p. 204.

<sup>582</sup> Rui NUNES, “Dimensão Ética da Abordagem do Doente Terminal”, *Cadernos de Bioética*, 5, Dezembro de 1993, pp. 13-48.

<sup>583</sup> João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit*, p. 42.

<sup>584</sup> Também a *Declaração dos Direitos dos Pacientes* (1994) reconhece que: “Os paciente têm direito a escolher uma pessoa que, na devida ocasião, receba a informação em seu nome.” (2.6.) No âmbito do Conselho da Europa, já em 1976, a Recomendação 779 sobre os *direitos dos pacientes em fase terminal* destacava a necessidade de respeitar os direito dos paciente no final da sua vida.

justificar o seu não acatamento com base no facto de ter decorrido um lapso de tempo e a ciência ter progredido entretanto, ou o doente pode ter exprimido uma outra vontade ao médico.<sup>585</sup>

De *jure condendo*, entendo, em conclusão, que o Estado português deveria, à semelhança do exemplo espanhol, legislar sobre esta matéria. Os requisitos materiais que devem ser regulados são os seguintes: a capacidade para consentir no momento em que se produz o testamento, o consentimento esclarecido face às directivas que se adoptem, a relativa actualidade e respeito pela ordem pública e pela boa prática clínica. Relativamente aos requisitos formais, entendo que, à semelhança da legislação galega, estremadurenha e catalã, se deve ser a um tempo exigente (ao exigir forma escrita, três testemunhas ou presença notarial) e flexível, não impondo apenas um modelo (*v.g.*, controlo notarial obrigatório) mas aceitando o modo de certificação testemunhal que mais convenha ao paciente. Na verdade, pode este estar já acamado, pelo que a deslocação ao Notário se revelaria uma burocracia onerosa e injustificada. Relativamente à publicitação, no tempo adequado, deste documento, impõe-se incrementar uma política de saúde de proximidade, em que o médico de família seja o grande agente de saúde, situação em que o testamento de paciente deveria ser inserido no processo clínico, no Centro de Saúde (ao cuidado do médico de família).<sup>586</sup>

## § 27. Consentimento dos incapazes adultos: Propostas de solução à luz do direito português

Na ordem jurídica portuguesa não é fácil descortinar qual o caminho mais adequado para definir quem é competente para autorizar a intervenção médica quando o adulto está numa situação de incapacidade. Dever-se-á recorrer ao tribunal, para que este decida ou, pelo menos, nomeie um representante; será a família próxima a chamada a decidir, deve-se apelar ao Ministério Público para que assuma a responsabilidade de representar o incapaz, enquanto representante natural dos incapazes, ou deve-se deixar ao critério responsável do médico?

A CEDH Bio também não resolve o problema, pois remete para o direito

---

<sup>585</sup> Relatório Explicativo, parágrafo 62.

<sup>586</sup> A proposta de recorrer aos meios informáticos, por forma a que o seu conteúdo possa estar acessível em qualquer hospital, no momento em que for necessário sendo interessante e futurista, afigura-se-me, de momento, pouco praticável. O paralelo com a doação de órgãos *post-mortem* não convence, já que essa informação – que é bastante específica (declaração de não dador) – está acessível apenas nos centros de colheita de órgãos a nível nacional e não em qualquer estabelecimento de saúde. Hipótese interessante a desenvolver seria o recurso ao *cartão de utente*.

nacional<sup>587</sup>. O que a Convenção faz questão em afirmar, e que aqui sublinhamos, é o seguinte: “*A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.*”

O CDOM contém uma norma (art. 38º) que aponta sentidos normativos que devem ser tidos em consideração. Em primeiro lugar, o médico deve respeitar na medida do possível, as opções do doente, de acordo com a capacidade de discernimento que lhe reconheça. O segundo comando é o de que deve *procurar esclarecer a família*: ora, devemos interpretar a norma por forma a abranger o sentido inverso, isto é, o médico deve procurar *ouvir a família* como forma de saber qual a *vontade presumida do doente*. Finalmente, se a família recusar um tratamento, tem o médico o direito de se recusar a continuar a assistir aquele doente, mas, em caso algum, a opinião da família que conduza a uma situação de *perigo de vida* do paciente é vinculante ou justifica a não intervenção do médico. Ou seja, o dissentimento da família não é válido, caso ponha em perigo a vida do paciente. Mas, será a *família* a verdadeira titular do direito ao consentimento, como parece resultar da letra do art. 38º CDOM?

Esta seria em todo o caso a solução mais conforme com a realidade e a prática social portuguesas, mas parece-nos que esta é uma matéria que exige reflexão da comunidade jurídica e médica e uma intervenção legislativa.<sup>588</sup>

Vejamos, então, os caminhos que têm sido trilhados pela doutrina nacional.

Alguns autores<sup>589</sup> entendem que, no caso de o incapaz não ter um representante legal atribuído, se deverá recorrer ao Ministério Público, já que o art. 2º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, nomeia esta entidade como exclusivamente competente para *suprir o consentimento*.<sup>590</sup> Este *processo de suprimento* pelo MP veio substituir o suprimento judicial do consentimento (Cfr. antigo art. 1426º CPC).<sup>591</sup> De acordo com o

---

<sup>587</sup> Art. 6º, n.º 3 CEDHBio “Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença, ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.”

<sup>588</sup> Herman NYS, “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to the incompetent patient (‘living wills’)”, *European Journal of Health Law* 4, 1997, p. 181, critica um dos *mitos* (como bem notou FENNELL) mais difundidos acerca do consentimento, o de que *os familiares teriam o poder de representação*, não havendo qualquer base legal para isso. Excepção feita, de entre os sistemas que conheço, ao direito espanhol.

<sup>589</sup> Guilherme de OLIVEIRA, no seu ensino, e Paula VÍTOR, “Administration of the Assets of the Mentally Ill”, *Book of Proceedings*, I, p. 61, embora, no texto, se refira a um problema de natureza patrimonial: a administração de bens de doente mental sem representante legal.

<sup>590</sup> Artigo 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro: “São da competência exclusiva do Ministério Público as *decisões* relativas a *pedidos* de: a) Suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa.” Cfr. também, o art. 3º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto (Estatuto do MP)

<sup>591</sup> Como se escreve no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro: “procede o presente diploma à transferência da competência decisória em processos cujo principal rácio é a *tutela dos interesses dos incapazes* ou ausentes, do tribunal para o Ministério Público, estatutariamente vocacionado para a

art.º 3º (n.ºs 3 e 4) do citado Decreto-Lei, nos casos de suprimimento do consentimento em que a causa de pedir seja a incapacidade ou a ausência da pessoa e ainda não esteja decretada a interdição ou inabilitação, ou verificada judicialmente a ausência, é citada a que for considerada mais idónea de entre as seguintes pessoas: o representante do incapaz ou o procurador ou curador do ausente, o seu cônjuge ou parente mais próximo e o próprio incapaz, se for inabilitado; havendo mais de um parente no mesmo grau, é citado o que for considerado mais idóneo. Após este procedimento, determina o n.º 5 do art. 3º que “o Ministério Público *decide* depois de produzidas as provas que admitir, de concluídas outras diligências necessárias e de ouvido o conselho de família, quando o seu parecer for obrigatório.”

Seguindo orientação diversa, Vaz Rodrigues defende que nestes casos se deve nomear um *tutor provisório*, “que celebre em nome do interditando, com autorização do tribunal, os actos cujo adiamento possa causar-lhe prejuízo” ou deve mesmo ser decretado o estatuto de *representação provisória* (art. 142º CC). Quanto aos actos praticados pelo próprio incapaz, dever-se á aplicar, com as devidas adaptações, o regime da *incapacidade acidental* (257º).<sup>592</sup>

Procurando discernir alguns passos conclusivos, devemos não perder de vista dois aspectos. Frise-se que não estamos a curar de casos urgentes. Nessas situações, o médico está autorizado por lei a intervir (art. 8º CEDH Bio e art. 156º, n.º 2 CP) [cfr. *infra* § 59], pelo que estamos neste momento a debater situações em que não há perigo iminente de vida ou de agravamento do estado de saúde do paciente.

Por outro lado, as normas apresentadas do CC e do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, (sucendendo aliás a disposições do CPC) estão embrenhadas de um sentido de preocupações de índole patrimonial, isto é, procuram resolver os problemas jurídicos de falta de consentimento de um incapaz, nos casos de direito dos contratos, de direitos reais ou de direito patrimonial da família. Basta olhar aos prazos que a lei oferece para se realizarem as citações<sup>593</sup> para se compreender que não está desenhado para acudir às necessidades de uma decisão em matéria de tratamentos médicos, mesmo não urgentes.

Ainda assim está dado um sinal ao intérprete: o legislador português não delegou

---

tutela deste tipo de interesses, sendo este o caso das acções de suprimimento do consentimento dos representantes, de autorização para a prática de actos, bem como a confirmação de actos em caso de inexistência de autorização”.

<sup>592</sup> VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 218.

<sup>593</sup> *V.g.*, art. 3º, n.º 3 – “São citados para, no prazo de 15 dias, apresentar oposição, indicar as provas e juntar a prova documental...”

nem no médico<sup>594</sup>, nem na família o direito de representação do incapaz; sendo possível deve-se recorrer a um terceiro: um tutor provisório, um representante legal ou mesmo ao MP.

Todavia, não me parece que a ordem jurídica pretenda afastar a família do processo de decisão. Para além de não se poder afirmar peremptoriamente a invalidade do já referido art. 38º do CDOM, a cada passo, como vimos, a legislação procura ouvir os familiares e a sua participação acaba por ser decisiva, mesmo que seja o MP ou o médico a tomar a decisão.

Por outro lado ainda, o direito português da saúde é bastante parcimonioso no apelo ao tribunal para controlar os tratamentos em incapazes: apenas se encontra - para além, naturalmente, do caso do internamento compulsivo por anomalia psíquica - o caso de doação *inter vivos* de órgãos e tecidos quando o dador é incapaz por anomalia psíquica e o procedimento de esterilização de incapazes por anomalia psíquica (na doutrina aqui perfilhada (cfr. infra), e que não é ainda seguida, por grande parte dos prestadores de cuidados de saúde nacionais).

Assim sendo, afirmar que, no caso de simples intervenções médico-cirúrgicas, se deveria recorrer ao MP (como substituto do tribunal desde 2001), poderá ser uma metodologia pouco eficaz de um procedimento que se quer expedito, célere, e que ao mesmo tempo vise *maximizar a sua autonomia* e que, deste modo, respeite a dignidade da pessoa incapaz. Mais a mais, sempre se poderia invocar a “*força normativa dos factos*”, já que, mesmo que este fosse o direito aplicável, ele seria meramente *law in the books* e não seria provavelmente *law in action*. Ainda assim devemos tomar em consideração que no domínio da saúde mental e do direito de protecção de menores já se vem registando uma interessante cooperação entre os tribunais e prestadores de cuidados de saúde.

Assim, parece-me que as seguintes propostas se compaginam com os dados do ordenamento jurídico nacional:<sup>595</sup>

O primeiro princípio, resultante do art. 6º, n.º 3 da CEDH Bio, é o de que “*a pessoa*

---

<sup>594</sup> Discordo, pois, de Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, p. 126, quando pretendem fazer valer no direito português um critério tipicamente anglo-saxónico (*maxime* inglês), sem exaurirem outras possibilidades prévias. Os Autores afirmam: “algumas pessoas com deterioração mental (demência, por exemplo) não podem dar o seu consentimento válido, pelo que, nestas circunstâncias, e na ausência de representantes legais, o profissional de saúde deverá agir de acordo com o melhor interesse do paciente.” É que, entre nós, deve o médico ouvir os familiares e formular um juízo que corresponda à vontade hipotético-conjectural do paciente, isto é, “no interesse do paciente e de acordo com a sua vontade presumível”, o que é algo de distinto de uma decisão absolutamente heterónoma, a cargo do médico, muitas vezes sem relação de proximidade existencial com o paciente e que apenas se orientará por critérios objectivos e de beneficiência.

<sup>595</sup> Na minha opinião, esta é uma das matérias que mais carece de regulamentação legal e é por esse caminho que os países latinos estão a seguir (*v.g.*, Espanha, Bélgica, França, etc.).

*em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.”*

Em segundo lugar, entendo que se deve respeitar os *living will* e a nomeação dos procuradores de cuidados de saúde, que, estando já previstos no art. 9º da CEDH Bio,<sup>596</sup> carecem contudo de legislação por forma a que se possa indubitavelmente afirmar a eficácia destes negócios jurídicos; defendo, pois, que o cidadão tem direito à autodeterminação prospectiva.

Em terceiro lugar, perante a ausência de uma declaração de vontade do paciente (directivas antecipadas) ou da nomeação de um representante voluntário (procurador de cuidados de saúde), e no caso de intervenções não urgentes, julgo que se deverá dar início a um processo de nomeação de um *tutor provisório* ou de *representação provisória*, nos termos do art. 142º, n.º 2 CC.<sup>597</sup>

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 subjectivo do paciente e assim configurar dados para um *juízo sobre a sua vontade hipotético-conjectural*.

Em quinto lugar, julgo que, no direito português, 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* com base nas informações disponíveis<sup>598</sup>, sendo que, em caso algum, a opinião da família que conduza a uma situação de perigo de vida do paciente é vinculante ou justifica a não intervenção do médico (art. 38º, n.º 3 CDOM).

Concomitantemente, cabe a quem para tanto tem legitimidade (*v.g.*, o MP) instaurar o competente *processo de interdição*, nos termos da lei civil, por forma a conferir ao portador de anomalia psíquica os pertinentes mecanismos de representação<sup>599</sup>.

Nos casos de intervenções médico-cirúrgicas mais graves existe legislação especial que visa proteger os incapazes, mesmo quando estes têm um representante legal atribuído. Assim acontece, *v.g.*, no caso de ensaios clínicos, transplantações de órgãos, testes genéticos, intervenções psico-cirúrgicas e (*de jure condendo*) da esterilização.

---

<sup>596</sup> Neste sentido Christian BERGER e Ina HAARHOFF, “Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens”, in TAUPITZ (Hrsg.), *Das Menschenrechtsübereinkommen...*, 2002, p. 140.

<sup>597</sup> Perante a inexistência da figura do *Mentor* (Países Baixos), resta-nos de *jure condito* recorrer aos processos mais expeditos e eficazes para os fins em causa. De *jure condendo*, entendo que deveria ser criada legislação que permitisse a nomeação, em termos rápidos e com fortes poderes inquisitórios por parte do tribunal de um Procurador ou Curador de cuidados de saúde, em termos semelhantes ao que se passa nos Países Baixos.

<sup>598</sup> Neste sentido, SOARES de ALBERGARIA, *A Lei de Saúde Mental Anotada*, Coimbra, 2003, p. 19.

<sup>599</sup> Assim, SOARES de ALBERGARIA, *A Lei de Saúde Mental Anotada*, p. 19.



## § 28. Excurso. Um caso especial de representação de incapazes: A Esterilização de Incapazes

### 1. Modalidades de esterilização

A esterilização constitui o método de regulação da fecundidade mais utilizado no mundo. Num estudo do departamento de Economia e Informação Social das Nações Unidas, em 1984, observava-se que 17 em cada 100 mulheres em idade fértil estavam esterilizadas.<sup>600</sup>

A esterilização tem como finalidade suprimir a fecundidade num ser humano tornando-o incapaz de procriar, sem modificar, no entanto, as funções sexuais ou endócrinas.<sup>601</sup> A esterilização pode ser de natureza *terapêutica* ou *não terapêutica*. A primeira é praticada quando a gravidez é fortemente contra-indicada para a saúde da mulher ou no caso de anomalias graves numa futura criança. A segunda é utilizada a fim de evitar ter crianças por razões diferentes das médicas e serve, então, como *meio de contraceção*.<sup>602</sup>

Em Portugal, a esterilização voluntária está prevista na Lei n.º 3/84, de 24 de Março. A lei apenas regula a esterilização voluntária e a esterilização terapêutica. Quanto à primeira estabelece um caso de “*menoridade especial*”<sup>603</sup>, já que exige uma idade mínima de 25 anos. Por outro lado – e considerando que se trata de uma intervenção não terapêutica e de um transcendente significado emocional, axiológico e psicológico – a lei foi especialmente cautelosa no que respeita ao consentimento informado. Assim, este tem de ser prestado por *escrito* e deve ser ‘*inequívoco*’, devendo mesmo ficar registado que o médico informou o paciente das consequências de tal intervenção, bem como a identidade e a assinatura do médico. Relativamente à *esterilização terapêutica* não há nenhuma exigência quanto à idade do paciente.<sup>604</sup>

---

<sup>600</sup> Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>601</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p. 202. São utilizadas diferentes técnicas: a vasectomia no homem (secção cirúrgica dos canais deferentes); a laqueação das trompas na mulher (laqueação-resssecção ou obturação de um curto segmento do canal tubar); menos frequente, a salpingectomia (ablação das trompas de Falópio) e a histerectomia (ablação do útero).

<sup>602</sup> Sobre os problemas éticos ligados à esterilização não terapêutica, vide HOTTOIS/PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p. 203 e ss. É preocupante, por exemplo, que “cerca de um terço dos pedidos [de fertilização *in vitro*] provêm de mulheres que fizeram a laqueação das trompas.” Por isso mesmo, no Quebeque, – ligado também aos problemas de *justiça na distribuição dos recursos* – começa a pôr-se em causa a prática actual de esterilização como método de contraceção.

<sup>603</sup> Por contraposição à noção de Guilherme de OLIVEIRA, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *Temas...*, p. 226, de “maioridades especiais” para os menores.

<sup>604</sup> Art. 10º: “A esterilização voluntária só pode ser praticada por maiores de 25 anos, mediante declaração escrita devidamente assinada, contendo a inequívoca manifestação de vontade de que desejam submeter-se à necessária intervenção e a menção de que foram informados sobre as consequências da mesma, bem como a identidade e a assinatura do médico solicitado a intervir. A exigência do limite de idade constante do n.º 1 é dispensada nos casos em que a esterilização é determinada por razões de ordem terapêutica.”

Por seu turno, o art. 54º do CDOM contém disposições normativas incompatíveis com a Lei, quais sejam, admite apenas a esterilização terapêutica e exige que o consentimento seja dado por ambos os cônjuges, pelo que se devem considerar como inválidas, mesmo para efeitos disciplinares<sup>605</sup>.

*De jure condendo*, dever-se-ia equacionar a hipótese de, à semelhança da lei francesa de 4 de Julho de 2001, se exigir que o dever de informação fosse cumprido *por escrito*, e que fosse exigido um *prazo de reflexão*. Prazo esse que é, segundo a legislação francesa, de 4 meses.<sup>606</sup>

## 2. A esterilização compulsiva: os programas eugénicos do século XX

Já Platão (*A República, Livro V*) manifestava a preocupação de o Estado dever melhorar a qualidade dos homens e das mulheres, controlando os casamentos e eliminando, por abandono à nascença, os recém-nascidos deficientes ou malformados. Mas é após os estudos de Francis Galton (1883) que a *eugenics* se lança na conquista do pensamento científico e político na contemporaneidade. No início do séc. XX, quer nos EUA como noutros países do norte (Dinamarca, Suécia, Noruega, Canadá) assiste-se a um

---

<sup>605</sup> Afirma o art. 54º do CDOM (Esterilização): “A esterilização irreversível só é permitida quando se produza como consequência inevitável de uma terapêutica destinada a tratar ou evitar um estado patológico grave dos progenitores ou dos filhos. É particularmente necessário: Que se tenha demonstrado a sua necessidade; Que outros meios reversíveis não sejam possíveis; Que, salvo circunstâncias especiais, os dois cônjuges tenham sido devidamente informados sobre a irreversibilidade da operação e as suas consequências. 3. A esterilização reversível é permitida perante situações que objectivamente o justifiquem, e precedendo sempre o consentimento expresso do esterilizado e do respectivo cônjuge, quando casado.”

As partes assinaladas a itálico são inválidas por violarem a Lei da República (art. 1º, n.º 3 CC). Concretizando, é inválido na medida em que apenas admite a esterilização terapêutica; em segundo lugar, viola o direito à privacidade dos pacientes, ao apelar para uma informação e decisão conjunta do casal. Naturalmente, que numa intervenção médica tão peculiar quanto esta é conveniente o médico procurar informar o paciente de que esta intervenção afectará o seu projecto de vida pessoal e poderá afectar o *projecto de vida comum do casal*. Na verdade, nos termos do art. 1671º, n.º 2 CC: ambos os cônjuges “devem acordar sobre a *orientação da vida em comum* tendo em conta bem da família e os interesses de um e outro”. Consagra-se, deste modo, o *princípio da direcção conjunta da família* (PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, p. 344). Ora, segundo os referidos autores, é *objecto da vida em comum*, “o planeamento familiar (quantos filhos vamos ter, e quando?)” (p. 345). Mesmo que assim não se entenda, certamente todos estarão de acordo que levar a cabo uma esterilização sem consultar ou mesmo informar o cônjuge configura, regra geral, uma violação do dever de *respeito* pelo seu cônjuge (art. 1672º CC). Mas estas são questões de direito matrimonial, que aí deverão ser tratadas. Ao nível da relação médico-paciente, não podemos afirmar que o médico deva informar nem obter o consentimento do cônjuge do paciente. Neste sentido, em geral, Guilherme de OLIVEIRA, “Auto-regulação...”, *RLJ*, p. 36, e, para este particular, VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, p. 145 e ss.

<sup>606</sup> Trata-se de institutos já conhecidos no direito médico português: a exigência da *informação escrita* já se verifica em matéria de ensaios clínicos (art. 9º do Decreto-Lei 97/94, de 9 de Abril); a figura do *prazo de reflexão* também é conhecida entre nós para a interrupção voluntária da gravidez, que estabelece um prazo de 3 dias de reflexão (cfr. art. 142º, n.º3, al. a) do CP).

movimento eugenista, por intermédio de sociedades de eugenismo, que acolhem nas suas fileiras geneticistas, psicólogos, médicos e juristas.<sup>607</sup>

Deste movimento resultam várias leis eugenistas. No estado de Indiana é votada, em 1907, a primeira lei americana que estabelece programas de *esterilização compulsiva*. “Em 1931, apesar da oposição dos geneticistas, trinta e três estados dispõem de uma lei semelhante que concede o poder do Estado de impor uma esterilização aos criminosos condenados por delitos sexuais e violação, aos epilépticos, aos deficientes mentais, aos alcoólicos, lista essa que varia conforme os estados. Entre 1907 e 1949, em trinta e três estados, cinquenta mil pessoas, metade “pobres de espírito” são esterilizados à força. A lei sobre a esterilização eugénica só foi alterada em 1980 na Califórnia<sup>608</sup> e ainda subsiste em vinte estados americanos.”<sup>609</sup>

A Alemanha Nazi promoveu um programa eugenista vergonhoso, a partir da lei de 14 de Julho de 1933. Só em 1935, setenta mil doentes mentais são esterilizados... E até 1945, bem sabemos o que aconteceu. Na Europa do Norte, vários países cometeram ao longo das décadas de 30 a 70 vários programas de esterilização forçada.<sup>610</sup>

Na década de 80 foi levada a cabo uma forte luta no sentido de por fim a essas práticas degradantes, violadoras da dignidade humana, inclusivamente nos países do terceiro mundo,<sup>611</sup> que culminou com a aprovação na Plataforma de Pequim (1995), na parte referente à violência contra as mulheres, do seguinte texto (parágrafo 115): “São

<sup>607</sup> Para uma síntese do pensamento eugénico, cfr. Jean-Noël NISSA, “L’individu n’est rien, l’espèce est tout”: analyse historique de l’évolution de la question de l’eugenisme au XX<sup>e</sup> siècle”, in NISSA/SUSANNE (Éds.), *De l’eugénisme d’État à l’eugénisme privé*, Bruxelles, 2001, pp. 9-39 ou os termos “Eugénique”, “Eugénisme”, “Eugénisme d’État” e “Eugénisme Privé”, in HOTTOIS/ NISSA, *Dictionnaire Permanent de Bioéthique*, 2001, pp. 412 e ss.

<sup>608</sup> Califórnia que se afirmou como o estado campeão da esterilização nos EUA. Cfr. CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, p. 494.

<sup>609</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p. 202-203.

O “*Zeitgeist*” é bem demonstrado pelas cruas palavras do Justice HOLMES, em *Buck vs. Bell* (1927): “*In order to prevent our being swamped with incompetents, it is better for all the world if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the fallopian tubes. Three generations of imbeciles are enough (!).*”

<sup>610</sup> Cfr. Gunnar BERG/ Nils ROLL-HANSEN, *Eugenics and the Welfare State. Sterilization in Denmark, Sweden, Norway and Finland*, East Lansing, Michigan State University Press, 1997. Nos países nórdicos a eugenia enraizou-se no darwinismo social, nas descobertas sobre hereditariedade e nas doutrinas de aperfeiçoamento e de competição sociais. Embora aí se tenha defendido a noção de “raça histórica”, a eugenia escandinava desenvolveu-se em países com populações homogéneas e luteranas, e foi pouco marcada pelo factor racial. Todavia, recebeu o apoio da social-democracia, que incluiu medidas eugénicas – entre elas, a esterilização – no processo de reforma social e defendeu a ideia segundo a qual os “deficientes” e os “inaptos” não deveriam ser um peso para o Estado-providência financiado pelos impostos dos “saúáveis”.

<sup>611</sup> Segundo ASCENSION CAMBRON, “Approche juridique de la stérilisation des handicapés mentaux en Espagne”, in NISSA/SUSANNE (Éds) *De l’eugénisme d’État à l’eugénisme privé*, Bruxelles, 2001, p. 121, na Índia praticaram-se 20 milhões de esterilizações entre 1958 e 1980, na China foram esterilizadas 30 milhões de mulheres e 10 milhões de homens, entre 1979 e 1984.

também actos de violência contra as mulheres a *esterilização forçada* e o aborto forçado, o uso coercitivo de contraceptivos, o infanticídio feminino e a selecção pré-natal.”

### 3. A eugenia em Portugal: breve resenha para a história do direito português

Tendo a problemática eugenista surgido no último quartel do século XIX, após a revolução darwiniana e as obras de Haeckel, Galton e outros, não admira que o Código de 1867 apenas contemple impedimentos matrimoniais ligados à proibição do incesto e da consanguinidade, à limitação da idade e à proibição da bigamia.<sup>612</sup>

Nos alvares da Primeira República, a eugenia começou a ser motivo de interesse em Portugal. “O que constituiu o objecto privilegiado do pensamento eugénico português – escreve Ana Leonor Pereira - foi o problema do casamento e da reprodução dos indivíduos portadores de má hereditariedade ou de algum estado patológico adquirido, transmissível à descendência e, eventualmente, ao cônjuge saudável.”<sup>613</sup>

<sup>612</sup> Assim, nos termos do artigo 1073º do Código de Seabra: “Não podem contrair casamento: 1º Os parentes por consanguinidade ou afinidade em linha recta; 2º Os parentes em segundo grau na linha colateral; 3º Os parentes em terceiro grau da linha colateral, salvo se obtiverem dispensa; 4º Os menores de 14 anos, sendo do sexo masculino, e de 12 anos sendo do feminino; 5º Os ligados por casamento não dissolvido.”

<sup>613</sup> Ana Leonor PEREIRA, “Eugenia em Portugal?”, *Revista de História das Ideias*, Vol. 20, Coimbra, 1999, p. 541. Vários Autores manifestaram-se no sentido da introdução de impedimentos matrimoniais de base eugénica. Em 1879, a revista *O Positivismo* difundia um artigo de Alexandre da Conceição que afirmava: “é preciso que o casamento esteja sujeito à inspecção médica” porque há casamentos que ameaçam os interesses da espécie. A sua gravidade é tal que eles devem ser vistos como “um verdadeiro crime social, tão digno de repressão, como qualquer outro *grande crime*” (Alexandre da Conceição, “O amor e o casamento”, *O Positivismo*, Porto, 1, 1878-1879, pp. 171-175). Apesar da dureza da linguagem (*grande crime/repressão*) o autor limita-se a remeter o problema para o campo da medicina, atribuindo à ciência médica a competência para decidir sobre a aptidão orgânica dos nubentes para o casamento. A ideia não era nova. Em 1862, Macedo Pinto tinha ido mais longe, afirmando a necessidade de uma regulamentação jurídica de impedimentos matrimoniais em caso de existência averiguada de doenças hereditárias ou contagiosas num ou em ambos os nubentes (José Ferreira Macedo Pinto, *Medicina administrativa e legislativa. Primeira Parte – Higiene pública*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1862, p. 817 ss). No mesmo sentido se pronunciou também Sousa Refóios, defendendo em tese: “consideramos necessária e justa uma lei que proíba o casamento aos indivíduos afectados de moléstia grave, incurável e transmissível por herança.” (Joaquim Augusto Sousa Refóios, *Theses de medicina theorica e pratica que se propõe defender na Universidade de Coimbra nos dias 7 e 8 de Julho para obter o grau de doutor*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1879, p. 15). Esta medida de eugenia preventiva muito moderada contribuía, a par de medidas higiénicas de combate à fome, à doença e ao analfabetismo, para o “rejuvenescimento da raça portuguesa.” Outro Autor, Filipe Simões, propõe uma medida concreta: nenhum casamento deveria realizar-se sem um atestado médico, o qual constituiria documento impeditivo do mesmo no caso dos nubentes serem portadores de doenças graves contagiosas, como a tuberculose, a sífilis e a escrófula (A. Filipe Simões, *Educação physica*, 3ª ed., Lisboa, Livraria Ferreira, 1879, p.45).

Já António Maria de Sena, também professor da Faculdade de Medicina de Coimbra, começou por defender que “a hereditariedade mórbida, provável ou demonstrada, não deve ser impedimento legal do matrimónio” (António Maria de Sena, *Theses de medicina theorica e pratica que se propõe defender na Universidade de Coimbra para obter o grau de doutor*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1876, p. 15). Mas, em contrapartida, julgava que “a prostituição devia ser considerada um crime nas nossas leis penais”, sobretudo, por razões médico-higiénicas. Oito anos depois – afirma a historiadora - Sena manifestava-se explicitamente *contra a reprodução dos alienados* sem excepção, isto é, quer se tratasse de doença mental hereditária ou adquirida (António Maria de Sena, *Os Alienados em Portugal. I – História e estatística*, Lisboa, Administração da Medicina Contemporânea, 1884, pp. V-XVIII). E concluía: “*um povo que deseja conservar-se e progredir, fará por evitar a procriação dos alienados ou predispostos*”. O único processo humanitário de atingir esse escopo higiénico e eugénico

Entre nós, apenas Egas Moniz (*A vida sexual. I – Physiologia*, Coimbra, França Amado – Editor, 1901) ousou propor a *esterilização* para eliminar a hereditariedade mórbida, mas não a admitia em moldes demasiado alargados. “No capítulo das medidas concretas, Egas Moniz exclui as práticas abortivas e *defende a esterilidade artificial feminina de um número restrito de casos clínicos*. Além disso, advoga a proibição do casamento “aos indivíduos atacados de doenças graves contagiosas”, como a lepra, a tuberculose, a sífilis e outras doenças venéreas e aconselha as práticas neo-malthusianas, em especial, “às famílias da classe operária” que, pelas suas condições orgânicas e económicas, não podiam gerar filhos robustos.” É igualmente o problema eugénico que preside à defesa do instituto do divórcio, por parte daquele que viria a ser o primeiro e único Prémio Nobel português de Medicina e Fisiologia.<sup>614</sup>

Se os cientistas e médicos portugueses estavam receptivos às práticas eugénicas moderadas, já os políticos e juristas mantinham uma atitude de grande prudência. “O fracasso da proposta de lei, da autoria de Reboredo Sampaio e Melo, apresentada à Câmara os Deputados, em inícios de 1910, sobre a “proibição do casamento aos degenerados”, em concreto, “aos sífilíticos, aos alcoólicos crónicos, aos tuberculosos e aos afectados de quaisquer doenças mentais e nervosas graves” (“Proibição do casamento aos degenerados”, *Gazeta dos Hospitais do Porto*, Porto, 4 (7), 1 Abr. 1910), é uma boa prova das resistências mentais ao cientismo eugenista e, simultaneamente, da persistência de valores humanistas de fundo cristão, assumidos ou recalçados, nas frentes ideo-políticas da época.”<sup>615</sup>

António de Azevedo Castelo-Branco, por exemplo, embora aceite os fundamentos científicos do eugenismo, não lhe reconhece legitimidade. O Autor sublinha a necessidade de se “coibir eficazmente a reprodução de pais degenerados, viciosos, perversos e corruptos”, mas mantém-se juridicamente reservado nesta melindrosa questão. José Ferreira Marnoco e Sousa, na sua dissertação de licenciatura em Direito, advoga a instituição de impedimentos patológicos do casamento, mas não secunda o biologismo sociológico e, especialmente, o darwinismo social. É manifesto que o Autor é favorável à introdução no Código Civil de 1867 de impedimentos de ordem patológica do contrato de

---

era a sequestração dos alienados com isolamento sexual. A instituição hospitalar era vista como um meio de subtrair a raça à *epidemiização* psicopatológica e à capitalização da má-hereditariedade. Nesta linha de pensamento, Júlio de Matos propugnava a higidez mental da população portuguesa. Apesar do seu darwinismo seleccionista, Matos *não admitia*, além do internamento, outros meios coercitivos de acautelar a reprodução dos alienados, nomeadamente, a *esterilização*.

<sup>614</sup> Sobre a importância da obra de Egas Moniz, vide Ana Leonor PEREIRA/ João Rui PITA (Org.), *EGAS MONIZ em livre exame*, Coimbra, MinervaCoimbra, 2000.

<sup>615</sup> Ana Leonor PEREIRA, “Eugenia em Portugal?”, *Revista de História das Ideias*, 1999, p. 565.

casamento. Embora sublinhe, em particular, a escrófula, a tuberculose, a sífilis, as doenças mentais e o alcoolismo, entende que não é da competência do jurista estabelecer o quadro de doenças proibitivas da realização do contrato matrimonial.

É este o pano de fundo, o estado da ciência médica e a consciência cultural e jurídica, que viria a verter-se em lei em 1910. O resultado positivado deste equilíbrio entre o humanismo católico, tradicional na Europa do sul<sup>616</sup>, e as influências eugénicas que, como vimos, estão bem presentes na elite médica portuguesa da época, resultaram na *Lei da Família de 1910 (Decreto de 25 de Dezembro de 1910)* e *Lei do Divórcio de 1910 (Decreto de 3 de Dezembro de 1910)*.<sup>617</sup> A tolerância que se atesta pela leitura dessa legislação prova a força do humanismo optimista reinante na época.<sup>618</sup>

Na verdade, a República introduziu o divórcio e, concretamente, o divórcio por motivos de saúde de um dos cônjuges. Mas, as causas de divórcio ligadas à saúde de um dos cônjuges tinham uma expressão prática muito reduzida.<sup>619</sup>

Durante o período republicano, o médico Júlio Dantas foi um dos mais acérrimos defensores da eugenia. Ele propunha a introdução do exame pré-nupcial, a proibição do casamento entre doentes de corpo e de espírito, e o isolamento dos indivíduos perigosos para a “raça” (*Espadas e Rosas*, Lisboa, 1919).<sup>620</sup>

<sup>616</sup> Em 1912, realizou-se em Londres a primeira conferência mundial sobre eugenia, onde participaram W. Churchill, G.B. Shaw, Alfred Ploetz, Presidente da Sociedade Alemã de Higiene Racial e Leonardo Darwin, filho de Charles, sucessor de Galton na presidência da “Eugenics Education Society”, a primeira associação eugénica, criada em 1907, em Inglaterra. Um grupo da “ala nórdica” defendeu então medidas eugénicas “negativas” de impedimento da transmissão de defeitos hereditários, nas quais se incluíam a proibição do casamento, a esterilização e a segregação dos “anormais” enquanto os delegados dos países latinos católicos insistiram em medidas “positivas” de reforço da assistência social, de protecção materno-infantil e de apoio às famílias numerosas (Sophia Quine, *Population Politics in twentieth century Europe*, 1996, *apud* Irene Pimentel, “O Aperfeiçoamento da Raça”, *História*, Ano XX, nº 3, Junho 1998, p. 19)

<sup>617</sup> *Lei da Família de 1910*: art. 4º: “Não podem contrair casamento: 4) os interditos por demência, verificada por sentença passada em julgado, notória, e bem assim os divorciados por motivo de doença contagiosa reconhecida como incurável, ou doença incurável, ou doença incurável que importe aberração sexual.”

*Lei do Divórcio de 1910*: art. 4º - “São taxativamente causas legítimas de divórcio litigioso: 7º - A loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado...10º - A doença contagiosa reconhecida como incurável, ou uma doença incurável que importe aberração sexual.”

<sup>618</sup> Cfr. Ana Leonor PEREIRA, “A Eugenia em Portugal”, *cit.*, p. 572.

<sup>619</sup> Segundo Rui CASCÃO, “Família e Divórcio na primeira república”, *A mulher na sociedade portuguesa - visão histórica e perspectivas actuais*, Instituto de História Económica e Social, Faculdade de Letras, 1986, p. 157-159, as causas invocadas para a dissolução do casamento por divórcio nos inícios da Primeira República são: sevícias e injúrias graves - 27,7%; separação de facto, livremente consentida, por mais de dez anos consecutivos - 17, 8%; figuram depois *ex aequo* o adultério feminino e o abandono completo do domicílio conjugal por mais de três anos, com a percentagem de 17,1% cada; o adultério masculino - 14,8%. As restantes causas têm um peso estatístico muito reduzido (5, 5%, dos quais 4,2% dizem respeito à ausência por tempo não inferior a quatro anos). Ora, assim sendo, *restam 1,3% para distribuir entre a “loucura incurável”, a “doença contagiosa reconhecida como incurável, ou uma doença incurável que importe aberração sexual” e ainda “o vício inveterado do jogo de fortuna ou aazar”.*

<sup>620</sup> Irene PIMENTEL, “O Aperfeiçoamento da raça”, *História*, Ano XX, nº3, Junho de 1998, p. 21.

O debate eugénico só subiria de tom em Portugal – e sempre em meios restritos – depois do golpe militar de 1926. Para evitar “um triste fim da raça, uma geração miserável e incapaz, de ineptos, de malvados, de covardes”, António Augusto Mendes Correia propôs a segregação dos criminosos reincidentes, a *esterilização* nos casos de grandes taras, a regulamentação da imigração e o impedimento do casamento aos “mendigos profissionais” que iriam pesar económica e “lugubrememente sobre a vitalidade e a saúde germinal da raça”.<sup>621</sup>

Henrique Barahona Fernandes foi uma das vozes que mais defenderam a eugenia em Portugal no final dos anos 30. Entre 1934 e 1937 foi bolsheiro na Alemanha. Contudo, foi um crítico da esterilização em vigor na Alemanha “racista”<sup>622</sup>. As medidas mais aconselháveis para Portugal, na sua opinião, seriam o atestado de sanidade pré-nupcial com efeitos impeditivos do casamento entre os psicopatas, por um lado, e a reclusão preventiva dos “anormais”, por outro.<sup>623</sup> Também Carlos da Silva Ramos defendeu, em oposição à Igreja, a introdução de um atestado pré-nupcial e da propaganda neo-malthusiana, manifestou-se contra a abstinência sexual, e defendeu que cabia ao Estado promover a assistência e a educação sexual.

Assim durante a década de trinta a ideologia eugenista fortaleceu-se, embora na sociedade portuguesa ela nunca se tenha conseguido impor à aliança política entre o Estado Novo e a Igreja.

A legislação republicana do casamento e do divórcio, no que diz respeito aos específicos problemas que estamos a analisar, vigorou entre nós até à promulgação do Código Civil de 1966. Os Professores de Direito da época não se manifestaram contrários à intencionalidade positivada nestas normas. Em 1942, Pires de Lima<sup>624</sup> ensinava, relativamente ao impedimento dirimente absoluto *Demência*: “Estão, assim, impedidos, não só os que sofrem daquela especial anomalia mental a que a ciência médica chama demência, mas todos os que sofrem de qualquer doença mental, que os iniba de reger suas pessoas e seus bens. A lei estabeleceu este impedimento dirimente absoluto por duas ordens de razões: 1ª - Por uma razão de *ordem jurídica*. O casamento celebrado por um demente é

---

<sup>621</sup> Irene PIMENTEL, “O Aperfeiçoamento da raça”, *História*, cit., p. 22.

<sup>622</sup> Assinada por Hitler, Frick, Gürtner e Hess, em 15 de Setembro de 1935, a *lei para a protecção do sangue alemão* proíbe o casamento e as relações extraconjugais entre judeus e cidadãos de sangue alemão, introduzindo o conceito de *Rassenschande*. Cfr. NISSA, “L’individu n’est rien, l’espèce est tout”, *cit.*, p. 19.

<sup>623</sup> Para mais desenvolvimentos, Irene PIMENTEL, “O Aperfeiçoamento da Raça”, *cit.*, p. 24.

<sup>624</sup> PIRES DE LIMA, *Direitos de Família, vol. I Constituição do Estado de Casado*, 1942 (texto de Guilherme Braga da Cruz), p. 106. Salientemos também as Lições de Paulo CUNHA, *Direito da Família*, Tomo I, Lisboa, 1941 (coligidas pelos alunos Raúl Ventura, Raúl Marques e Júlio Salcedas), p. 270 e ss. Não encontramos diferenças significativas no ensino destes dois Autores.

normalmente um casamento em que falta o consentimento, e, por isso, absolutamente nulo. 2ª - Por uma razão de *ordem eugénica*. *É necessário evitar que cresça o número de tarados e dementes, e está hoje provado que as doenças mentais se transmitem hereditariamente. É sobretudo por estas razões que o impedimento existe, como o mostra a circunstância de estar incluído no n.º 4, ao lado do impedimento do divórcio por motivo de doenças contagiosas e incuráveis.*”<sup>625</sup>

Já os exames pré-nupciais não eram bem acolhidos pela doutrina nacional e esta forma de prevenção da doença não foi nunca plasmada na lei portuguesa.<sup>626</sup>

Embora por vezes escondida havia também entre nós uma ideologia eugénica nos juristas portugueses dos anos 40. Vejamos a seguinte afirmação de Pires de Lima:

“(…) O que é certo é que o legislador não pode deixar de ouvir com mais alguma atenção os ensinamentos da medicina, e procurar afastar, na medida do possível, essas taras perniciosas que a hereditariedade vai implacavelmente propagando aos indivíduos, e que podem ter funestas consequências para o prestígio da própria raça. Levantou-se o mundo indignado quando na Alemanha se decretou a *esterilidade obrigatória* de certos *tarados*; apelou-se para a imoralidade, para o despotismo dessa medida ofensiva da dignidade humana, e parece não se ter visto que sem essa, ou sem medidas que conduzam aos mesmos resultados, *se criará fatalmente uma raça de raquíticos, de tuberculosos e de loucos*, que não podem constituir a classe dirigente de amanhã. *Já não podem os*

<sup>625</sup> No que respeita ao *Divórcio por doença*, afirmava o Autor: “Pode perguntar-se: por que razão o divórcio com fundamento em doenças incuráveis (contagiosas ou sexuais) é um impedimento, e não o é a simples existência dessas doenças? Pareceria lógico que a lei, assim como proíbe o casamento de um doente, divorciado por esse motivo, proibisse o casamento de um solteiro que padeça das mesmas enfermidades. No entanto é fácil de ver porque adoptou a lei tal solução. É que *repugna aos nossos sentimentos morais, que se faça*, embora ele tenha tradições no direito romano e canónico, *o exame corpóreo*, antes de cada casamento, para ver se existem ou não as doenças a que se refere o n.º4 do artigo 4º. No caso de ter havido divórcio com fundamento nessas doenças, já é lógico que exista o impedimento, pois na acção de divórcio teve de fazer-se a prova delas.” PIRES DE LIMA, *Direitos de Família, vol. I Constituição do Estado de Casado*, 1942 (texto de Guilherme Braga da Cruz), p. 110.

<sup>626</sup> Em França é obrigatória desde 1942 (Lei de 16-12-1942; Dec. De 2-11-45 e art. 63 *Code Civil*) a realização de um teste médico pré-nupcial, não para impedir a realização do casamento a quem careça de aptidão física para a *copula carnalis*, porquanto o resultado do exame é secreto, só ao próprio sendo revelado; a sua não realização não constitui, porém, impedimento. Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1999, p. 225, nota 1.

Regista-se um outro impedimento ao casamento ligado a razões de saúde: trata-se da solução criada pelo Decreto n.º 20121, de 28 de Julho de 1931, relativamente aos *militares da armada internados em sanatórios de tuberculosos*. Decreto n.º 20121, de 28 de Julho de 1931. art. 1º “É proibido o casamento aos militares da armada que se encontrem internados em sanatórios de tuberculosos, estâncias climatéricas da mesma natureza ou por qualquer outra forma estejam a ser subsidiados ou auxiliados pelo Estado, por se encontrarem atacados de tuberculose. § único: Exceptuam-se os casamentos destinados a legalizar situações irregulares criadas pelo menos um ano antes de estarem a ser subsidiados ou auxiliados pelo Estado, ou bem assim os casamentos “*in articulo mortis*”.” Este regime foi também aplicado aos militares do exército pelo Decreto-Lei n.º 31107, de 18 de Janeiro de 1941, artigo 3º, n.º 4º. PIRES DE LIMA entendeu este caso como passível de generalização, pois não estaria sujeito aos inconvenientes apontados de imoralidade de um exame prévio e a “sua generalização não parece oferecer os inconvenientes apontados”. PIRES DE LIMA, *Direitos de Família*, p. 110, nota 1. Passados poucos anos, aquando da redacção de um anteprojecto para o Código Civil, o Professor de Coimbra viria a alterar a sua posição. Cfr. PIRES DE LIMA, *Constituição do Estado de Casado*, 1945, p. 43.



*Estados pensar em deixar a resolução de tão magno problema à simples selecção natural, boje em dia de tão reduzidos efeitos no problema da procriação.*<sup>627</sup>

Apesar da vivacidade da escrita, também nos anos 40 – à semelhança do ocorrido nas últimas décadas do séc. XIX e primeiras do séc. XX – os autores portugueses mostraram-se mais prudentes no momento da feitura das leis, como se observa no anteprojecto sobre o casamento apresentado em 1945 pelo Professor de Coimbra.<sup>628</sup>

Em 1965, Pereira Coelho dá à estampa o seu *Curso de Direito da Família*. Relativamente ao impedimento dirimente absoluto *demência*, este Autor afirma que “a lei equipara a demência de direito e a demência de facto”. “A razão da lei não está aqui, ao que nos parece, na protecção do interesse particular do próprio demente; os interesses que se querem proteger, com o impedimento da demência, são interesses públicos, interesses de ordem *eugénica* e social. Pretende-se evitar que as taras dos dementes se transmitam para os filhos, e defender, assim e já sob este aspecto, a própria sociedade (razão de ordem *eugénica*); por outro lado (razão de ordem social), quer a lei evitar que se constituam famílias que não sejam, no corpo social, células sãs e úteis – e decerto não o serão as famílias constituídas sobre a base de casamentos em que seja demente algum dos cônjuges.”<sup>629</sup> Quanto ao outro impedimento em análise – *Divórcio por doença* – entende que também estamos perante uma razão de ordem *eugénica* e social. Como vimos atrás, porém, apenas valerá para os divorciados ou para aqueles que viram o seu casamento anulado, pois repugna ao Direito um exame pré-nupcial.<sup>630</sup> Relativamente às causas de divórcio ligadas a razões de saúde, o Professor de Coimbra inicia a teoria do *divórcio-remédio*.<sup>631</sup>

<sup>627</sup> PIRES DE LIMA, *Direitos de Família*, p. 110.

<sup>628</sup> PIRES DE LIMA, *Constituição do Estado de Casado, Ante-projecto de um dos livros do futuro Código Civil*, 1945: Art. 9º Casos de incapacidade absoluta: 1º Não podem contrair casamento: a) os menores de dezasseis anos, sendo do sexo masculino, e de catorze, sendo do feminino; b) os interditos por demência, total ou parcialmente, ou os notoriamente dementes, mesmo durante um intervalo lúcido; c) Os que sofram de doença incurável que se transita por contágio ou herança, ou que importe aberração sexual, se com esse fundamento foi anulado por erro ou dissolvido o seu casamento anterior; d) Os ligados por outro casamento ainda não dissolvido.

Em anotações, escreve o civilista: “Desde que o fundamento deste impedimento (al. b)) é, ou deve ser, estruturalmente de *ordem eugénica*, consideramos irrelevante a lucidez momentânea, ou a simples interdição parcial, em harmonia com as correntes doutrinárias dominantes.” “Ampliamos também o impedimento da alínea c). (...) parece lógico que o impedimento se alargue a casos semelhantes, como ao da prova se encontrar feita numa acção de anulação feita com base no erro.” “Temos no nosso direito soluções mais radicais em relação aos militares (*Vide* decretos nº 20:121, de 28 de julho de 1931, e nº 31:107, de 18 de janeiro de 1941, artigo 3º, nº4) mas não nos parece conveniente generalizar esses preceitos excepcionais, por termos criar obstáculos à livre entrada dos indivíduos em sanatórios de tuberculosos com receio do futuro impedimento.” PIRES DE LIMA receia que tal solução (impedir o casamento a todos aqueles que tenham estado num sanatório) se virasse contra si própria: os tuberculosos não se submeteriam a tratamentos para evitarem o impedimento. Atente-se que não são razões de ordem jurídica (*v.g.* o direito fundamental a casar), que motivam directamente este autor, antes uma preocupação *higienista*. *Estaria o higienismo a travar a eugenia?*

<sup>629</sup> PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, p. 132.

<sup>630</sup> Em nota, o Autor tece considerações de grande importância para o tema em análise: “Em face do nosso direito podem, pois, casar os tuberculosos, os cancerosos, os leprosos, etc. Há, porém, na lei um

Em 1957, Gomes da Silva publica *O Direito da Família no Futuro Código Civil*. Trata-se do anteprojecto na parte do direito matrimonial e que “coincide aproximadamente com o anteprojecto elaborado pelo Prof. Doutor Pires de Lima”. Estamos perante um texto extraordinariamente interessante e revelador da formação e ideologia do autor.<sup>632</sup> Neste anteprojecto já só encontramos como impedimento de razão eugénica a *demência*.<sup>633</sup> A “doença incurável” desaparece, ficando em seu lugar um artigo meramente moralista e

---

regime particular para os militares, cuja situação a este respeito é singular sob vários aspectos. *Os militares tuberculosos não podem casar* (art. 3º, al. d) e §§ 3º e 4º do Decr. nº 43 101, de 2 de Agosto de 1960); por outro lado, os militares que requeiram licença para casar deverão provar, entre outras coisas, que a futura consorte não sofre de nenhuma doença infecto-contagiosa (art. 4º, al. a) do mesmo Decreto). Em outras legislações têm sido admitidos com mais largueza estes impedimentos matrimoniais fundados numa razão de *ordem eugénica*, aos quais, todavia, são hostis o direito canónico e o pensamento da Igreja (podem ler-se a este respeito as palavras de Pio XI na encíclica “*Casti Connubii*”) e que entre nós, como se vê, também são admitidos só muito limitadamente. E com efeito, além de que eles importariam uma grave e injusta (segundo as concepções dominantes) limitação da liberdade pessoal, pode dizer-se que o valor prático das respectivas proibições seria muito duvidoso, porque, não podendo casar, os doentes teriam muitas vezes relações concubinárias e, assim, sempre poderiam transmitir aos filhos as suas doenças (a menos que se decretasse a sua *esterilização obrigatória*, o que se chegou a fazer na Alemanha durante o regime nazil). Observaremos ainda que o nosso direito também não conhece, hoje, fundamentos matrimoniais fundados na *raça* (mas cfr. o art. 4º, al. b) do Decr. nº 31 107, de 18 de Janeiro de 1941, relativo ao casamento de militares, hoje revogado, e segundo o qual a futura consorte deveria ser “filha de pais europeus”) ou, em princípio, na *nacionalidade* do outro nubente (mas cfr. o art. 4º, al. b) do Decr. 43 101, segundo o qual a futura consorte deve ter nacionalidade portuguesa ou de país com que Portugal mantenha relações diplomáticas normais; cfr. ainda o art. 142º do Decr. nº 29 970, de 13 de Outubro de 1939, relativo aos funcionários do corpo diplomático ou consular, que só podem casar com mulher portuguesa originária que nunca tenha tido outra nacionalidade). Estes impedimentos matrimoniais fundados na *raça* e na *nacionalidade* foram admitidos com grande largueza, durante o nazismo e fascismo, nas legislações alemã e italiana. Assim, em Itália, um decreto de 1938 estabelecia, por influência das leis alemãs, a proibição absoluta do casamento de cidadãos italianos de raça ariana com pessoas pertencentes outra raça, e exigia uma autorização ministerial para o casamento de italianos com estrangeiros.” Quanto à problemática da interdição parcial, PEREIRA COELHO defende a interpretação mais rigorosa: “dando a lei aqui relevo até à simples demência de facto, cremos bem que a melhor solução é a de o interdito parcial não poder contrair matrimónio, solução esta que melhor se ajustará, de resto, às referidas razões de ordem eugénica e social, a quais continuarão a valer na presente hipótese.”

<sup>631</sup> “O divórcio por alienação mental é admitido na generalidade das legislações, sobretudo por uma espécie de piedade para com o cônjuge do alienado. (...) Mas a *loucura incurável* gera uma situação familiar que pode julgar-se carecida, na verdade, do *remédio* do divórcio.” (p. 492) Quanto à doença contagiosa reconhecida como incurável, faz um apelo para que o juiz apure, “à luz dos ensinamentos da ciência médica, que doenças é que revestem cumulativamente as características de *transmissibilidade por contágio* e *incurabilidade*.” (...) “Se o cônjuge doente não quiser sujeitar-se ao exame, deve o juiz ordenar que a ele se proceda coercivamente” (p. 500-501). Finalmente, o tratadista considera que estas considerações valem também para a *doença incurável que importe aberração sexual*. “esta fórmula abrangeu a lei, segundo a melhor interpretação do preceito, todas as aberrações ou perversões sexuais (como por exemplo a prática de actos sexuais contra a natureza), isto é, todas as anomalias do instinto sexual que sejam manifestação duma doença incurável. Mas a lei não abrangeu as anomalias dos órgãos sexuais. Nem a impotência.” (Pereira Coelho, *ob. cit.*, 1965, p. 501-502.)

<sup>632</sup> Vejamos alguns trechos significativos do pensamento de GOMES DA SILVA: “... pela abominável a Lei do Divórcio, constituiu gravíssima injúria e violência contra a consciência nacional e causou os maiores estragos... Volvidos muitos anos, ainda esta ferida não estava curada, e foi por isso recebida com verdadeiro júbilo a Concordata que, limitadamente embora, veio dar satisfação à consciência católica...” [!] (GOMES DA SILVA, “O Direito da Família no Futuro Código Civil”, *BMJ*, nº 65, Abril, 1957, p. 35).

<sup>633</sup> Artigo 31º (Impedimentos dirimentes absolutos): 1º - A idade inferior a 14 ou a 16 anos, respectivamente para os indivíduos do sexo feminino e para os do sexo masculino; 2º - *A demência notória, mesmo durante intervalos lúcidos, e a interdição total ou parcial por demência*; 3º - A prática inveterada de qualquer aberração sexual; 4º - A impotência funcional e incurável, absoluta ou relativa ao outro nubente; (...).

indefinido: “a prática inveterada de qualquer aberração sexual”! Este anteprojecto, aliás, procura fazer uma forte aproximação ao direito canónico.<sup>634</sup>

Em suma, podemos afirmar que o pensamento *eugenista negativo* nunca teve grande expressão nas elites portuguesas e menos ainda na legislação nacional. Ou, mais correctamente, “a eugenia permaneceu entalada entre a prudência jurídica e o optimismo higienista, o que pode ser interpretado como sendo sintomático da persistência de valores humanistas, de fundo cristão, na cultura portuguesa.” No fundo, “a trilogia eugenista (determinismo biológico, desigualdade orgânica, social e rácica, selecção artificial) não substituiu a secular trilogia da *liberdade, igualdade e fraternidade* (Jacques Léonard).”<sup>635</sup>

Ora, esta curta investigação histórica não é despicienda, já que de algum modo podemos partir para a discussão do problema da esterilização de incapazes adultos sem o peso histórico doloroso de outros povos do norte da Europa e da América. A pré-compreensão e outros *topoi* discursivos podem revelar-se decisivos na configuração de um determinado regime jurídico que envolve problemáticas tão sensíveis como este.

#### 4. A esterilização de pessoas com doença mental profunda

Afastado o espectro da realização de campanhas maciças de esterilização em massa por razões eugenistas e racistas, vamos recentrar o nosso problema na realidade prática – quantas vezes dramática – vivida pelos pacientes, suas famílias e pelos médicos do nosso país e que consiste no facto de haver doentes mentais (*maxime* raparigas) que são sexualmente activas, mas que manifestamente não gozam da capacidade de discernimento para compreender a natureza da relação sexual e da gravidez, nem têm as condições de, no futuro, poder educar os seus filhos.

Façamos, primeiro, uma breve incursão no direito comparado para confrontar os diversos modelos que, no mundo ocidental, têm sido explorados.

---

<sup>634</sup> Código de Direito Canónico, can. 1084 § 1. *A impotência antecedente e perpétua de realizar o acto conjugal, por parte quer do marido quer da mulher, tanto absoluta como relativa, dirime o matrimónio, pela própria natureza deste(...)*. Essa aproximação era a intenção deliberada do autor. GOMES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 34, afirma: “Conquanto ele [o casamento civil] não passe, relativamente aos baptizados na Igreja Católica, de mera *contrafação de casamento*, procurámos estruturá-lo em bases sólidas, pois, enquanto consagrada na lei, esta modalidade de casamento exerce influência nos costumes e na mentalidade em geral, e deve por isso respeitar, quanto possível, a essência do matrimónio e as ideias e aspirações naturais, que se encontram na base deste instituto.”

<sup>635</sup> Ana Leonor PEREIRA, *Darwin em Portugal...*, p. 551

## 4.1. Direito Comparado

### 4.1.1. Modelo proibicionista

No Canadá – quiçá em virtude do enorme trauma das cinco décadas anteriores(!) – o Supremo Tribunal, no caso *Re Eve*, a 23 de Outubro de 1985, implantou o modelo de proibição total da esterilização de incapazes.<sup>636</sup> Todavia, os tribunais já autorizaram a esterilização de incapazes, invocando que se tratava de *esterilização terapêutica*.<sup>637</sup>

A discussão sobre a esterilização de doentes mentais na *Alemanha* está inquinada pelo trágico passado recente das esterilizações em massa efectuadas durante o nazismo.<sup>638</sup> A esterilização de menores e de incapazes adultos foi regulada legalmente pela *Betreuungsgesetzes* de 1.1.1992. Esta lei proibiu, sem excepção, a esterilização de menores e a esterilização forçada. Porém, admitiu a esterilização de adultos incapazes, quando este está num estado de incapacidade duradouro e a esterilização é o único meio de evitar uma gravidez que constituiria *perigo para a vida* ou para a *integridade física e psíquica* do paciente. Para tanto exige-se o consentimento do representante e o *tribunal* deve confirmar a decisão, para além de se garantir um *direito de veto* ao incapaz (§1905 BGB).

Também na *Áustria*, o representante não pode, por si só, autorizar a realização de esterilização *não terapêutica*. Apenas, quando, devido a uma doença duradoura, haja um sério perigo para a *vida* ou uma *lesão grave da saúde* do incapaz. Em qualquer caso, a operação carece de autorização judicial.<sup>639</sup>

Nestas três ordens jurídicas não se admite, pois, a esterilização por razões sociais, isto é, com vista a impedir o nascimento de crianças que ou seriam gravemente doentes ou não encontrariam um ambiente familiar propício ao seu pleno desenvolvimento. Apenas se autoriza, pois, e com todas as cautelas, a esterilização terapêutica, que tenha em vista proteger a vida ou a integridade física do próprio incapaz.

### 4.1.2. Modelos não proibicionistas

Seguidamente daremos conta dos regime jurídicos de países culturalmente próximos do nosso, onde se admite a esterilização de incapazes adultos, não apenas por razões

---

<sup>636</sup> Cfr. CRUZ, *Comparative...*, pp. 501 e ss e HOTTOIS/PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p. 205.

<sup>637</sup> CRUZ, *Comparative...*, pp. 503, apresenta o caso *Re K and Public Trustee* (1985): a criança tinha uma fobia a sangue, pelo que se temia que ela viesse a sofrer gravemente quando começasse a ter a menstruação. Mas o juiz fez questão de salientar: “I say now, as forcefully as I can, this case cannot and must not be regarded as a *precedent* to be followed in cases involving sterilisation of mentally disabled persons for *contraceptive* purposes.”

<sup>638</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 413.

<sup>639</sup> § 282, 3 ABGB. Cfr. KOPETZKI, “Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit”, *cit.*, p. 14-15. A lei austríaca não admite, pois, a esterilização com base em fundamentos não terapêuticos, nem por motivos médicos de base *não somática*.

terapêuticas, mas também por razões *eugénico-sociais*. E isto pode ser assumido sem complexos, pois não se trata de levar a cabo bárbaros programas de esterilização compulsiva mas de acudir a situações sociais prementes e dramáticas, com o devido controlo procedimental. Mais a mais, admitindo-se, por quase toda a parte, o aborto eugénico (cfr., entre nós, o art. 142, n.º1, al. c) CP) e a realização do diagnóstico pré-natal, como uma boa prática médica, só por hipocrisia se poderia ser fundamentalista em matéria de esterilização.

Quanto ao controlo procedimental, distinguem-se claramente dois modelos. O do mero controlo médico e o do controlo procedimental-judicial.

#### 4.1.2.1. Modelo do mero controlo médico

Nos Países Baixos, a esterilização de um menor ou de um incapaz que não sofra de doença mental é proibida. Contudo não há uma proibição geral de esterilização de menores. A esterilização de doentes mentais carece apenas do consentimento dos seus representantes.<sup>640</sup> A esterilização é considerada *no interesse do incapaz* e portanto é legítima a autorização do representante quando: (1) o representado é sexualmente activo, (2) não há verdadeiras alternativas para evitar uma gravidez, (3) não há perspectivas de melhoria do estado de saúde mental do paciente, (4) ele não reconhece a relação entre a actividade sexual e a gravidez e provavelmente não seria capaz de educar a criança.<sup>641</sup> Nos Países Baixos não se exige, pois, a intervenção do tribunal.

#### 4.1.2.2. Modelo do controlo procedimental-judicial

Este é o modelo que – com algumas variações de pormenor – domina a generalidade dos países que nos são culturalmente mais próximos.

Em *Espanha*, o art. 428 do Código Penal, veio, em 1983, admitir a esterilização, desde que garantido o consentimento livre e esclarecido. Porém, os menores e incapazes adultos ficaram excluídos desta modificação. Face a esta discriminação, a Confederação de Pais de Deficientes Irreversíveis e a Confederação espanhola de Doentes Mentais fizeram uma campanha no sentido de permitir a realização de esterilização de pessoas com anomalias psíquicas graves e permanentes. Na sua petição ao Parlamento, estes invocavam razões como o direito ao bem-estar dos incapazes, a possibilidade de terem relações sexuais sem

---

<sup>640</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 426. Os representantes são escalonados do seguinte modo: 1) Curador ou “mentor”, 2) Procurador de cuidados de saúde previamente nomeado, por escrito, pelo paciente, 3) cônjuge ou companheiro, 4) pais, 5) filhos, 6) irmãos. (Cfr. art. 7:465 BW).

<sup>641</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 431.

consequências de maternidade-paternidade, a inquietação das famílias que teriam de assumir a responsabilidade pelos seu descendentes. Para além disso, salientam o paradoxo que seria proibir a esterilização das mulheres com doenças mentais, sendo permitido o aborto.<sup>642</sup>

Em 1989, o Parlamento acaba por autorizar a esterilização de incapazes, desde que estejam cumpridos os seguintes requisitos: (1) tratar-se de um incapaz adulto que sofra de uma deficiência psíquica grave, (2) autorização pelo tribunal, (3) por solicitação do representante legal do incapaz adulto, (4) o tribunal deve tomar em consideração o relatório de dois especialistas, (5) ouvir o Ministério Público e (6) realizar uma audição do incapaz adulto (art. 428 do Código Penal).

Assim, em Espanha há múltipla jurisprudência a admitir a esterilização de incapazes, sem o seu consentimento, mas salvaguardadas as garantias presentes na lei.<sup>643</sup>

Todavia, este regime (que exige o consentimento dos representantes legais e a autorização do tribunal) foi contestado por um juiz de 1ª instância de Barcelona, que interpôs um *recurso de inconstitucionalidade* desta norma. Invocava-se que tal situação violaria o direito à integridade física e negaria à incapaz a possibilidade de vir a procriar, o que poderia contribuir para o seu desenvolvimento enquanto pessoa; simultaneamente, afirma que a incapaz não tem direito à sexualidade, já que não tem a possibilidade de praticar uma sexualidade realmente livre e responsável.<sup>644</sup>

A decisão do *Pleno do Tribunal Constitucional 215/1994*, de 14 de Julho<sup>645</sup>, declarou que o art.428 do antigo Código Penal não era contrário à Constituição, considerando que “a esterilização do incapaz permite-lhe não estar submetido a uma vigilância constante, que poderia resultar contrária à sua dignidade (art. 10.1 da Constituição Espanhola) e à sua integridade moral (art. 15.1 da CE), tornando possível o exercício da sexualidade sem o risco de uma possível procriação, cujas consequências não pode prever nem assumir conscientemente em razão da sua doença psíquica e que, por essa razão, não poderia desfrutar das satisfações e direitos que a paternidade e a maternidade comportam, nem cumprir por si mesmo (art. 39.3 CE) os deveres inerentes a tais situações”. Destaca esta decisão a existência da necessária proporcionalidade entre a finalidade perseguida pelo

---

<sup>642</sup> CAMBRON, “Approche juridique de la stérilisation des handicapés mentaux en Espagne”, in MISSA/ SUSANNE (Éds) *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, p. 122.

<sup>643</sup> Cfr., decisão da Secção 4ª da *Audiencia Provincial de Asturias*, de 1 de Fevereiro de 1996 e de 14 de Fevereiro de 2000; “Secção 3ª da *Audiencia Provincial de Vizcaya*, de 8 de Maio de 1998, e pela “Secção 1ª da *Audiencia Provincial de Barcelona*, de 17 de Julho de 1998. No mesmo sentido também se pronunciou o Tribunal Supremo (Sección 4ª de la Sala 3ª, de 23 de Janeiro de 1998).

<sup>644</sup> CAMBRON, “Approche juridique ...”, *cit.*, p. 123.

<sup>645</sup> Publicada, em Portugal, em *Sub judice - Justiça e Sociedade*, Janeiro/Junho, 20/21, 2001, pp. 147 e ss.

legislador e o meio previsto para a conseguir, porque o resultado, certamente gravoso para o incapaz, não se afigura desproporcionado para alcançar, em condições de segurança e certeza, a finalidade que os persegue”.<sup>646</sup>

Em conclusão, O Tribunal Constitucional entende que esta intervenção se pode justificar já que, assim, (1) a esterilização permite que o incapaz não esteja submetido a uma vigilância constante, facto que seria contrário à sua integridade moral; (2) permite a prática da sexualidade sem o risco de uma procriação de que o incapaz maior não pode nem prever nem assumir as consequências de maneira consciente e (3) a medida implica um benefício para a mulher incapaz adulta na medida em que ela se protege do risco que representaria para ela uma gravidez.<sup>647</sup>

Em França, a Lei de 4 de Julho de 2001 veio admitir a esterilização não terapêutica de adultos capazes. Quanto à esterilização não terapêutica, não pode ser realizada numa pessoa menor. O regime que cria para os adultos incapazes é bastante aperfeiçoado.<sup>648</sup> Assim, a esterilização só é possível se: (1) houver uma contra-indicação absoluta a outros meios contraceptivos; (2) Precisa de ser autorizada pelo tribunal (decisão *du juge des tutelles*) e a (3) a acção proposta pelo pai ou pela mãe ou pelo representante legal; (4) Toma-se em conta a opinião do incapaz e (5) este goza de um direito de veto; (6) A decisão deve tomar em consideração os pareceres de um *comité de peritos*.<sup>649</sup>

Na Inglaterra, na Austrália e nos EUA também não vigora o princípio da proibição da esterilização de incapazes. Antes se criou, ao longo dos últimos vinte anos, por via jurisprudencial ou legislativa, um conjunto de exigências materiais e procedimentais que culminam numa decisão do juiz no sentido de autorizar ou não autorizar a esterilização.<sup>650</sup>

651

---

<sup>646</sup> Esta decisão contou, no entanto, com 4 votos vencidos.

<sup>647</sup> O tribunal afastou assim os argumentos do juiz de primeira instância: “de que a esterilização representa um tratamento desumano e degradante”; que “o aborto é uma medida mais conveniente que a esterilização (!)”; por outro lado, afirmou que a alternativa proposta “a vigilância permanente” representa uma “repressão absoluta” exercida sobre o incapaz adulto. CAMBRON, “Approche juridique ...”, *cit.*, p. 125.

<sup>648</sup> Já antes o *Comité Consultatif d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé*, “La contraception chez les personnes handicapées mentales”, Avis Rapport n.º 49, 3 avril 1996, se havia pronunciado sobre a matéria, admitindo com as devidas cautelas procedimentais a esterilização de incapazes.

<sup>649</sup> Sobre a Lei (francesa) 2001-588, de 4 de Julho de 2001, vide FOSSIER/ VERHEYDE, “La Stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs”, *JCP*, n.º 30, 25 juillet 2001, pp. 1477 e ss. e ASSIA BOUMAZA, “La stérilisation contraceptive et le “handicap mental” après la loi du 4 juillet 2001”, *RDSS*, n.º 2 (2002), pp. 233 e ss.

<sup>650</sup> CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, pp. 197 e ss. Inglaterra [onde se destaca o *Jeanette case*, 1987 e *The Practice Directives on sterilisation of mentally handicapped persons* (de 1989, e actualizadas em 1993 e 1996)]; na Escócia [*vide Lawrence case*], pp. 496 (EUA) *ess.* e pp. 504 (Austrália). Cfr. ainda o *HASTINGS CENTER REPORT*, 25, 1995.

<sup>651</sup> Na África do Sul, o *Abortion and Sterilisation Act* (1975) criou um regime de controlo misto, com componentes de judicialização mas onde prevalece a *autorização administrativa*. Assim, permite-se a esterilização de incapazes desde que se verificassem os seguintes requisitos: 1) dois médicos, um dos quais psiquiatra,

### 5. A solução à luz do direito português

A nossa lei não regula o problema de esterilização não terapêutica de menores ou incapazes adultos. Contudo, os médicos são frequentemente confrontados com esse problema. Penso que como ponto de partida se deve lançar mão da distinção entre esterilização *terapêutica* e *não terapêutica*. Para a primeira, deve-se aplicar o regime do art. 150º CP, pelo que se trata não de ofensas à integridade física, mas de intervenções médico-cirúrgicas, valendo o regime geral de representação dos incapazes.

No caso de esterilização como *método contraceptivo*, estamos no âmbito das ofensas à integridade física, as quais devem passar pelo crivo mais apertado do art. 149º CP (*maxime*, o controlo dos *bons costumes* e, no plano civil, do art. 340º e 81º CC que apelam para a noção de *ordem pública*).

Ora, não me parece que a solução radical de banir absolutamente essa possibilidade responda aos legítimos anseios e necessidades dos incapazes e da sua família. Por outro lado, parece inadmissível deixar ao arbítrio dos representantes legais e do médico a decisão sobre um aspecto tão simbólico na vida de uma pessoa. Não está apenas em causa a integridade física, mas também a capacidade de procriar, de garantir a perpetuidade genética no mundo, que no imaginário colectivo e individual aparece como merecedora de uma tutela acrescida por parte do Direito.

Para além disso, estamos a falar de cidadãos especialmente carenciados e desprotegidos, por vezes a viver em ambientes institucionais, podendo haver o perigo de abuso sexual e desleixo na vigilância da sua higiene, tudo atentando – da forma mais boçal – contra a dignidade dessas pessoas.

Assim sendo, e carreando para a discussão os múltiplos argumentos analisados em sede de direito comparado, penso que se deve distinguir o regime para os menores do regime para os incapazes adultos.

Assim, *no caso de menores*, a adequada ponderação com base no princípio da proporcionalidade não permite que se avance, salvo em casos absolutamente excepcionais, para a solução radical de esterilização definitiva. Na verdade, a ordem jurídica não

---

devem certificar por escrito que a paciente (a) sofre de uma doença hereditária de natureza tal que irá procriar uma criança que sofrerá de uma doença física ou mental que o tornará seriamente deficiente, ou (b) devido a uma deficiência ou anomalia mental permanente é incapaz de compreender as consequências e implicações ou de assumir a responsabilidade parental do fruto do coito. 2) O representante legal deve autorizar por escrito a esterilização. Se não houver representante legal ou este não for encontrado, *um magistrado* pode – após realizar as diligências que julgue adequadas – autorizar por escrito a esterilização. O *Ministro da saúde* (*Minister of National Health and Population Development*) ou um oficial médico do seu departamento autorizado por aquele, deverá conceder autorização por escrito.



simpatiza com a prática de relações sexuais com crianças até 16 anos<sup>652</sup>, pelo que todo o esforço (de vigilância) se impõe para evitar que o menor doente mental seja *objecto* desse tipo de relações até essa idade. Entre os 16 e os 18 anos, estamos perante um período delimitado de tempo, sendo possível lançar mão de outros métodos anticoncepcionais.<sup>653</sup> Para além disso, pode haver evolução favorável da doença psíquica.<sup>654</sup> Diferentemente, no caso de uma mulher adulta, a família depara-se com uma pessoa que pode vir a ter uma vida sexual activa de mais 30, 40 ou 50 anos e seria indigno – como afirmou o Tribunal Constitucional espanhol – sujeitar essa pessoa, *toda a sua vida* a uma vigilância apertada. Por outro lado, nessa idade o seu diagnóstico de atraso mental profundo e permanente estará estabelecido com toda a segurança.

Admitindo, pois, a esterilização pura de incapazes adultos, deve-se ter sempre presente que estes (mesmo os interditos e inabilitados por anomalia psíquica) podem gozar de alguma capacidade de discernimento, pelo que a lei deve assegurar o *direito de audição* e o *direito de veto* perante a esterilização.<sup>655</sup>

No plano do regime *procedimental* a adoptar, o processo deve ser proposto pelos *representantes legais* do incapaz no *tribunal* competente (preferencialmente o Tribunal de Família, visto ser o mais habilitado para lidar com assuntos de direitos das pessoas).<sup>656</sup>

---

<sup>652</sup> Cfr. art. 172º e 174º CP. No art. 173º (Abuso sexual de menores dependentes) verifica-se mesmo que a ordem jurídica pune aqueles que tiverem actos de natureza sexual com menor entre os 14 e os 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência.

<sup>653</sup> No mesmo sentido, BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen...*, p. 288.

<sup>654</sup> Como afirma o *Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique*, Avis n.º 8 du 14 septembre 1998 relatif à la problématique de la stérilisation des handicapés mentaux, in CASSIERS/ ENGLERT/ VAN ORSHOVEN/ VERMEERSCH (Éds), *Les avis du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique 1996-2000*, p. 86, «il est indispensable que la personne handicapée mentale sujette à stérilisation ait atteint un âge qui permette de juger que son état mental restera déficitaire. Le retard mental implique effectivement bien souvent que le processus de maturation sont plus lents et que l'évolution vers des capacités d'adaptation relativement normales s'opère même au-delà de 18 ans. Pour ces jeunes tout particulièrement, l'existence de nouveaux moyens anticonceptionnels par implants efficaces durant des périodes de cinq ans, minimise le risque de grossesses non désirées.»

<sup>655</sup> Realça o *Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique*, Avis n.º 8 du 14 septembre 1998, *cit.*, p. 78, que “le statut d'incapacité juridique n'implique pourtant pas nécessairement que la personne handicapée soit incapable de prendre des décisions qui la concernent. Dans certains cas, elle peut, de fait, valablement consentir à la stérilisation.» Já a *Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência mental*, das Nações Unidas, (1971) e a *Recomendação n.º 99-4 de 23-2-1999 do Conselho da Europa* advogam que a pessoa com atraso mental goza, na medida do possível, dos direitos das outras pessoas. No sentido de se garantir o direito de audição e mesmo um direito de veto, vimos que é este o regime na maior parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros (*v.g.*, França e Alemanha).

<sup>656</sup> O *Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique*, Avis n.º 8 du 14 septembre 1998, *cit.*, p. 85 é uma das raras vozes que se opõe ao controlo *a priori* do tribunal, mas não invoca argumentos convincentes. Ademais, a tese que propugna pelo recurso obrigatório à autorização judicial é a defendida pela Resolução de 19-9-1992 do Conselho da Europa. BOUMAZA, “La stérilisation contraceptive et le “handicap mental”, *cit.*, p. 245, afirma claramente que “*seule une procédure judiciaire visant à solliciter une autorisation de stériliser présenterait des garanties suffisamment protectrices pour la personne handicapée mentale.*” No direito português, o recurso à autorização judicial está prevista para o caso de doação entre vivos (de substâncias regeneráveis) em que o dador é um “incapaz por razões de anomalia psíquica” (art. 8º, n.º 5 Lei 12/93, de 22 de Abril).

Assim, concordo, parcialmente, com o *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, que veio defender que<sup>657</sup>: “1 – A laqueação das trompas, método contraceptivo em princípio irreversível e que requer intervenção cirúrgica, deve ser considerada medida de *último recurso*; a irreversibilidade do seu efeito, que só ocorre em percentagem diminuta, obriga a nova e demorada intervenção cirúrgica; 2 – A autorização necessária, da competência do Tribunal de Menores, deve fundamentar-se nos seguintes elementos: - Relatório médico, que demonstre que *não há esterilidade*, que *o atraso mental é profundo e irreversível* e que nenhum método contraceptivo não cirúrgico garante a prevenção de gravidez; o relatório deve ser subscrito por um médico de cada uma das seguintes especialidades: psiquiatria, neurologia, ginecologia e pediatria; - Relatório de assistente social, sobre as condições actuais de apoio familiar, social e médico da menor e possibilidade de superação das insuficiências verificadas nestes domínios; - Declaração dos pais ou outros representantes legais, que manifeste a concordância ou discordância quanto à intervenção.”

Em conclusão, penso que este documento do CNECV deveria ser tomado como ponto de partida para uma reforma do Direito<sup>658</sup>.

Dirijo do CNECV, na medida em que julgo que se deve proibir, em regra, a esterilização pura de *menores*, e, no processo que conduza à autorização judicial (junto do Tribunal de Família e Menores) para esterilização do incapaz adulto, deve ser garantido o seu *direito de audição* e o *direito de veto*.

---

<sup>657</sup> Parecer 35/CNECV/01, sobre Laqueação de Trompas em Menores com deficiência Mental Profunda (3 de Abril de 2001).

<sup>658</sup> Que num sistema normativista como o nosso deve ser feita preferencialmente por via legislativa, mas isso não impede que os tribunais e a prática jurídica comecem desde já a aplicar aquele que é o regime mais *conforme à Constituição*.

### Secção III - Os Menores

#### § 29. Autonomia progressiva do Menor no Direito Internacional

Pela simples análise de alguns textos internacionais, compreendemos que o rumo do direito actual é o da autonomia progressiva dos menores. Autonomia que se traduz no facto de cada vez mais cedo os menores poderem decidir sobre certos assuntos, ou, pelo menos, terem o direito a ser informados e a dar a sua opinião nas decisões a tomar. No domínio da saúde, surge ainda a figura do direito de veto, ou seja, casos há em que o menor não tem capacidade para consentir, mas pode recusar determinada intervenção, mesmo contra a vontade dos seus pais ou representantes.

O art. 12 da *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*, de 20 de Novembro de 1989, estabelece que “os Estados parte garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.”<sup>659</sup> Conforme as crianças se vão tornando capazes de decidir, de acordo com as suas necessidades, e de exercer os seus direitos por si mesmas, os direitos parentais diminuem. Os pais devem exercer os seus direitos apenas onde a criança não é competente para entender completamente as consequências dos seus actos ou onde a não intervenção possa pôr a criança em risco ou interfira com os direitos dos outros.<sup>660</sup>

A CEDH Bio, no n.º 2 o art. 6º, prevê: “Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a *autorização* do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa designada pela lei. *A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.* Assim, este artigo da *Convenção de Oviedo* aponta para que, na medida do possível, a opinião dos menores deve considerar-se um factor tanto mais determinante quanto maior seja a sua idade e capacidade de discernimento. Isto significa que em certas circunstâncias, tendo em conta a natureza e gravidade da intervenção, assim

---

<sup>659</sup> *Convenção sobre os Direitos da Criança*, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro, in DR, I, 2º Suplemento, de 17-9-1990 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de Setembro. Sobre a sua implementação prática em Portugal, *vide* AA.VV., *II Relatório de Portugal sobre a Aplicação da Convenção dos Direitos da Criança*, Presidência do Conselho de Ministros, 1999, especialmente para a problemática da saúde, pp. 132 a 163.

Já em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas tinha aprovado (pela Resolução 1386 (XIV)) a *Declaração dos Direitos da Criança*, e anteriormente, em 1924 havia sido proclamada a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança.

<sup>660</sup> Eva Sónia SILVA, *A Autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos*, Coimbra, 2000, polic., p. 15.

como a idade do menor e a sua capacidade para entender, a opinião do menor deve adquirir progressivamente mais peso na decisão final, o que pode levar à conclusão de que o consentimento do menor deve ser necessário, ou ao menos suficiente, para algumas intervenções.<sup>661</sup>

Já antes, o Conselho da Europa, na *Recomendação 1121 (1990)*, entendia que o menor é titular de direitos, e propunha que os Estados membros nomeassem um *mediador especial* para as crianças, que possa aconselhá-las, informá-las dos seus direitos, intervir e, se necessário, propor acções em seu nome.

Também a *Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa* estabelece no art. 3.5 que “quando seja necessário o consentimento do representante legal, os pacientes (menores ou adultos) devem, não obstante, ser consultados, antes de ser tomada uma decisão, da forma mais adequada à sua capacidade de decisão.”

### § 30. Direito comparado

No direito dos países que nos são culturalmente próximos, a concepção de menoridade está a atravessar um período de grande transformação, cujo sentido parece ser o da afirmação de maior autonomia e maior respeito pela opinião do menor.

#### 1. Descrição de alguns regimes legais

Parece-nos de grande interesse dogmático tomar em consideração o novo Código Civil de *Macao*, verdadeiro legado cultural e jurídico português para aquele território, que regressou agora à administração da República Popular da China, após séculos de administração portuguesa. De estrutura muito semelhante ao Código Civil português de 1966, foi contudo aperfeiçoado e moldado às necessidades daquele território.

O art. 69º regula a limitação voluntária aos direitos de personalidade. Este artigo regula a problemática de quem deve prestar o consentimento para a limitação voluntária de direitos de personalidade de menores. Segundo tal norma, não são os representantes, mas antes *os próprios menores, desde que maiores de 14 anos, e que possuam o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que prestam esse consentimento*. Assim, para efeitos civis, a limitação voluntária dos direitos de personalidade de menores carecerá de ser consentida por eles próprios se, sendo maiores de 14 anos de idade, as suas condições de maturidade o permitirem. “*Todavia, em qualquer caso — isto é, mesmo antes dos 14 anos de idade —, o menor pode opor-se ao consentimento prestado pelo seu representante, se tiver maturidade para avaliar*

---

<sup>661</sup> Relatório explicativo, parágrafo 45.

*o sentido e alcance desse consentimento.*"<sup>662</sup> Admite-se, assim, a relevância da oposição dos menores, designadamente, no caso de estes terem menos de 14 anos.

Em *Espanha*, o *Código de Ética e Deontologia da Organização Colegial Espanhola* (1999) estabelece que “a opinião da menor será tomada em consideração como um factor que será tanto mais determinante em função da sua idade e do seu grau de maturidade”( art. 10.6). Tradicionalmente, no direito espanhol não se seguia um critério cronológico puro. Alguns autores entendem que o menor que haja alcançado os 16 anos de idade pode decidir e consentir, por si, intervenções e tratamentos que não revistam perigo manifesto e grave (actos médicos benignos). Galán Cortés entende que a idade superior a 16 anos apenas confere uma *presunção de maturidade*, porque o que realmente importa não é a idade real do sujeito, mas sim a faculdade de compreender as vantagens e desvantagens do tratamento, assim como o alcance e consequências da sua decisão.<sup>663</sup>

Quando se trate de menores que reúnem condições de maturidade suficiente (“menor maduro”) e em que, portanto, a sua capacidade de avaliação e entendimento lhes permita conhecer o alcance do acto médico para o seu próprio bem jurídico, *dever ser eles próprios a autorizar a intervenção médica*, nos termos do art. 162, n.º 1 do Código Civil<sup>664</sup>. Sobre este aspecto afirmaram Díez-Picazo e Antonio Gullon que “o consentimento dos menores e incapazes deverá ser prestado por eles próprios se as suas condições de maturidade o permitem, de acordo com a legislação civil”.<sup>665</sup> Na opinião de Romeo Malanda<sup>666</sup> não parece razoável exigir que para o exercício dos direitos de personalidade, para além da maturidade pessoal, se exija que as leis prevejam a possibilidade de o menor poder actuar por si mesmo, visto que o fundamento da exclusão deve estar unicamente no carácter pessoal destes direitos e não na previsão legal. Deste modo, *o carácter pessoalíssimo destes direitos de personalidade impede o fenómeno de representação*<sup>667</sup>. O reconhecimento expresso da capacidade natural neste campo, como excepção à incapacidade de exercício plena, vai dirigido, em suma, a não impedir o exercício de direitos fundamentais a indivíduos que estão, realmente, em condições adequadas para o mesmo, excluindo, por seu turno, os representantes legais da esfera jurídica do menor. Tal não significa, como bem precisa este

---

<sup>662</sup> Paulo MOTA PINTO, “Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau”, *BFD*, 2000, pp. 227.

<sup>663</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*..., p. 92.

<sup>664</sup> Art. 162: “Se exceptuam: 1º- Los actos relativos a derechos de personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

<sup>665</sup> DÍEZ-PICAZO/ GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, 10ª ed., 2001, p. 228.

<sup>666</sup> ROMEO MALANDA, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, parte I, *La Ley*, ano XXI, n.º 5.185, 16 de Novembro de 2000.

<sup>667</sup> Cfr. com a posição de Reinhard RESCH, “Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen”, in KOPETZKI, *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Wien, Manz, 2002, p. 53.

autor, que os pais não possam em qualquer caso tomar decisões relativas a estes direitos dos seus filhos menores de idade – por exemplo, a saúde dos seus filhos e as medidas a adoptar. O que ocorre é que quando actuam os pais nesta esfera *fazem-no não como representantes legais dos seus filhos, mas sim em função do seu dever de velar por eles* (cfr. artigos 162 e 154 do Código Civil espanhol).

Se os menores não têm condições de maturidade suficiente, serão os seus pais ou tutores quem deve receber a informação necessária para outorgar o consentimento para a intervenção, e este será sempre em benefício do menor.<sup>668</sup>

No país vizinho, caminha-se, pois, no sentido da promoção da *autonomia do menor*. De acordo com *Lei de Protecção Jurídica do Menor*<sup>669</sup>, a criança goza do direito a receber informação em geral (art. 5), pelo que, por maioria de razão, deve valer quando está em causa a sua pessoa, sempre que as condições de maturidade lho permitam. Por outro lado, o menor tem o direito a ser ouvido sobre certos assuntos, a que não devem ser alheios os cuidados de saúde.<sup>670</sup>

Actualmente, a Lei 41/2002, de 14 de Novembro, aposta no escalonamento do desenvolvimento das crianças em três patamares: até aos 12 anos, entre os 12 e os 16 anos e com mais de 16 anos (art. 9, n.º3, al. c)). Para estes últimos prevê-se uma capacidade para consentir, mas em caso de actuação de grave risco, de acordo com o critério do médico, *os pais serão informados e a sua opinião* será tida em conta no processo de tomada da decisão. Os maiores de 12 anos devem ser ouvidos, mas quem toma a decisão são os titulares do poder paternal, valendo para os mais infantes ou para os casos de o menor ainda não revelar capacidade intelectual ou emocional de compreender o alcance da intervenção, as regras clássicas da representação.

A legislação autonómica acolhe este mesmo princípio, merecendo destaque a *Ley 21/2000*, de 29 de Dezembro, da “Generalitat” da Catalunha. Dispõe esta Lei que se os menores não têm capacidade, nem intelectual nem emocional, para compreender o alcance da intervenção sobre a saúde, o consentimento deve ser dado pelo representante do menor, mas este deve escutar, em qualquer caso, a criança com mais de 12 anos.<sup>671 672</sup> Nos demais

---

<sup>668</sup> O benefício para o menor tem vindo a ser definido na jurisprudência espanhola: Sala 1ª do Tribunal Supremo (TS), de 23 de Abril de 1992; Secção 4ª da Audiência Provincial (AP) da Corunha, de 20 de Março de 1998.

<sup>669</sup> Cfr. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Janeiro, sobre a Protecção Jurídica do Menor.

<sup>670</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*..., p. 79.

<sup>671</sup> Llei 21/2000 (Catalunya), Article 7, 2 – d): “En el cas de menors, si aquests no són competents, ni intel·lectualment ni emocionalment, per a comprendre l’abast de la intervenció sobre la pròpia salut, el consentiment l’ha de donar el representant del menor, *havent escoltat, en tot cas, la seva opinió si és major de dotze anys*. En la resta de casos, i especialment en casos de *menors emancipats i adolescents de més de setze (16) anys, el menor ha de donar personalment el seu consentiment.*”

casos, e especialmente quando têm capacidade de discernimento ou têm mais de 16 anos, o menor deve dar pessoalmente o seu consentimento.

Em caso de conflito entre a vontade do “menor maduro” e a dos seus pais, tutores ou representantes legais, a doutrina entende que *deve prevalecer a vontade do menor*, porquanto estamos perante actos que afectam bens como a liberdade, a saúde e a vida do paciente e, conseqüentemente, ante direitos de personalidade. Em caso de discrepância entre o menor e os seus pais, tutores ou representantes legais, mas que persistem *dúvidas sobre a maturidade do menor*, parece razoável que decida o *juiz*, com apoio essencial no critério do médico. Se estivermos perante casos de urgência iminente e vital, o próprio médico, amparado pelo estado de necessidade, deverá decidir a medida terapêutica em benefício do menor.

Em França, a *loi du 4 mars* estabelece um regime segundo o qual os direitos dos menores são exercidos pelos titulares do poder paternal, que recebem a informação, nos termos gerais. A novidade – para o direito gaulês - consiste no facto de os menores terem direito a receber eles próprios a informação e a participar no processo de decisão que lhes diz respeito, de um modo adaptado aos seu grau de maturidade.<sup>673</sup> Por seu turno, o Código de Deontologia mostra-se mais preocupado com a necessidade de o médico consultar os pais antes de efectuar a intervenção, não avançando qualquer pista quanto à posição do menor no processo de decisão.<sup>674</sup>

Na Bélgica toma-se em conta a idade do discernimento. O ante-projecto de lei Colla (Bélgica) relativo aos direitos do paciente previa que a informação podia ser comunicada ao menor se este tivesse a idade de 14 anos. Leleu e Genicot entendem que a idade de 14 anos é razoável, mas aconselham os médicos a comunicar também com os pais: na medida do

---

<sup>672</sup> A idade de 12 anos também surge como relevante na “Guía práctica sobre el consentimiento informado” da Comunidad Foral de Navarra (1997). Se o paciente é maior de 12 anos e se, no juízo do médico, reúne a maturidade suficiente para receber a informação e outorgar o consentimento, o documento do consentimento informado deve ser assinado por ele, para além dos seus pais ou representante legal. No caso de menores de 12 anos, é recomendável valorar a capacidade de compreensão da informação a respeito do processo e dos procedimentos que se irão realizar, embora sejam os seus pais ou representantes legais que devem assinar o documento – cfr. GALÁN CORTES, *ob. cit.*, p. 93.

<sup>673</sup> “Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.» A *Circular de 1 de Agosto de 1983*, sobre hospitalização de crianças, já recomendava a informação ao menor, a quem devem ser prestadas explicações em função da sua idade e das suas possibilidades de compreensão.

<sup>674</sup> Art. 42: “Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires. Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible.”

possível, pais e criança devem estar associados à decisão.<sup>675</sup> A nova lei de direitos dos pacientes (de 22 de Agosto e 2002), porém, não estabelece uma idade precisa, relegando para uma *apreciação casuística*, em função da idade e da maturidade do menor.<sup>676</sup>

O regime do Código Civil dos *Países Baixos* (de 1994) nesta matéria é bastante original, prevendo um sistema de aquisição da capacidade para consentir em cascata.<sup>677</sup> Assim, se a criança tiver menos de 12 anos é considerada incapaz. Entre os 12 e os 15 anos *presumem-se capazes*, salvo prova em contrário. *Se for competente*, exige-se um duplo consentimento (dos pais e do menor); todavia se o menor recusar, não se pode realizar a intervenção. Se, por seu turno, os pais recusam, realiza-se a intervenção se esta for necessária para evitar *danos graves* ou *o menor insistir* na intervenção. Na hipótese de o menor ser *incapaz*, atende-se ao consentimento dos pais. Ainda assim, se o menor *objectar*, as intervenções invasivas não se realizam, excepto se forem necessárias para prevenir graves danos à saúde do menor. Finalmente, o menor com 16 ou mais anos é considerada plenamente capaz.<sup>678</sup>

Na *Áustria*, a nova lei de 2001 segue, no essencial, os princípios penais e civis tradicionais. O menor com capacidade de discernimento (capacidade de compreender a informação e de formular um juízo decisório) toma por si mesmo a decisão. Quando não têm essa capacidade, carece da autorização de uma terceira pessoa (normalmente o titular do poder paternal).<sup>679</sup>

As novidades desta lei são o melhor esclarecimento de que quem deve dar a autorização é a pessoa que se ocupa da educação e sustento da criança, bem como a presunção de que os menores “maduros” (*mündigen Minderjährigen*) gozam de capacidade de discernimento (e vice-versa). Quando a intervenção assume uma forte gravidade, que ponha em causa a incolumidade corporal ou da personalidade para além do consentimento do menor é necessária a autorização dos titulares do poder paternal.<sup>680</sup> Esta lei baixou a idade da maioridade para os 18 anos (§21.2 ABGB) e criou uma norma especial referente ao consentimento para intervenções médicas (§146c ABGB). O critério fundamental é o da

---

<sup>675</sup> LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>676</sup> Cfr. Art. 12, § 2 “Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts.»

<sup>677</sup> MARKENSTEIN, “The Codification in the Netherlands of the Principal Rights of Patients: A Critical Review”, *European Journal of Health Law* 2: 33-44, 1995.

<sup>678</sup> Inclusiveamente, a Lei da eutanásia admite que os maiores de 16 anos decidam autonomamente sobre esta opção.

<sup>679</sup> Para uma análise das intensas divergências doutrinárias no direito anterior a 2001, *vide* RUMMEL, *Kommentar zum ABGB*, 1. Band, Wien, 2000, pp. 56 e ss.

<sup>680</sup> (KindRAG 2001) Kinderschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl I 2000/135. *Vide* KOPETZKI, “Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit”, *cit.*, p.9 e ss.



*capacidade de compreensão e de decisão* (“*Einsichts- und Urteilsfähigkeit*”) do menor. A lei estabeleceu uma importante presunção: os menores “maduros” (com mais de 14 anos) presumem-se capazes, os outros presumem-se incapazes. Esta presunção vem facilitar a prática clínica no quotidiano e garante maior segurança jurídica.

A capacidade de compreensão e de decisão deve ser analisada em função do caso concreto. Assim deve-se ter em conta a idade, a maturidade, o estado de saúde, a personalidade e outros factores relativos à criança; por outro lado, a gravidade da intervenção, os riscos da sua realização ou não realização, as possíveis consequências e o estado da ciência médica.<sup>681</sup>

No caso de *intervenções graves* (“*Schwere Behandlungen*”), o §146c.2 ABGB prevê uma regra especial. Para além do consentimento do menor ‘maduro’ deve também o titular do poder paternal autorizar essa intervenção. Pretende a lei que os pais colaborem com o menor na formação da sua decisão nos casos mais graves. Esta solução implica, segundo Resch, uma limitação do direito à autodeterminação do menor com capacidade de discernimento. Porém, segundo o relatório explicativo da lei, a falta de autorização parental não afecta a relação entre o médico e a criança; o consentimento desta é suficiente para garantir a sua eficácia. Trata-se antes de uma *instrução de procedimento* (*Handlungsanleitung*) dirigido ao médico, com vista a favorecer o envolvimento dos pais no processo de decisão e oferecer um maior apoio ao menor.<sup>682</sup>

A doutrina alemã aponta regras muito semelhantes, embora não disponha de um enquadramento legal tão sistematizado. Assim, perante menores de 14 anos, o médico deve esclarecer e obter o consentimento dos representantes legais, em regra os progenitores; os maiores de 14 anos com capacidade de discernimento para aquela concreta intervenção devem ser chamados autonomamente a assumir o consentimento informado. Todavia, desde que não ponha em causa o dever de confidencialidade deve também consultar os

---

<sup>681</sup> RESCH, “Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen”, in KOPETZKI (Hrgs.), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, p. 42. É discutida a possibilidade de, em caso de dúvidas, se recorrer ao tribunal para decidir se o menor pode ou não consentir. Todavia, a existência da presunção legal na lei visa precisamente evitar tal complexidade. Se o menor tem mais de 14 anos presume-se capaz, pelo que o médico tem o ónus de argumentar no sentido da sua incapacidade de discernimento e nesse sentido é muito importante que este *documente* a sua decisão.

<sup>682</sup> Escrita antes da entrada em vigor desta lei, a dissertação de BARTH, *Die Einwilligung...*, 1999, já analisava a capacidade para consentir por grandes grupos de situações clínicas. Assim, distinguia *as intervenções quotidianas e inofensivas, das intervenções com consequências graves e elevados riscos*. Para além disso analisava os casos regulados em leis especiais: o caso da vacinação, da interrupção de tratamentos vitais, a experimentação, análises do genoma, transplante de órgãos, operações plásticas e medidas anticoncepcionais (esterilização, a utilização da pílula) e a interrupção da gravidez.

país. Isso deve acontecer sempre que estejamos perante intervenções mais complexas e não urgentes.<sup>683</sup>

As regras enunciadas valem apenas para aferir da validade e eficácia do consentimento para a intervenção médico-cirúrgica. Não abrangem, pois, a capacidade negocial, ou seja, a capacidade para celebrar um contrato com o médico. Assim, em regra, o menor necessitará da assistência do titular do poder paternal para celebrar o contrato.<sup>684</sup> Naturalmente que a situação fáctica será distinta consoante se trate de uma intervenção que acarrete encargos patrimoniais para o paciente (consulta particular, em clínica ou consultório médico) ou não (*v.g.*, assistência no SNS, em medicina escolar, no uso dos benefícios de um seguro de saúde).

No direito *inglês*, o consentimento para intervenções médicas dos maiores de 16 anos é válido.<sup>685</sup> Os menores com menos de 16 anos também podem consentir na medida em que sejam considerados capazes, nos termos do critério “*Gillick*”. A *House of Lords* decidiu que o menor de 16 anos podia validamente consentir no tratamento médico, se ele fosse capaz de entender “what was involved”.<sup>686 687</sup>

## 2. Análise comparativa

Se pretendermos traçar um quadro muito simples desta pequena investigação pelo direito comparado, podemos afirmar que em quase todos os países há uma maioria especial para cuidados de saúde. Encontramos, todavia, divergências quanto à idade dessa dita *maioridade*.

Alguns países vão dando progressivamente maior autonomia, com uma primeira barreira aos 12 e a definitiva aos 16: é o caso da Holanda e da Espanha.<sup>688</sup>

Outros preferem a fronteira dos 14 anos, não dispensando, contudo, uma concreta análise da capacidade de discernimento do adolescente no caso concreto. É o caso da

---

<sup>683</sup> Cfr. LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 530, com indicações bibliográficas.

<sup>684</sup> RESCH, “Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen“, *cit.*, p. 40.

<sup>685</sup> Section 8 of the *Family Law Reform Act 1969*.

<sup>686</sup> Isto é, “the nature, purpose and likely consequences”: KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 646. Para mais desenvolvimentos, MICHALOWSKI, “Reversal of Fortune – Re A (Conjoined Twins) and Beyond: Who should make treatment decisions on behalf of young children?”, *Health Law Journal*, Vol.9, 2001, 149-169.

<sup>687</sup> Na doutrina norte-americana também se constata uma necessidade de adequar a capacidade dos menores para consentir às exigências éticas de respeito pela autonomia dos pacientes. Assim, WHITE, *Competence to Consent*, p. 187, escreve: “Given the moral justification for informed consent appeals to respecting autonomy and producing the best consequences, *there may be good moral reasons for extending decision-making authority to children who possess the relevant capacities...*”

<sup>688</sup> Segundo FALLBERG, “Consequences of the Amsterdam Declaration – a rights revolution in Europe?”, in 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 7, a Noruega e a Geórgia seguem regras semelhantes – “the ‘ladder-mechanism’ providing the young patient with some rights at the age of 12 and gradually extending her rights as she gets older.”

Áustria, da Alemanha, do Quebec<sup>689</sup>, New South Wales (Austrália) e de muitos estados dos EUA.<sup>690</sup>

Num terceiro grupo, enquadrámos os países que criam uma verdadeira maioria para os cuidados de saúde aos *16 anos*: é o caso da Inglaterra e da Austrália do Sul.

Finalmente, noutros ordenamentos jurídicos, não se lança mão sequer de uma idade indicativa, fazendo depender da *avaliação concreta da capacidade de discernimento*: é o caso da Bélgica, da Suíça<sup>691</sup>, da Suécia<sup>692</sup> e da Finlândia<sup>693</sup>.

## § 31. O Regime do consentimento dos menores à luz do direito português

### 1. Menoridade e Poder Paternal

Entre nós, "é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade" (art. 122º CC), e os menores carecem de capacidade para o *exercício* de direitos (art. 123º CC). Essa incapacidade abrange, em princípio, quaisquer negócios de natureza pessoal ou patrimonial: "é uma incapacidade *geral*"<sup>694</sup>, sendo normalmente suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela.<sup>695</sup>

Assim, segundo o art. 1877º CC: "*Os filhos estão sujeitos ao poder paternal até à maioridade ou emancipação*". Portanto, os pais têm o poder-dever de "velar pela saúde dos seus filhos" (art. 1878º, n.º 1 CC). Além disso, os pais têm o poder-dever de "representar" os filhos na prática de actos jurídicos, isto é, têm o poder-dever de se substituírem aos filhos sempre que seja necessário ou conveniente celebrar actos jurídicos de que resultem direitos ou

<sup>689</sup> Nathalie GIRARD, *Le Consentement du mineur aux soins médicaux*, Les Éditions Yves Blais, Quebec, 1993, p. 39.

<sup>690</sup> Cfr. Cfr. HERZOG, "Landesbericht USA", TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche...*, p. 983 e Leonard GLANTZ, "Research with Children", *American Journal of Law & Medicine*, Volume XXIV, Numbers 2 & 3, 1998, p. 226. Neste país, a jurisprudência considera o menor maduro quando este viva separado dos pais, seja economicamente independente ou quando esteja casado (Cfr. HERZOG, *ibidem*, p. 983).

Segundo GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 76, algumas investigações sugerem que os adolescentes com 14 anos ou mais tendem a efectuar decisões muito semelhantes às dos adultos. No mesmo sentido TAUPITZ, 'Landesbericht Deutschland', TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 316.

<sup>691</sup> PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztliche Aufklärung*, p. 104

<sup>692</sup> WESTWERHÄLL, "Country Report Sweden", in TAUPITZ, *Regulations of Civil Law...*, p. 895: "There is no specific age which has been said to be the limit for decision competency..." "It is the doctor responsible for the patient who has to decide if the under aged person is capable of consenting to care and treatment." Todavia, (Cfr. *Idem, ibidem*, p. 896) a idade de *15 anos* é a mais considerada como a *guide line* no direito sueco

<sup>693</sup> *Act on the Status and Rights of Patients* No. 785, 17-8.1992, section 7 (The status of minor patients): "The opinion of a minor patient on a treatment measure has to be assessed if it is possible with regard to his/her age or level of development. If a minor patient owing to his/her age and level of development can decide on the treatment given to him/her, he/she has to be cared in mutual understanding with him/her." (Cfr. LAHTI, "Towards a Comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finish Experience", in WESTERHÄLL/ PHILLIPS (Eds.), *Patient's Rights*, Stockholm, 1994, 216. A doutrina costuma, todavia, apontar para idade de *15 anos*. Mas no caso de aborto, a adolescente é sempre considerada soberana.

<sup>694</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 222.

<sup>695</sup> Artigos 124º, 1878º e 1921º CC.

obrigações para os representados. Mas é preciso averiguar quais são os limites do poder paternal.

Note-se ainda que, se os pais forem casados, *o exercício do poder paternal pertence a ambos os pais* (art. 1901º, nº1 CC). Os pais exercem o poder paternal de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação (art. 1901º, nº 2 CC). Nos termos do art. 1902, nº 1: “Se um dos pais praticar acto que integre o exercício do poder paternal, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de acto de particular importância; a falta de acordo não é oponível a terceiro de boa fé.”

Nos outros casos — divórcio<sup>696</sup>, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou em caso de filho nascido fora do matrimónio — haverá necessidade de se proceder à regulação do exercício do poder paternal. A lei prevê a possibilidade de os pais acordarem no exercício em comum do poder paternal ou, na falta de acordo, o poder paternal será exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado.<sup>697</sup>

Quando os pais não possam ou forem inibidos de exercer o poder paternal, o menor ficará sujeito a *tutela*. O cargo de tutor recairá sobre a pessoa designada pelos pais ou pelo tribunal de menores. Em regra, o tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais. A lei aponta algumas diferenças de regime, as quais recaem basicamente sobre aspectos patrimoniais, pelo que, relativamente ao acesso aos cuidados de saúde, o regime será, regra geral, semelhante ao que apontaremos para os pais do menor.

Realce-se, contudo, desde já, que em matéria de transplantações (regulada na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril), resulta do art. 8º, nº 3, que os tutores não poderão representar os menores, pois “o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, *pelo tribunal*.” Para um acto tão radical e dramático quanto este, o legislador apenas confia a autorização aos pais ou ao tribunal, manifestando desconfiança perante o mero tutor que, parafraseando Lorca, não partilha do sangue do filho. Poderíamos colocar a hipótese de, em sede interpretativa, estender esse regime de menor capacidade de representação a outros actos graves, tais como, os ensaios clínicos, intervenções cirúrgicas arriscadas, etc. Todavia,

---

<sup>696</sup> Refira-se que de acordo com a nova lei austríaca relativa aos direitos das crianças (KindRÄG 2001) ambos os pais são responsáveis, em princípio, pela assistência ao menor mesmo em caso de divórcio. Cfr. RESCH, “Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen”, *cit.*, p. 39.

<sup>697</sup> Cfr. a redacção da Lei n.º 59/99, de 30 de Junho, dos artigos 1901º a 1912º CC.

penso que o mais que se pode é ser mais exigente em matéria de recusa de intervenções médicas que causem perigo para a saúde do menor. Isto é, o limite de tolerância e o respeito pelo poder paternal que é constitucionalmente imposto (art. 36º, n.ºs 5 e 6 CRP; cfr. *infra* 9) não tem aqui justificação. O tutor, ao contrário dos progenitores não exerce qualquer direito de personalidade, apenas cumpre um poder funcional a que está adstrito e que deve justificar. Por isso mesmo, até no âmbito patrimonial, o legislador foi mais rigoroso com a tutela do que com o poder paternal.

O poder paternal é, de todo o modo, um poder-dever atribuído aos pais por causa da incapacidade natural dos menores e para defesa dos interesses dos filhos: é um poder conferido na medida do necessário para a protecção dos menores. É assim que o Código Civil afirma que, "de acordo com a maturidade dos filhos, (os pais) devem ter em conta a sua opinião (...) e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida" (art. 1878º, n.º2). Portanto, a medida dos poderes e da intervenção dos pais reduz-se progressivamente até aos dezoito anos, com uma redução rápida na fase final da relação do poder paternal, motivada pelo desenvolvimento acelerado da adolescência.

## 2. As 'maioridades especiais'

O art. 26º da CRP consagrou o *direito ao desenvolvimento da personalidade*. Ora, sendo os menores titulares de direitos fundamentais, é natural a construção de um regime jus-civilístico que garanta a criação de condições para que cada um possa, desde a mais tenra idade, ir 'escrevendo a sua biografia'. No domínio dos cuidados médicos, como já tantas vezes foi repetido, estamos perante bens jurídicos pessoalíssimos, onde está em causa a tutela de bens da personalidade, pelo que importa evitar, tanto quanto possível, qualquer forma de heteronomia, mesmo por parte dos progenitores. Assim sendo, dever-se-á defender a autonomia dos menores no exercício dos seus direitos de personalidade, *maxime* na matéria do consentimento informado.

Para tanto importa ter em conta os ensinamentos da psicologia e os dados normativos do direito português. Os menores, à medida que vão ganhando maturidade, vão podendo exercer alguns direitos. Assim, a passagem para a maioridade não é abrupta e instantânea para todos os efeitos legais. A ordem jurídica vai reconhecendo, para certos efeitos, a capacidade do menor, concede-lhe direito a ser ouvido e a dar opinião ou mesmo um direito de agir autonomamente. Deste modo, encontramos várias normas que reconhecem plena capacidade de decisão aos menores, a que Guilherme de Oliveira chama de "*maioridades especiais*".

Segundo o art. 1901º, n.º2, o juiz deve *ouvir a opinião* do menor que tenha 14 anos, quando tiver de dirimir um desacordo entre os progenitores, em assuntos importantes relativos ao exercício do poder paternal e inclusivamente de ser ouvido nos processos de regulação do poder paternal (art. 175º OTM).<sup>698</sup> Em matéria de adopção, o art. 1981º, n.º1, al. a) exige o consentimento do adoptando com mais de 12 anos. Por outro lado, o juiz deverá *ouvir* obrigatoriamente os filhos do adoptante maiores de 14 anos (art. 1984º, al. a)). Atentemos, ainda, no art. 1931º, n.º2, que manda *pedir opinião*, ao menor com mais de 14 anos, sobre quem há-de ser o seu tutor.

O jovem de 16 anos pode *escolher livremente a sua religião*.<sup>699</sup> Os menores gozam de capacidade de exercício de direitos, para a prática de actos jurídicos de "pequena importância" (art. 127º CC).<sup>700</sup> Os menores com idade núbil (isto é, com mais de 16 anos - cfr. art. 1601º) que casaram sem pedir o consentimento dos pais, estão sujeitos a sanções especiais (de índole puramente patrimonial [art. 1649º]) mas *o casamento é válido* (art. 1649º CC).<sup>701</sup> Outro importante caso é a "capacidade para *perfilhar* os maiores de 16 anos" sem necessidade de autorização dos pais (art. 1850º do CC).

A Lei n.º 33/87, de 11 de Julho, alterada pela Lei n.º 35/96, de 29 de Agosto, (lei que regula o direito de associação dos estudantes) confere aos jovens com 14 anos a capacidade de praticar actos jurídicos no âmbito das actividades associativas.

O autor de obra literária ou artística pode exercer os direitos pessoais que sejam inerentes a esta desde que tenha para tanto entendimento natural (art. 69º Código do Direito de Autor e Direitos Conexos).<sup>702</sup> O menor tem ainda capacidade para adquirir por usucapião (art. 1289º, n.º 2) e para adquirir posse (art. 1266º).<sup>703</sup>

---

<sup>698</sup> Cfr. Rosa MARTINS, "Processos de Jurisdição Voluntária, Acções de Regulação do Poder Paternal, Audição do Menor", *BFD* 77 (2001), pp. 721-752.

<sup>699</sup> Art. 1886º - Educação Religiosa: "Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de 16 anos." No mesmo sentido, o at. 11º, n.º 2 da Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho). No plano internacional, o art. 13º, n.º 3, 2ª parte, do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais reserva aos pais o direito de assegurarem a educação religiosa dos filhos, de acordo com as suas convicções religiosas.

<sup>700</sup> Este art. 127º configura uma importante excepção à incapacidade, sobretudo, em matéria patrimonial. Assim os menores podem praticar actos de administração ou disposição dos bens que o menor haja adquirido por seu trabalho (art. 127º, al. a)); são válidos os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância (art. 127º, al. b)); são válidos os negócios relativos à profissão, artigo e ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, artigo e ou ofício (art. 127º, al. c).

<sup>701</sup> Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 215, nota 2.

<sup>702</sup> Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, p. 182.

<sup>703</sup> A usucapião necessita de ser invocada por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público (art. 309º, aplicável por força do disposto no art. 1292º). Cfr. Manuel HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, polic., 1967, p. 114.

A nível processual, os menores com mais de 16 anos têm expressamente capacidade para estarem por si só em juízo em processos de natureza laboral, já que também têm capacidade para trabalhar (art. 122º da Lei do Contrato Individual de Trabalho, segundo a Lei n.º 58/99 de 30 de Junho)<sup>704</sup>, e podem depor todos os que tiverem aptidão física e mental para tanto, o que, inclui os menores que se mostrem ter capacidade natural.

### 3. 'Maioridades especiais' na legislação de direito da saúde

No domínio da legislação de direito da saúde, é patente a emancipação que se atribui aos menores a partir da adolescência.<sup>705</sup> Segundo o regime da 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 contraceção".<sup>706</sup>

---

<sup>704</sup> A capacidade judiciária tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos (art. 9º, n.º 2). Quanto aos actos que os incapazes possam exercer pessoal e livremente, não carecem de representação em juízo (art. 10º, n.º 1, parte final, do CPC). Assim sendo, será esta capacidade judiciária em processos laborais uma excepção ou uma exemplificação de uma outra regra, qual seja: sempre que o menor tenha capacidade *substantiva* para exercer determinados direitos, este deveria poder agir em juízo?

<sup>705</sup> 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 informações relativamente aos pais (ou tutores) no interesse objectivo dos menores. Pense-se, por exemplo, no caso de doenças sexuais, toxicoddependência ou a prescrição de contraceptivos orais (BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, 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.

Entre nós, 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 (Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, "O acesso dos menores aos cuidados de saúde", *in Temas...*, p. 229 e 232).

<sup>706</sup> 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.

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.<sup>707</sup>

Quanto ao regime da *interrupção voluntária da gravidez*, a lei dá o poder de decisão à grávida com 16 anos. Tal norma está prevista no art. 142º do CP, que prevê os casos de Interrupção da gravidez não punível<sup>708</sup>. Tem especial interesse, para a matéria que estamos a tratar, atentar às especiais exigências da lei para esta melindrosa intervenção médico-cirúrgica. Por um lado, exige-se que “a verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez seja certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.” (art. 142º, nº 2). Por outro lado, o consentimento é prestado “em *documento escrito* pela mulher grávida ... e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção” (art. 142º, nº3, al. a)). Trata-se de um dos

---

<sup>707</sup> Cfr. ainda, no âmbito de legislação que garante alguma autonomia aos menores, o DL 259/2000, de 17-10 e o art. 53.º, n.º 4 do DL 323-D/2000, de 20-12. Refira-se que, segundo o CP, a partir dos 16 anos o menor pode validamente dar o seu *acordo* para a prática de relações sexuais; sendo que mesmo a partir dos 14 anos estas relações só serão puníveis, se o parceiro, *sendo maior, abusar da sua inexperiência* (art. 174º CP).

<sup>708</sup> A interrupção da gravidez, com consentimento da mulher grávida, não é punível quando praticado por um médico em função de determinadas indicações: a indicação terapêutica (als. a) e b) do nº 1 do artigo 142º), a indicação embriopática ou fetopática ou por lesão do nascituro (al.c) e a indicação criminal, criminológica, ética, jurídica ou humanitária (al.d)). A chamada indicação social ou em situação de necessidade não foi todavia reconhecida como tal. Sobre esta matéria, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, p. 168 e ss.



casos em que o consentimento carece de *forma escrita*. Está em causa conferir especial solenidade a este acto que afecta não apenas o bem jurídico liberdade e autodeterminação da saúde da mulher, mas também e sobretudo, o bem jurídico autónomo, que é a *vida intra-uterina*.

Finalmente, e debruçando-nos sobre a matéria que especialmente nos ocupa neste momento, o art. 142º, nº 3, al. b) introduziu uma *especialidade*, "que consiste em dar capacidade para consentir na intervenção apenas às maiores de 16 anos e não de 14, como é a regra jurídico-penal"<sup>709</sup>, prevista, como vimos, no art. 38º, nº 3. Figueiredo Dias contesta veementemente este regime especial. "Com efeito, diz o Autor, considerada justificada pela lei a interrupção de uma gravidez em certos casos, a investigação da vontade da interessada, real ou presumida, deveria ser imposta pela mesma lei até ao limite do possível; e na verdade tanto para consentir, como para não consentir na interrupção. Ora, *v.g.*, uma mulher de 14 ou 15 anos pode consentir em uma ofensa ao seu corpo, incluída uma intervenção médica de qualquer tipo, em uma ofensa à sua liberdade pessoal, em uma ofensa à sua honra ou à reserva da sua vida privada, e, não possuindo o discernimento necessário, a questão pode e deve nestes casos ser reenviada para o consentimento presumido (art. 39º, 1 CP), que repousa ainda na *vontade razoável* da interessada. Mas se assim é, não se compreende de todo a razão por que, na interrupção da gravidez a lei aniquilou completamente a ligação entre o consentimento e a vontade da grávida menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz."<sup>710</sup>

Na minha opinião, deve-se compatibilizar este regime com o art. 38º, nº 2 do CDOM: "No caso de crianças ou incapazes, o Médico procurará respeitar na medida do possível, *as opções do doente*, de acordo com a capacidade de discernimento que lhes reconheça, actuando sempre em consciência na defesa dos interesses do doente". E isto porque, neste caso, a norma do CDOM respeita de forma mais adequada os direitos fundamentais à integridade física e moral, à autodeterminação nos cuidados de saúde e do desenvolvimento da personalidade, previstos na CRP, do que o CP que posterga todos estes interesses constitucionais a favor de uma possível autorização para abortar, ou vice-versa, provinda de um qualquer "parente na linha colateral" (art. 142º, nº3, al. b))!

Poder-se-ia, inclusivamente, defender que a grávida com capacidade de discernimento (*maxime* entre os 14 e os 16 anos) goza de um *direito de veto*, no caso de o

---

<sup>709</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, p. 193.

<sup>710</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, p. 196.

representante legal optar pela interrupção da gravidez contra a vontade dela,<sup>711</sup> sobretudo nos casos de aborto com indicação criminológica e eugénica. Tratar-se-ia de direito de veto como *garantia de dignidade* (Amelung) e teria o seu fundamento supra-legal no direito à integridade física (art. 25º CRP e com certa refracção no direito à vida, previsto no art. 24º CRP).<sup>712</sup>

Outra situação em que a lei confere aos maiores de 14 anos a autonomia para decidir da realização de certas intervenções médicas encontra-se prevista na Lei n.º 36/98, de 24 de Julho (LSM). Nos termos do seu art. 5º, n.º 3, só os menores de 14 anos ou os que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento é que serão substituídos pelos representantes legais para exercer os direitos previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do art. 5º. Quais sejam: "Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de tratamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros" (al. c); "não ser submetido a electroconvulsoterapia sem o seu prévio consentimento escrito" (al. d)); "aceitar ou recusar, nos termos da legislação em vigor, a participação em investigações, ensaios clínicos ou

<sup>711</sup> BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen...*, p. 288

<sup>712</sup> Para GALÁN CORTÉS, o consentimento da menor suficientemente madura, relativamente à vontade de abortar, desde que reúna os requisitos exigidos para a sua prática, deve prevalecer sobre a vontade dos seus pais. No mesmo sentido, também considera que deve respeitar-se a vontade de uma menor madura continuar a gravidez. No caso de uma menor sem maturidade, deve prevalecer o melhor interesse da grávida sobre qualquer outro, embora, tendo em conta a enorme transcendência do acto, deve sempre ter-se em conta a opinião da menor, recorrendo-se à autoridade judicial em caso de conflito de vontades, sempre e quando não se dê uma situação de urgente perigo de vida para a gestante, suposto este último em que o médico deverá agir no interesse prevalente da menor.

O Supremo Tribunal Federal dos EUA anulou regulamentos estaduais que exigiam o consentimento dos pais para abortos realizados a menores de idade (Casos *Planned Parenthood of Central Missouri versus Fanforth* (1976) e *Bellotti versus Baird* (1979)), ao considerar que os regulamentos eram inconstitucionais, pois restringiam os direitos fundamentais de menores capazes, ao colocar-lhes uma carga ilegítima sobre o direito a solicitar o aborto. Por esse motivo, vários Estados (Alabama, Kansas, Massachusetts, Nebraska, Carolina do Norte, Ohio e Texas) exigem, em princípio, que se notifique a decisão aos pais. Esta medida, contudo, tem uma série de excepções. Assim, não se aplica quando a menor for *madura* e esteja suficientemente informada para tomar a decisão, quando a notificação vai contra o melhor interesse da menor, ou quando a exponha a abuso físico, sexual ou emocional. De qualquer modo, qualquer destas excepções deve ser contraditada em sede judicial. O Supremo Tribunal do Texas, na decisão de 25 de Fevereiro de 2000, *In Re Janete*, (trata-se da primeira decisão do Supremo Tribunal do Texas, após a modificação da lei que impõe o dever de notificação aos pais ao menos 48 horas antes da prática da interrupção da gravidez) precisou qual era o âmbito da prova necessária para que se não notificassem os pais, denegando, no caso concreto, a uma menor o direito a abortar sem previamente notificar os pais. O tribunal julgou que a menor não estava suficientemente informada sobre as consequências psicológicas que a médio e longo prazo esta prática acarreta, assim como as alternativas ao aborto, incluindo as ajudas familiares ou a possibilidade de entregar a criança para adopção. Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 89. Cfr. tb. HERZOG, "Landesbericht USA", TAUPITZ (Hrsg.) *Zivilrechtliche...*, p. 984, que indica o desenvolvimento normativo (legal e jurisprudencial) que vai no sentido de garantir uma ampla autonomia dos menores em matéria de saúde reprodutiva e sexual e de tratamento da toxicoddependência.

Na Bélgica, o aborto foi despenalizado pela lei de 3 de Abril de 1990, desde que praticado em certas circunstâncias. Esta decisão repousa pessoalmente sobre a mulher, qualquer que seja a sua idade, e admite-se que uma menor possa abortar *sem o consentimento dos pais*.

actividades de formação" (al. e)).

O Despacho n.º 5411/97 regula a realização de *testes genéticos*. No caso de exames em crianças e adolescentes, em princípio, só é admissível realizar testes genéticos no caso de *ser possível uma intervenção médica para minorar, atrasar ou impedir as consequências clínicas*, sendo necessária a autorização expressa e por escrito dos pais (art. 7º). Em caso de não ser possível uma intervenção médica para minorar, atrasar ou impedir as consequências clínicas, não se justifica a realização do exame. Contudo, *“excepcionalmente estes exames podem ser autorizados se forem pedidos por um jovem com o objectivo de constituir família”*. A doutrina entende que deve valer aqui a regra geral dos 14 anos.<sup>713</sup>

#### 4. Os 14 anos como um marco no direito português

Importa agora tomar em consideração a regra contida no art. 38º, nº 3 do CP, que reconhece eficácia ao consentimento prestado por quem tenha *mais de catorze anos* e possua o *discernimento necessário* para avaliar o sentido e alcance desse consentimento. Esta norma define essa fronteira essencial para se ajuizar sobre a aplicação do tipo legal de crime de "Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários" (art. 156º) ou da validade de um consentimento que justifique as ofensas corporais (artigos 143º e 149º), nos termos da distinção já efectuada. Por seu turno, o direito civil (português) não afirma uma idade clara para a validade do consentimento do menor. Lembremos a lição de Oliveira Ascensão: *“ou se encontra um título legal que justifica a atribuição da capacidade ao menor, ou esta não pode ser atribuída. Mas não há que proceder com demasiada rigidez nessa determinação.”*<sup>714</sup>

Trilhámos um percurso de onde resulta que a lei, para múltiplos aspectos da vida pessoal do menor, sobretudo quando estavam em causa cuidados de saúde, lhe conferia autonomia ou lhe pedia opinião. Resultou também claro que o legislador indicou provavelmente a idade dos 14 anos como a idade fronteira.

A doutrina maioritária - Orlando de Carvalho,<sup>715</sup> Figueiredo Dias e Sinde Monteiro<sup>716</sup>, Capelo de Sousa<sup>717</sup>, Guilherme de Oliveira e Paulo Mota Pinto<sup>718</sup> - entende que, *“se deve dar um relevo geral à norma do Código Penal que reconhece a autonomia dos jovens com*

<sup>713</sup> Cfr. VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 196.

<sup>714</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, p. 184.

<sup>715</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, 1981, pp. 95 e ss. advoga a repercussão civilística desta disposição, afirmando que o consentimento tem que ser prestado pelo próprio menor se possuir aquela idade de catorze anos e a maturidade necessária ao entendimento.

<sup>716</sup> Fr. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, 1984, p. 38.

<sup>717</sup> Cfr. CAPELO DE SOUSA, *DGP*, 1995, p. 412, nota 1040.

<sup>718</sup> Cfr. Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *cit.*, 2001, p. 542.

*catorze anos e com discernimento suficiente.*"<sup>719</sup> 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.*"<sup>720</sup>

Procurando investigar por que razão o legislador optou pela idade dos 14 anos (e não aos 13 ou aos 15 ou 16 anos de idade), não se encontra uma explicação clara pela leitura dos trabalhos preparatórios do Código Penal, nem das Actas da Comissão Revisora do Projecto.<sup>721</sup>

Podemos especular que esta idade estaria em sintonia com a idade que o projecto de Código Civil de 1966 previa necessária para que as raparigas pudessem casar. De qualquer modo, longe vão os tempos da escola da exegese, em que o intérprete se preocupava em primeira linha com o elemento subjectivo da interpretação, isto é, com a *mens legislatoris*. O importante é que este dado normativo é *vigente*,<sup>722</sup> porque válido e eficaz: respeita os comandos da ciência da psicologia e tem sido de fluente aplicação prática, quer na realidade social, quer nos tribunais.

## 5. A capacidade para consentir dos menores

Chega agora o momento de explanar aquele que me parece ser o regime jurídico do consentimento dos menores para a prática de actos médico-cirúrgicos, no ordenamento jurídico português.

Em primeiro lugar, mostro preferência pela aceitação de uma idade indicativa relativamente aos sistemas totalmente abertos e casuísticos,<sup>723</sup> o que tem por consequência

<sup>719</sup> Guilherme de OLIVEIRA, "O acesso dos menores aos cuidados de saúde", *Temas...*, 1999, p. 228.

<sup>720</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *ult. ob. cit.*, p. 228.

<sup>721</sup> Cfr. Eduardo CORREIA, "Nota Informativa Sobre o Projecto do Código Penal", *BMJ*, n.º 127, Junho, 1963, pp. 5 e ss; e "Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal", *BMJ*, n.º 145, Abril, 1965, pp.223 e ss. (Acta da 16ª Sessão – art. 40º). Sobre o fundamento de a inimputabilidade penal se estabelecer aos 16 anos *vide* "Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal", *BMJ*, n.º 143, Fevereiro, 1965, pp.17 e ss.

<sup>722</sup> Sobre o conceito de *vigência* como determinante na aferição da validade da norma jurídica, *vide* Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp 627. e ss.

<sup>723</sup> Neste sentido, GIRARD, *Le Consentement du mineur aux soins médicaux*, p. 43: "la fixation d'un âge précis dans les lois apparaît probablement comme étant le meilleur critère à adopter".

A propósito do estabelecimento rígido de uma idade (18 anos) para a capacidade de exercícios de direitos, em geral, afirma HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 317, que isso se prende com a necessidade de assegurar a segurança no tráfico jurídico, visto que seria insustentável averiguar casuisticamente se este ou aquele indivíduo possuem capacidade para reger a sua pessoa ou dispor dos seus bens. No caso de uma idade indicativa ou indiciária de

que a idade de 14 anos (art. 38º, n.º 3 CP) deve ser a *idade de referência* no direito português.<sup>724</sup>

A idade de 14 anos deveria constituir uma *presunção de capacidade*, a significar que o médico perante um menor de menos de 14 anos o *presume incapaz*, embora no caso concreto, se possa considerar capaz, na medida em que possua *discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta*. Quanto aos menores com 14 anos ou mais, a lei exige dois requisitos cumulativos: o requisito da idade (14 anos) e o requisito do “*discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta*”. Ou seja, a idade de 14 anos, não constituindo uma condição *suficiente* de capacidade, configura uma situação que prenuncia a presença de um adolescente capaz para consentir. Tal permite afirmar que, se o médico considerar o adolescente com mais de 14 anos capaz, não deve estar onerado com a prova dessa capacidade, nos termos em que, pelo contrário, o está, quando considere uma criança de 11, 12 ou 13 anos como capaz de decidir numa intervenção médica.<sup>725</sup>

A formulação originária do Projecto era a seguinte: Art. 40.º § 1º - “Relativamente a menores de mais de catorze anos, a eficácia do consentimento depende de que eles tenham o necessário discernimento para avaliar o significado, o alcance e conteúdo do consentimento, no momento em que é prestado.” Esta primeira fórmula poderia dar ensejo a que se afirmasse que para os menores de 14 anos o consentimento seria válido independentemente dos requisitos materiais apontados, pelo que, em sede de Revisão, foi aprovada a proposta do Conselheiro Osório, segundo a qual a norma se redigiria da seguinte forma: “A eficácia do consentimento de menores depende de eles terem mais de

---

14 anos para a capacidade para consentir estará em causa um certo pragmatismo jurídico e uma orientação para os médicos. Aqui não sobrelevam interesses do tráfico jurídico, nem esta indicação etária é rígida e imodificável.

<sup>724</sup> VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 204-205, parece dar mais relevo à “*capacidade de discernimento*”, subalternizando a idade dos 14 anos. Assim, se o menor de 13 anos tem capacidade de discernimento, então deve ser poder dar o consentimento. Entende que “a existência ou falta de capacidade deveria ser analisada casuisticamente, ponderando-se a relação entre a idade do menor – *independentemente de ser inferior a 14 anos* –, o seu discernimento e o tratamento, isto é, a avaliação da concreta intervenção em causa.” Sendo a afirmação, em si, correcta, propendo, porém, a considerar, por razões de um certo pragmatismo e segurança jurídica, que se deve entender que o menor de 14 anos se presume incapaz, devendo o médico provar a sua competência.

<sup>725</sup> O ónus da prova da incapacidade impende sobre o autor de uma acção de responsabilidade médica. Ora, essa prova é facilitada, por presunção legal (no meu entendimento do n.º3 do art. 38º CP) no caso de o menor ter menos de 14 anos: basta provar essa idade que se presume a incapacidade. Já o contrário não é verdade. Simplesmente, compete ao autor da acção, cuja causa de pedir seja uma pretensa incapacidade do menor, provar que o jovem com mais de 14 anos é incapaz. Se, por hipótese, o médico for o autor e queira valer-se da capacidade do maior de 14 anos, deverá fazer prova disso, embora esta seja facilitada, pois estamos – poder-se-á dizer – perante uma *presunção judicial*. (Cfr. VARELA/ BEZERRA/ NORA, *Manual de Processo Civil*, p. 502. “As *presunções naturais, judiciais* ou *de facto* são aquelas que se fundam nas regras práticas da experiência, nos ensinamentos hauridos através da observação (empírica) dos factos. É nesse saber de experiência feito que mergulham as suas raízes as presunções continuamente usadas pelo juiz na apreciação de muitas situações de facto.”)

14 anos e...”<sup>726</sup> Ora, a redacção final (de 1982) acabaria por ser ainda mais enfática: “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.” Desta análise do elemento histórico da lei, resulta que se deve ser particularmente exigente na determinação concreta dos dois requisitos claramente afirmados: a idade de *14 anos* e o *discernimento*.

Todavia, o critério decisivo é *a concreta avaliação* que o médico leve a cabo sobre a *capacidade para consentir* do menor. E, acrescenta-se que o profissional de saúde tem o dever legal<sup>727</sup> de efectuar uma avaliação da capacidade em todos os casos e, após o seu juízo, agir em conformidade.<sup>728</sup>

Nesse juízo deve-se ter em consideração a *gravidade da intervenção*, a *maturidade do menor*, no grau de autonomia que tem na sua vida em geral e no domínio ou experiência que tem da doença e da relação clínica em particular, e outras circunstâncias especiais.

Para além desta “teoria geral do consentimento do menor”, entendo que, no caso de haver lei especial, esta deve ser respeitada. Assim, por vezes, legislação especial traça a fronteira em idade mais precoce (*v.g.*, têm acesso a consultas de planeamento familiar “*todos os jovens em idade fértil*” [Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro]), por vezes, em idade mais avançada: no caso de interrupção voluntária da gravidez, a partir dos 16 anos (art. 142º, n.º3, al. b) CP [devidamente corrigido nos termos em que me pronunciei]).

Por vezes ainda, a lei procurou envolver todas as partes (pais e menores) na decisão a tomar. Assim, por vezes, a lei reconheceu aos menores *direitos de veto* de *co-consentimento* (ensaios clínicos e doação de órgãos [cfr. *infra* §32, 2]).

Analisaremos agora, separadamente, as questões mais problemáticas da teoria da capacidade para consentir do menor.

## 6. Recusa do menor com mais de 14 anos

No caso de recusa do menor *maduro* (com mais de 14 anos e com capacidade de discernimento) que crie risco de vida para o menor, alguns autores advogam uma visão de sentido paternalista. Entendem que quando o menor recusa uma intervenção essencial para salvar a vida, este estará, regra geral, sem a capacidade para consentir, nomeadamente por

---

<sup>726</sup> “Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal”, *BMJ*, n.º 145, Abril, 1965, pp.223 e ss. (Acta da 16ª Sessão – art. 40º), pp. 225 e 226.

<sup>727</sup> Este dever deriva implicitamente das normas que impõem o respeito pelo consentimento esclarecido, na medida em que um dos pressupostos deste instituto é precisamente a capacidade para *discernir o alcance do consentimento*.

<sup>728</sup> Assim se um menor com mais de 14 anos demonstra não ter o discernimento necessário para dada intervenção, deve o médico solicitar o consentimento aos seus pais.

incapacidade de valorar a situação. E mesmo que este seja declarado capaz, entende-se que se deve apelar aos representantes legais para que estes autorizem a intervenção, de acordo com o melhor interesse do menor. Porém, no caso de o menor estar a *padever* de um *sofrimento insuportável*, aceita-se a sua decisão de cessar ou recusar o tratamento, e aí mesmo contra a vontade dos representantes legais.<sup>729</sup> Não podemos esquecer, efectivamente, que em muitos países (*v.g.*, Áustria, EUA<sup>730</sup>) o direito procura ser mais protector face aos menores com mais de 14 anos, do que face aos adultos.

Entre nós, se partimos do princípio que a capacidade para consentir é um ramo autónomo face à capacidade negocial, não devemos, neste domínio, atender à idade dos 18 anos. A única indicação normativa disponível para determinar a capacidade para consentir (para além das regulações *ad hoc* que possam existir) é a idade dos 14 anos, desde que “com o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance no momento em que o presta” (prevista no art. 38º, n.º3 CP). Assim sendo, 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 também ser considerado *capaz para dissentir*.<sup>731</sup> De outro modo, toda a tese da capacidade para consentir e a afirmação da autonomia do menor seria, no mínimo, funcionalizada em relação a um critério heterónimo do que sejam os ‘melhores interesses’ do menor maduro.

Penso que, no sentido de admitir a eficácia das recusas de tratamentos necessários para a vida ou para a saúde do menor maduro, se pode avançar com um outro argumento. Refiro-me ao facto de, nos termos do art. 1886º do CC (*a contrario*), o menor com mais de 16 anos ter o direito de decidir sobre a sua *religião*. 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 CRP), seja numa perspectiva religiosa, seja agnóstica ou ateia, mas sempre na liberdade de *consciência*. Todavia, a consideração deste argumento poderá implicar que se tome em consideração uma outra fronteira etária: a dos 16 anos.

---

<sup>729</sup> BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen...*, p. 285. O mesmo autor levanta especiais preocupações relativamente à *cirurgia estética*.

<sup>730</sup> GLANZ, “Research with Children”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. XXIV Nos 2&3 1998, pp. 227 e ss. apresenta o modelo do “Dual Consent”, nos termos do qual para as intervenções *sem benefício para a criança* (*v.g.*, doação de órgãos e tecidos, experimentação pura) o consentimento do menor não é suficiente, exigindo-se a autorização dos pais: “the *Bonner* decision supports the notion of dual consent as a prerequisite to nonbeneficial interventions on minors: while neither the child nor the parent has individual authority to consent to nonbeneficial procedures, they jointly have the legal authority to consent to performing such procedures on the child.” *Vide*, ainda, *The Hastings Center Report*, “*Adolescent Choices about Life and Death*”, Vol. 27, No. 6, November-December 1997, pp.8 e ss.

<sup>731</sup> Assim, por ex., o menor *maduro* pode recusar um tratamento de quimioterapia, que lhe ofereceria chances de cura do cancro de que padece.

Poder-se-á entender que a opinião expressa - a de que o menor, pelo menos a partir dos 16 anos, tem o direito de recusar intervenções vitais - é passível de censura, na medida em que não toma em consideração o dever estadual de proteger a infância e a juventude (artigos 69º e 70º CRP) e que no cerne do poder paternal está o dever de “velar pela segurança e saúde” dos filhos (art. 1878º CC). Diria que se trata de um conflito de valores e de interesses, que devemos, numa tarefa de concordância prática maximizar mutuamente. E esta é a tarefa primeira do médico, da família e do Direito.

Veria assim com bons olhos uma norma, semelhante à austríaca, que impusesse uma *instrução de procedimento (Handlungsanleitung)* ao médico 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.<sup>732</sup> E de algum modo, este dever pode ser afirmado, *de jure condito*, com base no art. 1878º CC.

Todavia, em situações limite, um dos pratos da balança terá que ceder. E nesse exacto momento, nessa exacta linha do horizonte, opto pela autonomia, pela livre realização da personalidade do menor maduro.

A recusa do tratamento (nomeadamente perante tratamentos vitais) tem, contudo, uma densidade axiológico-normativa que poderá justificar uma atitude de especial exigência na *avaliação da capacidade para consentir*. Mas especial exigência não significa que se admita uma “falsificação” da incapacidade. Isso seria resolver, de forma paternalista, em sede de determinação da capacidade, aquilo que se quis afirmar, num sentido autonomista, no plano da aceitação da eficácia do dissentimento.

### **7. O menor sem capacidade para consentir**

Se o menor *não tem discernimento suficiente*, o que será a regra no caso dos menores de 14 anos, o poder paternal impõe-se com todo o seu valor de protecção, sem restrições significativas, derivadas da maturidade do filho e do respeito pela sua autonomia. Assim, *as intervenções de saúde devem ser precedidas pelo consentimento dos detentores do poder paternal*.

Deveremos ressaltar, porém, duas hipóteses. A primeira é a situação de urgência, em que o médico não consegue, em tempo útil, pedir e obter o consentimento dos pais. Nestes casos, a obrigação do menor de ser tratado, levam a que se torne lícita a intervenção clínica, sem mais. A segunda são os casos em que a lei reconhece um *direito de veto* ao menor.

---

<sup>732</sup> No mesmo sentido, GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, p. 475.



## 8. Recusa dos pais e risco para a vida do menor

No caso em que, pedida a autorização aos pais, estes a *neguem*, com evidente *prejuízo da pessoa do menor*, justifica-se a limitação do poder paternal, para que o tribunal se substitua aos pais na autorização necessária.<sup>733</sup>

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: se o fizer — como deve — não incorre em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário."<sup>734</sup>

O *Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República*, defendeu, no Parecer 8/91<sup>735</sup>, a seguinte tese: "Se não obstante o esclarecimento referido (o esclarecimento médico), os pais mantêm a sua recusa ao internamento, e a situação de facto que se perfila for de molde a reear *perigo para a vida* ou *grave dano para a saúde do menor*, não se compadecendo o seu estado clínico com o recurso à via judicial..., *dar-se-á prevalência à decisão médica de internamento*".<sup>736</sup>

É pacificamente aceite que as crianças não são propriedade dos pais (veja-se, *v.g.*, a Recomendação n.º 874 (79) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 4 de Outubro de 1979). Se a situação, embora demandando urgência, permite aguardar decisão por algumas horas, um expediente brevíssimo está assinalado nos artigos 91.º e 92.º da Lei 147/99 de 1 de Setembro (Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).<sup>737</sup>

---

<sup>733</sup> Cfr. o artigo 1878.º: "Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes...". No plano internacional, cfr. a Convenção dos Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989, artigo 3.º, n.º1 que impõe o critério do "*best interest of the child*" e a Recomendação n.º 874/79 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa de 4 de Outubro de 1979.

<sup>734</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 393. PINTO DA COSTA, *Responsabilidade Médica*, Ed. Felício & Cabral, Porto, 1996, lança mão do artigo 69.º da CRP, onde está consagrado o princípio de que os menores têm direito a uma especial protecção pela sociedade e pelo Estado, contra todas as formas de discriminação e opressão, e contra o exercício abusivo da autoridade pela família e por terceiros.

<sup>735</sup> *Pareceres da Procuradoria Geral da República*, Vol. II, p. 337.

<sup>736</sup> No mesmo sentido, também, ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, p. 289, nota 126, para quem "o médico estará legitimado a intervir mesmo sem o consentimento dos pais se se verificarem cumulativamente três requisitos. Em primeiro lugar, não ser razoável, atentas as circunstâncias, ou ser impossível atento o tempo disponível, obter suprimento judicial do consentimento ou conseguir que o tribunal nomeie um curador especial para o efeito. Em segundo lugar, que a intervenção seja necessária para salvar a vida da criança, evitar lesão irreversível da sua saúde ou evitar um sofrimento prolongado. Por último, que apesar de todos os esforços razoáveis para obter o consentimento este tenha sido recusado sem razões justificativas." Cfr., também, SÉRVULO CORREIA, "As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde no Serviço Nacional de Saúde", *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 54.

<sup>737</sup> Esse expediente consiste na comunicação do facto ao Ministério Público nos Tribunais de Família e Menores ou às Comissões de Protecção de Crianças e Jovens. Onde não existem tais tribunais de competência especializada, ao MP junto do tribunal da comarca, que requererá ao Juiz a adopção de providências urgentes, designadamente a suspensão do exercício do poder paternal, sempre no interesse superior da criança («*The best interest of the child*» a que se refere o art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança aprovada pela O.N.U. em Novembro de 1989).

A situação estava prevista anteriormente no art. 19.º da Organização Tutelar de Menores (Dec. Lei 314/78, de 27 de Outubro), que permitia que o Juiz dos Tribunais de Menores onde ou houvesse, ou o Juiz

Esta é a solução dominante em vários ordenamentos jurídicos.

Em Espanha, o menor poderá recorrer, se não houver urgência que o impeça, ao Ministério Público. A nova redacção do art. 211 do Código Civil exige a autorização judicial para o internamento em razão de perturbação psíquica do menor, pelo que “no parece extraño que, en casos de discrepancia del padre o representante legal y del menor com dudosa o discutible madurez suficiente, decida el Juez cuando se trata de intervenciones que entrañen riesgo notorio o previsible.”<sup>738</sup>

A intervenção dos representantes legais deve favorecer a saúde do representado, de tal forma que naqueles casos em que o pai ou tutor não consinta numa intervenção médica, com base, por exemplo, nas suas convicções religiosas (como sucede com certa frequência com as Testemunhas de Jeová), apesar de a intervenção ser necessária e urgente para preservar a saúde ou a vida do menor, o juiz poderá suprir tal autorização, porque actuará em benefício do menor, com o que se corrigirá o abuso do direito do pai ou representante do menor. Como afirma a própria lei (art. 154 do Código Civil espanhol): “*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos*”.<sup>739 740</sup>

da comarca onde inexistissem Tribunais de Menores determinasse as medidas tidas por convenientes respeitantes à segurança, saúde, formação moral ou educação de um menor em perigo. No nº 2 b) do referido preceito, permitia-se que o Tribunal decretasse que os pais, tutor ou pessoas a quem o menor estivesse confiado se submetessem às directrizes pedagógicas ou médicas do estabelecimento de educação ou da saúde.

Trata-se de processos muito céleres e, havendo dificuldade de contactar o Magistrado do Ministério Público ou as Comissões atrás referidas, pode dar-se conhecimento do facto que consubstancia uma situação de perigo para a criança ou jovem, directamente à *autoridade policial* mais próxima, dando-se notícia da urgência requerida, devendo essa entidade transmitir o facto pela via mais célere ao tribunal territorialmente competente para adopção das necessárias providências.

<sup>738</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 82. O Autor invoca ainda em abono da sua posição o regime da *Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal e familiar y a la propia imagen* (LO 1/1982), segundo a qual “o consentimento dos menores deverá ser prestado por eles próprios se as suas condições de maturidade assim o permitirem...” e “nos restantes casos, o consentimento deverá ser prestado por escrito pelo seu representante legal, que estará obrigado a dar conhecimento prévio ao Ministério Público do consentimento projectado. Se o Ministério Público se opuser, resolverá o Juiz”. Trata-se de um sistema pioneiro, porquanto submete a validade do consentimento prestado pelo representante legal à aprovação do Ministério Público, sendo que tais complementos se atribuíam tradicionalmente ao Juiz, criando-se um procedimento mais ágil, recorrendo-se ao tribunal apenas em caso de oposição.

<sup>739</sup> De LORENZO, “El Consentimiento...”, *cit.*, 2001, p. 211, informa-nos que a Decisão do Tribunal Supremo, de 27 de Junho de 1997, condena por homicídio por omissão os pais de um menor de 13 anos de idade que faleceu por não ter recebido uma transfusão de 6cm<sup>3</sup> de plaquetas. Neste mesmo sentido, a jurisprudência argentina declarou que “o pai de um menor que se nega a que o seu filho seja atendido, fundado em motivos religiosos, está excedendo os limites do poder paternal, já que a convicção religiosa pertence ao progenitor e não ao menor de curta idade”. *Justicia Nacional de Primera Instancia*. Cfr. ainda *Tribunal Supremo*, 26 de Setembro de 1978, *Juzgado de Instrucción nº 5 de San Sebastián*, de 11 de Agosto de 1998. O Tribunal Constitucional colombiano tem-se pronunciado no mesmo sentido: a decisão T-411 de 1994, autorizou as transfusões de sangue, mesmo contra a vontade de um menor adulto, mas com o acordo do pai. Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 84 e 258

<sup>740</sup> Na *Colômbia* o Tribunal Constitucional deparou-se com dois interessantes casos de *hermafroditismo*. Num caso, o tribunal concordou com a autorização dada pelos pais para remoção dos genitais, porquanto a menina tinha apenas dois anos de idade, ou seja, não tinha superado a fronteira a partir da qual perde validade constitucional o consentimento paternal substituto, desde que o consentimento seja qualificado e persistente.

Na Itália, os tribunais já condenaram os pais pelo crime de homicídio por terem impedido que o seu filho realizasse um tratamento médico vital.<sup>741</sup> Os tribunais norte-americanos<sup>742</sup> e os canadianos<sup>743</sup> consideram habitualmente que o interesse do Estado

---

GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 85 ss. Trata-se da decisão de 2 de Agosto de 1999 em que estava em discussão a remoção dos genitais de uma menor hermafrodita, de dois anos de idade, tendo o Tribunal declarado que era necessário um consentimento informado “cualificado y persistente” dos seus pais. Estava em causa um conflito entre dois direitos fundamentais: a privacidade familiar, por um lado, e a protecção das crianças e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por outro, visto que não é claro que a opção dos pais vá ao encontro dos melhores interesses da criança. O meio para resolver este problema está em fornecer aos pais uma informação detalhada, exigir formalidades especiais e alcançar-se uma autorização por etapas, para assegurar o assim denominado “consentimento informado qualificado e persistente”, antes de se tomar uma decisão sobre tratamentos irreversíveis. Em certa medida, os pais fazem parte da maioria social que tem uma sexualidade biológica definida, e que vêem nos hermafroditas uns seres estranhos que urge normalizar o mais rapidamente possível. A proposta do tribunal é que a *informação* seja muito detalhada, sobre o tratamento e outras opções, sobre os seus riscos e consequências. Que os *prazos* sejam dilatados e o processo de autorização seja reiterado, de modo a que uma decisão de carácter irreversível não seja tomada irreflectidamente. Por fim, deve-se exigir a *forma escrita*, prototipo da necessidade de reflexão e seriedade do consentimento prestado. Numa decisão anterior, de 12 de Maio de 1999, o mesmo Tribunal Constitucional decidiu um caso de um hermafrodita, mas desta feita com sete anos. Neste caso considerou que, em geral, corresponde à própria pessoa definir a sua identidade sexual, sobretudo tendo em conta o carácter invasor e extraordinário da readaptação dos genitais, a inexistência de riscos que comprometam a vida do menor e a idade avançada (7 anos). A decisão distingue claramente entre a atribuição de um sexo, que nas nossas sociedades se revela inevitável, e a remodelação dos genitais, que é uma intervenção médica que suscita dúvidas constitucionais.

Sobre o alcance da autonomia do menor, é muito polémica estoutra decisão colombiana. (Decisão T-474, de 25 de Setembro de 1996, Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional colombiana). Tratava-se de um *menor maduro* (entre os 14 e os 18 anos) que sofria de um cancro em fase avançada na perna direita, pelo que foi necessário amputar-lhe esse membro. Porém, tal terapia foi insuficiente, pelo que seria necessário realizar quimioterapia e algumas transfusões sanguíneas. O jovem era seguidor da religião Testemunhas de Jeová e teria, na opinião do seu pai, sido pressionado para recusar por escrito quaisquer transfusões sanguíneas, apesar de muito urgentes e necessárias. O tribunal declarou que “embora o menor adulto goze de uma capacidade relativa, esta não é suficiente para optar por uma alternativa que põe em sério perigo a sua vida, pois ela não pode presumir-se que seja produto da sua própria autonomia e reflexão, guiada unicamente pela sua razão e entendimento, motivo pelo qual as decisões que tenham a ver com a saúde, que comprometam a vida, devem ser compartilhadas com os seus pais ou representantes, os quais têm o direito e o dever de participar nelas (...) O menor adulto goza de uma capacidade incompleta, que como tal, e segundo a complexidade dos assuntos de que se trate deverá aperfeiçoar-se e completar-se com a orientação e participação dos pais ou representantes. Não se trata de desconhecer a condição de autonomia relativa do menor adulto, trata-se de evitar que, a pretexto da mesma, o menor, em condições de extrema vulnerabilidade (perigo iminente de morte), adopte decisões que atentem contra ele mesmo e contra a sua integridade, e reivindicar o direito-dever que assiste aos pais, de guiar e orientar o exercício dos direitos dos seus filhos menores conforme a evolução das suas faculdades”. Trata-se, sem dúvida, de uma decisão controversa, tanto mais que só faltavam seis meses para o menor adquirir a maioridade legal plena.

<sup>741</sup> Decisão do Tribunal de Cassação de Cagliari, de 13 de Dezembro de 1983, que condena os pais, Testemunhas de Jeová, como responsáveis por homicídio (negligente) da sua filha, por terem impedido, desobedecendo a um mandato do Tribunal Tutelar de Menores, que a criança — afectada por uma anemia mediterrânea de especial gravidade (talassémia homocigótica), carente de periódicas transfusões sanguíneas — fosse transportada para o hospital para realizar o tratamento, pelo que foi necessário chamar a polícia; mas a demora mostrou-se fatal para a menina, que veio a falecer.

Dispõe o Código Deontológico dos médicos italianos (Art. 32): “Quando o paciente é menor ou incapaz, o consentimento informado deve ser dado pelo representante legal”. “Em caso de oposição a tratamentos necessários ou urgentes a favor de menores ou incapazes por parte do representante legal, o médico está obrigado a informar a autoridade judicial.”

<sup>742</sup> Caso *State of Oregon versus Jensen* (1981): o tribunal confirmou a decisão que retirava o poder paternal a um filho de 15 meses, para possibilitar uma operação dirigida a solucionar uma hidrocefalia, e que a não se efectuar geraria danos mentais importantes, *apesar de não existir perigo de morte*. Um outro caso, em que não havia o risco de morte, *In re Karwarth* (1972), o Supremo Tribunal de Iowa autorizou a realização de amigdalectomia, apesar da oposição do pai. Em *Muhlenberg versus Gerladine Patterson* (1974), Geraldine

(“*compelling state interest*”) no bem-estar dos menores predomina sobre a autoridade dos pais. Assim é legítimo ordenar que se efectue um tratamento contra o desejo explícito dos pais, sempre que se prove que abster-se de actuar produziria um dano grave para a criança, perante a inexistência de terapias alternativas válidas. Na Austrália esta questão está regulada expressamente na legislação dos diferentes Estados. No mesmo sentido ainda, a *Declaração dos Direitos dos Pacientes* afirma (3.6.) “Se um representante legal se recusa a dar o seu consentimento quando o médico ou outro profissional de saúde considera necessária a prática de um acto no interesse do paciente, a decisão deve ser atribuída a um tribunal ou sujeita a qualquer outro processo de decisão.” A mesma doutrina vigora em França<sup>744</sup> e na Áustria.<sup>745</sup>

### 9. O respeito pelo poder paternal

Não se julgue, porém, que o poder paternal é absolutamente funcionalizado, em termos de um heterónimo critério dos “melhores interesses” se poder impor à decisão dos pais, sempre que esta pareça irracional. Guilherme de Oliveira ensina que se deve acautelar a necessidade de respeitar o poder paternal *até onde for possível*. “A Constituição da República deu-lhe a máxima dignidade (art. 36º, n.ºs 5 e 6) num local sistemático que atribui ao poder paternal uma grande força jurídica, com aplicabilidade imediata, vinculando entidades públicas e privadas (art. 18º, n.º 1); e em outras passagens da lei fundamental mostra-se que o Estado tem uma função adjuvante relativamente ao papel dos progenitores (p. ex: art. 67º, n.º 2, al. c)). E se é verdade que a tutela da *saúde* e da *vida* do menor ainda tem mais valor do que o exercício do poder paternal — de tal modo que aquele valor prevalecerá sempre sobre o papel dos pais — nada justifica que não se tente harmonizar os dois valores

---

Patterson, Testemunha de Jehová, tinha dado à luz um recém-nascido icterico por incompatibilidade sanguínea, pelo que eram necessárias transfusões sanguíneas, caso contrário sofreria danos cerebrais irreparáveis. Perante a recusa dos pais, o Hospital recorreu ao Tribunal Supremo de New Jersey, solicitando um mandato judicial para proceder à prática das mesmas. O Tribunal autorizou a intervenção, declarando, na sua motivação, que “os pais podem ser livres, por razões religiosas, para ser mártires eles mesmos. Mas daí não resulta que sejam livres para fazer mártires os seus filhos, antes de estes alcançarem a idade do pleno discernimento”.

<sup>743</sup> Caso *McTavish versus The Director* (1986).

<sup>744</sup> Decisão do Tribunal Administrativo de Apelação de Paris, de 9 de Junho de 1998. É bastante expressivo o art. 43 do *Code de Déontologie médicale*: “Le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage. Segundo a nova redacção (da lei de 4 de Março de 2002) do *Code de Santé publique*, o art. L. 1111-5 admite que o médico possa dispensar-se de obter o consentimento do(s) titular(es) da autoridade parental sobre as decisões médicas a tomar quando a intervenção é necessária para salvaguardar o bem estar do menor.

<sup>745</sup> No caso de perigo iminente, o §146c.3 ABGB prevê a possibilidade de se recorrer a tribunal, para que este autorize a intervenção ou nomeie outro representante.

constitucionalmente protegidos, por forma a respeitar ambos até onde for possível."<sup>746</sup>

Capelo de Sousa<sup>747</sup>, por seu turno, nota que o exercício do poder paternal (o modo de educar, a religião que escolhe para os filhos, etc.) é também uma forma de *desenvolvimento da personalidade* do pai e da mãe; é uma forma de expressão da pessoa humana da maior relevância e que merece a tutela do direito.<sup>748</sup> Guilherme de Oliveira defende inclusivamente que se o médico não pedir a *autorização*<sup>749</sup> aos pais para realizar o tratamento a um menor *deve responder civilmente por desrespeito pelo poder paternal do representante*, isto é, por violação de um “*direito de família*”<sup>750</sup>, para além, naturalmente, de ter cometido o delito de intervenção arbitrária, com todas as consequências, ao nível da responsabilidade civil, que daí advém.

## § 32. O direito de veto e o *co-consentimento* dos menores e dos adultos incapazes

### 1. Os três grupos de direitos de veto

A decisão de declarar a pessoa como incapaz para consentir retira a liberdade a essa pessoa, sujeitando-a ao poder de tutela do representante legal. Se este autorizar a intervenção, o incapaz tem que a suportar. Mas há casos em que a legislação proíbe a realização de certas intervenções médicas *contra* ou *sem* a vontade do sujeito. Como incapaz para consentir ele não tem o direito de autorizar, mas tem o direito de impedir uma intervenção que o seu representante tenha consentido<sup>751</sup>. A estes casos dá a doutrina o nome de direito de veto (“*Vetorecht*”).<sup>752</sup> Este direito é tanto mais importante, quanto - como certamente Kuhlmann nota - ao contrário do que acontece nas disposições

---

<sup>746</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “O acesso dos menores...”, *Temas...*, p. 231. Em sentido semelhante, tb. GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, p. 469.

<sup>747</sup> Baseio-me no seu ensino nas aulas de Teoria Geral do Direito Civil, 2ª Turma, no ano lectivo de 2002/2003.

<sup>748</sup> Em caso de *divórcio*, poderá ser valorado o facto de um dos progenitores do menor de idade se opor a tratamentos médicos, para assim conceder o poder paternal ao outro? Na jurisprudência americana encontramos vários casos em que se dá o poder paternal a um dos ex-cônjuges ou aos avós, porque o outro segue uma determinada religião (Testemunhas de Jehová ou Christian Science) [*People ex rel. Trafford versus Trafford, Commonwealth ex rel. Derr versus Derr e Commonwealth ex rel. Kaufman versus Kaufman*. Em *Gluckstern versus Gluckstern*, a mãe, seguidora da religião Christian Science, ficou com o poder paternal, mas sob a condição de cumprir algumas restrições, que consistiam na obrigatoriedade de seguir o menor numa série de revisões médicas periódicas.]

Realce-se, todavia, que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (caso *Hoffman*, de 23 de Junho de 1993) decidiu que uma decisão do Supremo Tribunal Austríaco era discriminatória contra a mãe, porque lhe retirava o poder paternal por ser Testemunha de Jeová. Entendia o Tribunal austríaco que haveria um risco previsível para a vida das crianças, dado a recusa de os fiéis dessa religião em autorizar a realização de transfusões de sangue, mesmo em situações de urgência vital.

<sup>749</sup> Falamos em *autorização* por forma a preservar o rigor dogmático do conceito de consentimento – vide GIRARD, *Le Consentement du Mineur aux Soins Médicaux*, p. 47 ss.

<sup>750</sup> VAZ SERRA, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *BMJ*, n.º 92 – Janeiro, 1960, p. 81.

<sup>751</sup> AMELUNG, “Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland”, *cit.*, p. 34.

<sup>752</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 215.

patrimoniais, ao nível das intervenções médicas é muito difícil ou impossível *a posteriori* repor o *status quo ante*, razão pela qual se torna mais importante dar ao incapaz a possibilidade de vetar certas intervenções.

Naturalmente que as exigências de ‘*capacidade para vetar*’ terão de ser inferiores às da capacidade para consentir, de outro modo não teria qualquer campo de aplicação. Não se deve confundir o veto com as reacções instintivas de defesa (*natürliche Schutzreaktionen*), como por exemplo, medo de agulhas compridas, de brocas de dentista, etc. Este tipo de reacções não pode ser aceite como uma declaração de veto<sup>753</sup>, sob pena de se não cumprirem os deveres de *assistência* (*Fürsorge*) dos incapazes.

A determinação da capacidade para vetar (*Vetomündigkeit*) é extremamente complexa. De forma muito sucinta diria apenas que se aproximará, na maior parte dos casos, da *capacidade natural* (de entender e de querer), mas que para outros (*maxime*, nos ensaios clínicos) se aproximará bastante da capacidade para consentir, exigindo-se que o incapaz compreenda os riscos que corre, as consequências que tem a intervenção, embora de forma mais limitada que uma pessoa capaz.<sup>754</sup> Assim, o direito de veto deve ser limitado, quando o incapaz com o seu veto impede a realização de uma intervenção terapêutica que teria em vista salvá-lo de uma situação de perigo de vida.<sup>755</sup>

Amelung distingue três grupos de direitos de veto: os casos de (1) *Reserva de dignidade* (“*Würdevorbehalt*”), (2) de *Reserva de racionalidade* (“*Vernunftvorbehalt*”) e (3) o *Co-consentimento* (“*Co-Konsens*”).

Quanto ao primeiro grupo – a *reserva de dignidade* – tem-se em vista a protecção da dignidade humana. Na Alemanha, esses direitos de veto para garantia da dignidade encontram-se na legislação relativa à castração e à esterilização. Em Portugal, o regime proposto para a esterilização de incapazes (cfr. *supra* § 28) traduzirá essa mesma *reserva de dignidade*.

O segundo grupo prende-se com a *reserva de racionalidade*. E dirige-se aos casos em que o incompetente ainda conserva alguma racionalidade e discernimento. Esses direitos de veto estão previstos, no direito alemão, sobretudo na regulamentação do direito do internamento de alguns *Länder*.

O terceiro grupo – o *co-consentimento* – abrange os casos em que se exige o consentimento de dois sujeitos competentes. Trata-se em regra de casos em que o sujeito não goza de capacidade negocial, mas tem capacidade para consentir. Tem que se verificar

<sup>753</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 215.

<sup>754</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 217, com desenvolvimentos.

<sup>755</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 237.

que esse incapaz (negocial) – seja menor ou adulto incapaz – tem um representante legal. Algumas leis prescrevem que, perante *intervenções graves* ou com *benefício para terceiros*, para além do consentimento do representante, é necessário o acordo do paciente (incapaz negocial mas capaz para consentir). Estas regras visam assegurar uma dupla segurança na decisão. Isto faz sobretudo sentido no caso de o sujeito estar numa situação de subordinação física, nomeadamente quando está internado num estabelecimento.<sup>756</sup>

## 2. Análise do direito de veto no direito português

### 2.1. Ensaaios clínicos

#### 2.1.1. Experimentação não terapêutica em menores e incapazes?

A lei portuguesa sobre ensaios clínicos (Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril) prescreve que: "*No caso de menores ou incapazes, só é permitida a realização do ensaio clínico quando resultar benefício clínico directo para o sujeito*" (art. 10º, n.º 4).<sup>757</sup>

Parece um pouco extremada esta posição, pelo que vem ganhando corpo na doutrina uma corrente que apela para uma ponderação entre a dimensão da ofensa e os ganhos ou vantagens esperados. Invoca esta doutrina valores como a solidariedade e a educação para a solidariedade e contra o egoísmo.<sup>758</sup> Estamos perante o dilema resultante do conflito entre os valores individuais (dignidade, integridade, autonomia) e os interesses da sociedade (o desenvolvimento da cura e tratamentos de doenças mentais e o progresso

<sup>756</sup> AMELUNG, "Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland", *cit.*, p. 36

<sup>757</sup> No mesmo sentido, o art. 60º do CDOM: É lícita a experimentação em crianças e incapazes, "desde que directamente ditada pelo interesse dos mesmos". e o artigo 64º (Experimentação em doença incurável) "Em caso de doença incurável no estado actual dos conhecimentos médicos, inclusive na fase terminal de tais afecções, o ensaio de novas terapêuticas médicas ou de novas técnicas cirúrgicas, deve apresentar razoáveis probabilidades de se revelar útil e ter em conta particularmente o bem estar físico e moral do doente, sem lhe impor sofrimento, desconforto ou encargos desnecessários ou desproporcionados em face dos benefícios esperados."

<sup>758</sup> LUÍS ARCHER, "Dimensões Éticas da Investigação Biomédica", in *A excelência da Investigação Na Essência da Universidade — Homenagem a Egas Moniz*, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, p.49-50: "A solidariedade é (...) um dever. E é um dever em que se devem educar os jovens desde tenra idade. É, por isso, discutível o disposto na legislação portuguesa e que proíbe a participação de menores em investigação biomédica de que eles não colham benefício directo. Melhor seria que, desde que os riscos fossem mínimos e os menores já tivessem a compreensão suficiente para dar algum consentimento, não lhes ficasse vedada a possibilidade de se enobrecerem e dignificarem, desde cedo, na solidariedade e beneficência para com outros. Mesmo no caso de completa incapacidade para prestar consentimento, a recente *Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina* do Conselho da Europa (...) admite que, excepcionalmente e sob condições muito restritivas, seja permitido realizar, em pessoas que não tenham capacidade para consentir, investigações que, não sendo em benefício directo para a sua saúde e só representando risco mínimo para elas, venham a reverter em benefício de outras pessoas que estejam em condições semelhantes (art. 17º da Convenção). Este é um dos casos em que a beneficência prevalece sobre a autonomia e em que, contrariamente à regra geral, os interesses da sociedade se sobrepõem aos valores individuais. A justificação dada é a de que, se esta investigação fosse inteiramente interdita, seria impossível combater certas doenças."

Para uma perspectiva germânica recente sobre esta questão, *vide* HÖFLING/ DEMEL, "Zur Forschung an Nichteinwilligungsfähigen", *MedR* 1999, Heft 12, pp. 540-546.

do conhecimento científico). Por outro lado, deparamo-nos com uma crise de legitimação do consentimento sub-rogado do representante legal, visto que a investigação não é feita no interesse do próprio representado e que não defende directamente os seus interesses.

Assim, há uma contradição entre a lei portuguesa (art. 10º, nº4 do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril) e o art. 17º, nº2 da CEDH/Bio. Esta admite, sob rigorosas cautelas, a experimentação pura em menores e incapazes; a lei nacional só admite a experimentação terapêutica.<sup>759</sup>

Contudo, atendendo à *força vinculativa* (art. 7º, nº 2 do Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio) do parecer dos *Comités de Ética*<sup>760</sup> e à sua função fiscalizadora dos protocolos em curso (art. 8º do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril); considerando ainda que os princípios fundamentais da CRP (dignidade humana e autonomia da pessoa) não são violados no seu “núcleo essencial” (art. 18º, nº 3 CRP), julgo que a opção normativa da Convenção de Oviedo poderá ser bem recebida no ordenamento jurídico português. O valor da investigação científica (art. 42º CRP) e da saúde das gerações futuras, bem como a possibilidade do incapaz de também ele contribuir para a comunidade, como dimensão positiva do direito a ser um membro activo da comunidade de pessoas humanas, saem reforçados com a solução da CEDH/Bio. A mesma solução deverá valer no caso da *população idosa* em estado de incapacidade para consentir.<sup>761</sup>

Contudo, *de jure condito*, mantém-se em vigor a lei dos ensaios clínicos, visto que, no art. 27 da Convenção, se estabelece o *princípio “wider protection”*, segundo o qual, se o regime da legislação do Estado-parte for mais favorável ao indivíduo, este prevalecerá sobre as normas da Convenção.

Por seu turno, a Directiva 2001/20/CE, no que diz respeito à experimentação pura em incapazes, também não afasta absolutamente essa possibilidade, mas, entre outros requisitos, exige que ela beneficie pessoas do mesmo ‘grupo de pacientes’ e que se limite à mera confirmação de dados anteriormente obtidos em ensaios clínicos em voluntários ou por outros métodos de pesquisa. Para mais, a investigação deverá estar relacionada com a patologia de que o menor sofre ou ser de natureza tal que apenas possa ser realizada em menores (art. 4, (e)). Repare-se, aliás, que o caso das crianças contém especificidades, já que neste grupo “é necessário levar a cabo ensaios clínicos para melhorar a terapêutica

---

<sup>759</sup> O *Projecto de Protocolo Adicional sobre a Investigação Biomédica* vem densificar e aprofundar os critérios (procedimentais e materiais) que viabilizam a realização de ensaios clínicos não terapêuticos em menores e adultos incapazes (Cfr. art. 8 e o Capítulo V).

<sup>760</sup> Sobre as funções das Comissões de Ética, DEUTSCH, “The Functions of Ethical Committees”, in LEMAIRE/ RAMEIX/ GHANASSIA *Consentement aux soins: vers une réglementation?*, pp. 43-48.

<sup>761</sup> WALTER OSSWALD (“Avaliação Ética dos Ensaios Clínicos”, in PATRÃO NEVES (Coord.), *Comissões de Ética - das Bases Teóricas à vida quotidiana*, 2ª edição, Coimbra, 2002, p. 172.



existente. As crianças representam uma população particularmente vulnerável, que apresentam diferenças em relação aos adultos, quer de desenvolvimento, quer de natureza fisiológica e psicológica, o que torna importante que beneficiem de uma investigação centrada na sua idade e desenvolvimento.”<sup>762</sup>

Relativamente a ensaios com adultos incapazes, o art. 5 contém disposições semelhantes, sendo contudo de destacar que a Directiva reconhece a validade das *directivas antecipadas* relativas à participação em ensaios não terapêuticos.<sup>763</sup>

De tudo o que vimos resulta que o legislador português, ao menos aquando da transposição da Directiva para o direito interno<sup>764</sup>, poderá reconsiderar o regime dos ensaios clínicos à luz das normas internacionais a que o Estado português se vinculou e poderá aceitar a experimentação não terapêutica em incapazes.

### 2.1.2. Consentimento, Co-consentimento e Direito de Veto nos Ensaios Clínicos

O consentimento para a realização de um ensaio clínico está sujeito às regras gerais: "Tratando-se de sujeitos *menores* ou *incapazes*, o consentimento deve ser prestado pelos seus representantes legais." Mas a lei vai ainda mais longe, pois exige ainda o "consentimento dos *menores* que disponham de *capacidade de entendimento e manifestação de vontade*" (art. 10º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril).

Um problema prévio é o de saber como interpretar o que são *menores*? Serão menores os que ainda não tiverem 18 anos, ou, seguindo o critério do art. 38º, n.º 3 CP, os que ainda não tiverem 14 anos e capacidade de discernimento?

Penso que também aqui devemos seguir a linha de que há uma maioria para os cuidados de saúde: assim, devemos proceder a uma *redução teleológica* das normas que se referem aos menores, interpretando-as no sentido que vimos explanando: as crianças que em virtude do seu estado de desenvolvimento físico-psicológico ainda não têm capacidade para entender o sentido e alcance da intervenção, presumindo-se nessa fase os menores de 14 anos.<sup>765</sup>

---

<sup>762</sup> (3) do Preâmbulo da Directiva 2001/20/CE.

<sup>763</sup> Cfr. US NATIONAL BIOETHICS ADVISORY COMMISSION, "Research Involving Persons with Mental Disorders that may affect Decisionmaking Capacity – Executive Summary", *Journal international de bioéthique*, 2002, vol. 13, n. 1, 109-141. Nos EUA também se dá grande relevo ao "*advance planning*."

<sup>764</sup> Art. 22º da Directiva 2001/20/CE: "Os Estados-Membros aprovarão e publicarão as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva até 1 de Maio de 2003. (...) Os Estados-Membros aplicarão essas disposições o mais tardar a partir de 1 de Maio de 2004."

<sup>765</sup> No mesmo sentido, Guilherme de OLIVEIRA, "Investigação Biomédica...", in *Temas...*, p. 199, que afirma: "No caso eventual de surgir uma divergência entre a decisão do representante legal e o menor que

Aliás, a própria CEDH Bio, no art. 17º estabelece o regime de “protecção das pessoas que careçam de capacidade para consentir numa investigação”. Ora, realizando uma *interpretação conforme à Convenção* reforço a minha opinião.

Na verdade, a CEDH Bio abandona claramente os conceitos clássicos de menoridade e incapacidade, tendo a preocupação de se exprimir em termos que, sendo neutros em relação às tradições jus-civilísticas dos Estados-Membros, revelam algo de dogmaticamente mais profundo e valioso: o que verdadeiramente importa é que “o menor careça de capacidade para consentir numa intervenção” (art. 5º, n.º2) ou que “um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção” (art. 6º, n.º3). Veja-se ainda a expressão utilizada nos artigos 17º e 20º (“pessoa que careça, ..., de capacidade para consentir”). Numa palavra: devemos ler as normas de direito da saúde referentes à (in)capacidade com os conceitos de direito médico e não com a pré-compreensão do direito civil patrimonial.

Ora aquele menor (de 14 anos) <sup>766</sup> com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, será titular de um direito de veto *stricto sensu* ou de uma situação de *Ko-consens*, no sentido exposto por Amelung?

O veto *stricto sensu* é um *direito negativo*, que apenas se exerce para recusar a intervenção. Ora, o que aqui se verifica é o direito de *co-autorizar* o ensaio clínico. Assim sendo, estamos perante uma situação de *co-consentimento*.

Já na CEDH Bio encontramos um direito de veto *stricto sensu*. O art. 17, n.º 1, *v* afirma que só haverá lugar ao ensaio caso “a pessoa em causa *não tenha manifestado a sua oposição*”<sup>767</sup>). Também assim no Projecto de Protocolo Adicional sobre Investigação Biomédica (art. 18, 1, *v*), sendo que neste documento se afirma que o incapaz deve, na medida do possível, participar na decisão (art. 18, n.º 1, *v*).

A Directiva 2001/20/CE afirma que a recusa de participar ou o abandono de um projecto de ensaio deverá *ser tida em conta* pelo investigador (art. 4. c). Penso, porém, que na

---

tenha maturidade para se determinar, parece que deve ser dada preferência à vontade do menor.” Cfr. tb. COSTA ANDRADE, “Experimentação Humana, Perspectiva Jurídico-Criminal”, in *A Excelência da Investigação...*, p. 74: “A vontade do representante não pode sobrepor-se à do incapaz que de qualquer forma, tenha o “discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta” art. 38º, n.º 2 CP).

<sup>766</sup> Nem se pense que seria uma bizantinisse afirmar fases de desenvolvimento variadas e *com relevo jurídico* nas crianças com menos de 14 anos. Por exemplo, a legislação austríaca sobre ensaios clínicos (*ArzneimittelG* e *MedizinprodukteG*) exige a autorização do titular do poder paternal, mas prevê-se que no caso de ensaios com riscos não insignificantes tem que se recorrer ao tribunal de menores. Para além disso, *é sempre necessário o consentimento do menor, desde que esta tenha 8 anos de idade, ou após adequado esclarecimento esteja em condições de compreender o significado, o alcance e os riscos do ensaio clínico* (aqui no caso – subentende-se – de menores de 8 anos!). Aliás, o nosso art. 488º, n.º2 presume a falta de imputabilidade nos menores de *sete anos*.

<sup>767</sup> Para uma densificação dos critérios da capacidade para vetar, cfr. nota 106 do *Explanatory Report*.

sua transposição dever-se-á optar por uma formulação mais vigorosa, isto é, mais protectora da vontade do incapaz, adoptando um verdadeiro *direito de veto* ou mesmo um *direito de co-consentimento*, na boa linha da tradição nacional.

Assim sendo, no direito português dos ensaios clínicos actual encontramos as duas figuras: um *co-consentimento* para os casos em que o menor tem *capacidade de entendimento e manifestação de vontade* (a exigir obrigatoriamente o duplo consentimento afirmativo) e um *direito de veto*. Este último tem natureza *negativa e facultativa* e para ser exercido exige-se a *capacidade de veto*, sendo que, neste caso (dos ensaios clínicos) se aproximará bastante da capacidade para consentir, exigindo-se que o incapaz compreenda os riscos que corre, as consequências que tem a intervenção, embora de forma mais limitada que uma pessoa capaz.<sup>768</sup> Não basta, por exemplo, um gesto de repúdio por um medicamento, que em si, nada significa relativamente à oposição ao ensaio.

## 2.2. Colheita e transplante de órgãos e tecidos

O que interessa agora considerar é o regime jurídico da colheita em vida. É quase consensual o entendimento de que o representante legal não pode dar consentimento para doação de órgãos ou *substâncias não regeneráveis* do menor.<sup>769</sup> Esta é também a solução do Direito português, que no art. 6º, n.º 3 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril afirma: "*São sempre proibidas as dádivas de substâncias não regeneráveis feitas por menores ou incapazes.*"

Quanto às *substâncias regeneráveis*, parece resultar da referida lei que será admissível o consentimento e a doação, pressuposto que o facto implique uma lesão ligeira e produza um sofrimento facilmente suportável. O art. 8º, relativo ao consentimento, determina no seu n.º 3 que "tratando-se de menores, o consentimento deve ser prestado pelos *pais*, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou em caso de inibição ou falta de ambos, pelo *tribunal*". Mas o n.º 4 vem assegurar aos menores mas com *capacidade de entendimento e de manifestação de vontade* um *direito de veto em sentido amplo*, já que a dádiva carece também da "*concordância*" deles.<sup>770</sup> Ou seja, também aqui se encontra o regime do *co-consentimento*.

<sup>768</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 217, com relevantes desenvolvimentos.

<sup>769</sup> Cfr., em sentido contrário, Michael MORLEY, "Proxy Consent to Organ Donation", *The Yale Law Journal*, Volume 11, Number 5, March 2002, pp. 1215-1249, advogando o reconhecimento de um *direito constitucional*, das pessoas incompetentes, de doar os seus órgãos com vista a salvar as vidas de familiares imediatos (*immediate family members*). "Because the right to make such donations is an important aspect of the positive right to bodily integrity, the right to privacy, and notions of fundamental liberty, the Equal Protection Clause requires that states permit this right – like the right to sterilization and the right to have lifesaving measures terminated – to be exercised on behalf of incompetents."

<sup>770</sup> Não devemos desprezar a diferente linguagem utilizada pelo legislador nesta norma (bem como no art. 10º, n.º 5 da Lei dos Ensaios Clínicos) relativamente ao art. 38º, n.º 3 do CP. Parece-me que o legislador quis expressamente estender esta *capacidade de co-consentimento* a menores que podendo não "possuir o

Mais uma vez nos defrontamos com a dificuldade em interpretar o que se entenda por *menores*. Orlando de Carvalho defende que “o consentimento não é apenas para os maiores, mas também para os menores, pelo menos os maiores de 14 anos, nos termos do Código Penal vigente.”<sup>771</sup>

A colheita em maiores incapazes por razões de anomalia psíquica, por seu turno, só pode ser feita mediante *autorização judicial* (art. 8º, n.º 5 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril). Esta especial cautela procedimental visa salvaguardar os interesses dos portadores de anomalias psíquicas que poderiam, de outro modo, ser *reificados* da forma mais cruel. Assim sendo, e tendo em conta a teleologia da norma, deveremos exigir a intervenção do tribunal, neste específico caso, não apenas quando estejamos perante interditos (ou inabilitados) por anomalia psíquica, mas ainda quando se apresente como dador uma qualquer pessoa em estado de demência notória ou comprovadamente doente do foro psiquiátrico e incapaz de se autodeterminar.

A CEDH Bio veio acrescentar uma série de requisitos adicionais de protecção do menor incapaz, os quais sendo mais protectores que a lei nacional e de uma densidade normativa de elevada precisão, se aplicam directamente (trata-se de uma norma “self-executing” – nos termos do art. 8º, n.º 2 CRP). Assim, o art. 20º, n.º 2, da Convenção de Oviedo exige que: *i*) não se disponha de dador compatível gozando de capacidade para prestar consentimento; *ii*) o receptor seja um irmão ou irmã do receptor; *iii*) a dádiva seja de natureza a preservar a vida do receptor; *iv*) a autorização prevista nos n.ºs 2 e 3 do art. 6º tenha sido dada de forma específica e por escrito, nos termos da lei e em conformidade

---

discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”, isto é, que são já *competentes*, têm, porém, *capacidade de entendimento e manifestação de vontade*. Por outro lado, o legislador entende que estes não dão um consentimento, propriamente dito, mas uma “*concordância*”, diríamos, uma *anuência*, figura mais próxima de uma simples *capacidade natural*, do que de uma verdadeira competência ou capacidade para consentir. E isto abona em favor da tese segundo a qual o menor com mais de 14 anos e com competência deve ser equiparado a um adulto, logo não cai no âmbito de aplicação das normas que estamos a analisar. Paula SILVA, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, p. 334, defende que deveria ser sempre necessária a *anuência* do menor, ao abrigo da sua *capacidade natural de entender e querer*. Ora, seguindo a interpretação proposta, parece que o legislador não estará longe da tese defendida pela autora.

<sup>771</sup> Orlando de CARVALHO, “Transplantações e direitos das pessoas”, *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar*, Centro de Direito Biomédico, n.º 3, 1993, p. 143. O autor acrescenta: “Ainda que do ponto de vista civil eu propenda a admitir a relevância do consentimento em idade inferior, baseando-se num exame concreto da maturidade do menor para aferir as consequências da extracção e o risco assumido, o facto de estarmos em face de atitudes que, sem consentimento, constituem violações da personalidade e potencialmente delitos criminais, leva-me a restringir-me aos termos penalisticamente admissíveis.” Ora, o regime legal – segundo a minha interpretação - veio conceder o direito de co-consentimento aos *menores de 14 anos* que tenham *capacidade de entendimento e de manifestação da vontade*.

Guilherme de OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas...*, p. 207, adopta também o critério geral do art. 38º, n.º 3 CP para uma intervenção especial sem finalidade terapêutica (excepto para quem entenda que o aborto eugénico tem fins terapêuticos) como é o diagnóstico pré-natal.

com a *instância competente*<sup>772</sup>; v) o *potencial dador não manifeste a sua oposição*.

Assim sendo, também neste domínio, a CEDHBio introduziu no nosso direito um caso de direito de veto *stricto sensu*, isto é, um direito de exercício facultativo e de eficácia negativa. Para tanto apenas se exige a simples capacidade para vetar; excluindo-se do conceito de veto somente as chamadas *natürliche Schutzreaktionen*.

O regime do acesso aos cuidados de saúde por parte dos menores pareceu-nos ilustrativo dos limites que se deverá colocar ao poder paternal nesta matéria.<sup>773</sup> Não apenas consagrando uma ideia-força de que a maioria para estes efeitos se situará na fase da adolescência, a partir dos 14 anos, mas também afirmando verdadeiros *direitos de veto* e situações de *co-consentimento* no caso de intervenções de maior risco para a saúde do menor, mesmo quando este tenha menos de 14 anos.

## Secção IV - Problemas especiais do Contrato Médico quando o paciente é menor, interdito ou inabilitado

### § 33. A relação obrigacional quando o paciente é um incapaz

A relação jurídica médico-paciente abrange não apenas problemas de direitos de personalidade, que temos vindo a analisar, mas também problemas especificamente contratuais como o direito aos honorários, a responsabilidade pelo seu pagamento e o regime da responsabilidade contratual em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações do médico.

Para melhor compreendermos a complexidade jurídica destas situações, devemos distinguir quatro situações: *i*) os casos em que são os representantes legais que celebram um negócio com o médico; *ii*) os casos em que é o próprio incapaz que procura os serviços médicos *iii*) as situações em que uma terceira pessoa, com a intenção de ajudar um paciente em estado de inconsciência, apela a um médico para intervir e *iv*) os casos em que o médico leva a cabo, mote próprio, um tratamento para salvar um paciente inconsciente.

---

<sup>772</sup> Alguns autores já advogavam a necessidade de controlar a autorização parental. Fosse através de uma entidade independente (Paula Martinho da SILVA, “Em torno da discussão sobre transplantes de órgãos e tecidos – o caso particular de Portugal e Espanha”, in Brotéria, 137, n.º 6 Dezembro de 1993, p. 523 a 532) ou através de uma confirmação judicial (VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 155). A instância competente pode ser, de acordo com o *Explanatory Report* (nota 129), o tribunal, um corpo profissional qualificado, um comité de ética, etc. “It aims to guarantee that the decision to be taken is impartial.”

Contra a intervenção do tribunal, *vide* Michael MORLEY, “Proxy Consent to Organ Donation”, *The Yale Law Journal*, Volume 11, Number 5, March 2002, p. 1249: “The decision of parent-guardians to tender proxy-consent should *not* be second-guessed by the courts.”

<sup>773</sup> Paralelamente para os incapazes adultos e o regime de representação legal.

*i) Os representantes legais celebram um contrato com o médico*

A celebração do contrato entre o médico e o paciente exige a capacidade negocial deste último. Assim, deverá ser o representante legal a celebrar em nome do incapaz o contrato de prestação de serviços médicos.

No que respeita aos menores, devemos distinguir a capacidade negocial da capacidade para consentir. Apesar de o menor, com mais de 14 anos, ter, em regra, capacidade para consentir na intervenção médica, já o contrato de prestação de serviços clínicos carece da intervenção do representante legal.<sup>774</sup> Ou seja, “os detentores do poder paternal devem conservar os poderes de representarem o menor na realização de actos jurídicos de que resultem obrigações para o filho (como o internamento hospitalar, o pagamento de honorários)”.<sup>775</sup> O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os interditos com capacidade para consentir (*maxime* os interditos por surdez-mudez ou cegueira).

Para Ferreira de Almeida, “o doente, menor ou interdito, é *parte* no contrato celebrado pelo seu *representante legal*. A construção alternativa – contrato em que é parte um dos pais ou o tutor em favor de terceiro (o menor ou o interdito) – não é conciliável com o *direito potestativo de rejeição* ou *adesão* pelo terceiro beneficiário da promessa (art. 447, n<sup>o</sup>1) que, nestas situações, não é possível por incapacidade de quem o haveria de exercer.”<sup>776</sup>

Deutsch, pelo contrário, entende que os pais celebram um contrato com o médico, sendo apenas estes os responsáveis pelo seu cumprimento. Assim, a criança não é responsável pelo pagamento dos honorários, mesmo que os pais estejam falidos. Não há um contrato entre o menor e o médico, nem aquele responde por motivos de equidade ou de gestão não representativa. Todavia, o menor está no âmbito de protecção do contrato e em caso de negligência médica, o menor tem um direito indemnizatório próprio, de natureza contratual, para além da pretensão dos pais.<sup>777</sup>

Penso que a figura do *contrato com eficácia de protecção para terceiros* poderá ser utilizada para compreender esta situação. Na verdade, neste instituto, “trata-se apenas de estender um dever de cuidado (ou “de protecção”) a um terceiro, incluindo-o no âmbito de protecção do contrato, com a consequência de que, no caso de violação deste “dever lateral”, fica o terceiro legitimado a uma pretensão indemnizatória, portanto credor de um

---

<sup>774</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 192 e Heinrich HÖRSTER, “Consentimento-Comentário”, *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, p. 108.

<sup>775</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “O acesso dos menores...”, *Temas...*, p. 229.

<sup>776</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis...”, *cit.*, p. 104.

<sup>777</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 45.

“direito de prestação secundário”<sup>778</sup> Ou seja, o terceiro (o menor ou interdito) surge não como titular de um direito a uma prestação principal no contrato, mas apenas com o direito a uma indemnização em caso de não cumprimento (ou cumprimento defeituoso) do contrato.

Esta figura parece, assim, adequada para enquadrar a *relação triangular médico - representante legal - incapaz*. Por um lado permite ultrapassar a dificuldade apresentada por Ferreira de Almeida de que o incapaz não pode aceitar ou recusar a promessa, nos termos do art. 447º, n.º 1. Por outro, não ‘empurra’ o incapaz como *parte* num contrato que pode ser financeiramente muito oneroso, permitindo assim salvaguardar o seu património, como parece pretender Deutsch. Finalmente, permite, em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação médica, lançar mão do regime (mais favorável) da responsabilidade contratual, em virtude deste “dever de prestação secundário”.

A crítica que se pode dirigir a esta construção é a de que o incapaz seria, em primeira linha, um mero *objecto* sobre o qual se realizaria a prestação contratual (o tratamento médico) cujo credor seria o representante legal. De algum modo o paciente surgiria aqui numa posição *reificada*, já que não seria o actor, o sujeito do contrato. Mas esta é uma crítica que não prevalece, já que a expressão da dignidade da pessoa humana se faz sentir ao nível do consentimento informado, isto é, do acto jurídico justificador da intervenção médica e quanto a esse já claramente se definiu os seus contornos. O problema agora em análise é outro: trata-se do enquadramento técnico, jus-civilístico, da relação médico-paciente quando este é incapaz.

*iii) o próprio menor ou interdito solicita a realização de serviços médicos*

Deutsch entende que, neste caso, os menores ou doentes mentais que procuram só ajuda médica podem ficar obrigados em virtude de uma *relação contratual de facto* (*aufgrund eines faktischen Vertrages verpflichtet*). O cuidado médico é parte da chamada *Daseinvorsorge* (prestações essenciais à existência): pertence às necessidades básicas das pessoas e é prestada mediante uma remuneração tipificada. Daqui derivam todas as consequências contratuais, que são o direito à remuneração do médico e a responsabilidade pelos erros que praticar. Os requisitos para que se estabeleça esta relação contratual de facto é a utilização *consciente* dos serviços médico por parte do paciente e a sua realização por parte

---

<sup>778</sup> SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade por Informações Face a Terceiros”, *BFD* 73 (1997), p. 45.

do médico.<sup>779</sup>

Se os pais ou tutores não concordaram com o tratamento, só podem ser chamados à responsabilidade se a intervenção médica se revelar *necessária* para o incapaz.<sup>780</sup> O fundamento legal estará, por um lado, nos artigos 1878º (obrigação de “velar pela sua segurança e saúde”) e 1879º *a contrario*, e no dever de alimentos relativamente aos filhos (art. 2009, 1, c)). Nasce, assim, uma obrigação de prover às despesas de saúde *necessárias* dos filhos.<sup>781</sup>

*iii) Um terceiro solicita a prestação de serviços médicos para acudir a um incapaz ou a uma pessoa inconsciente*

Segundo a lição de Ferreira de Almeida: “Se o doente está em situação de incapacidade accidental que o priva da consciência ou da possibilidade de se exprimir, a pessoa que solicita serviços médicos age como *gestor de negócios* que será, em princípio, do tipo da gestão representativa (art. 471, 1ª parte e art. 268º) susceptível de *ratificação* (expressa ou tácita). Se esta se verificar, o *contrato* tem-se por celebrado entre o médico e o doente (não há contrato a favor de terceiro porque nesta hipótese o terceiro não dispõe da faculdade de recusar a prestação). Se, por discordância, morte ou prolongamento da situação de incapacidade, não houver ratificação, o contrato não é eficaz nem em relação ao doente nem em relação ao gestor do negócio. Como a lei é omissa quanto à regulação dos efeitos da situação criada, deve entender-se que os eventuais danos causadas pelo médico são cobertos pelo regime da responsabilidade delitual e que, por *aplicação analógica* do regime da *gestão não representativa*, a remuneração ao médico é devida pelo gestor.”<sup>782</sup>

*iv) os casos em que o médico leva a cabo, mote próprio, um tratamento para salvar um paciente inconsciente.*

Se o paciente não se puder aperceber da prestação médica, em virtude de uma

<sup>779</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, pp. 46-47.

<sup>780</sup> LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 90. O médico deve, portanto, ser prudente no caso de os pais se oporem à intervenção.

<sup>781</sup> No caso dos incapazes adultos, apenas deparamos com o art. 1935º a impor um dever de diligência de um bom pai de família e, por remissão, o dever de velar pela segurança e saúde destes e prover ao seu sustento. Porém, em sede de direito de alimentos não se estabelece – de forma expressa e directa – qualquer dever de prestação alimentícia do tutor face aos pupilos (cfr. art. 2009º). Todavia, as pessoas indicadas nesse artigo como obrigadas a alimentos coincidem, na maior parte das vezes com as pessoas designadas como tutores (cfr. art. 1931º, n.º1).

<sup>782</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis...”, *cit.*, p.104-105. Cfr. no mesmo sentido FERNANDEZ HIERRO, *Sistema...*, p. 34 e Esther GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo IV, Octubre-diciembre, 1998, p. 1695.



---

situação de inconsciência ou de choque, a ajuda médica é necessária e legítima, porém não há aqui um contrato. Juridicamente estamos perante uma *gestão de negócios não representativa*.<sup>783</sup>

É necessário que o tratamento tenha sido no interesse objectivo do paciente e que respeite a sua real ou presumível vontade. O médico tem direito aos honorários, visto que faz da medicina a sua profissão (art. 470º CC). Por outro lado não lhe aproveita o regime de privilégio daqueles que agem como gestores de negócios, aos quais se aplica o regime da culpa em concreto, aplicando-se o regime da *culpa em abstracto*.<sup>784</sup>

---

<sup>783</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 47.

<sup>784</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*<sup>10</sup>, pp. 461-462.

## Capítulo II – O Dever de Esclarecimento

### Secção I - A Obrigação de Informação

O dever de informação constitui o cerne de toda a teoria do consentimento esclarecido. A alteração do paradigma na relação médico-paciente - o abandono do paternalismo clínico em favor da autonomia do paciente - conquista a sua expressão mais nítida na exigência que hoje se faz aos médicos no sentido de informarem amplamente os seus pacientes, que, por seu lado, se começam a assumir como consumidores dos cuidados de saúde.

#### § 34. Dados empíricos

Antes de estudar os aspectos especificamente jurídicos, penso ser útil uma brevíssima nota sobre um ou outro estudo sociológico.

Um estudo, realizado em 1987,<sup>785</sup> avalia a percentagem de médicos especialistas em oncologia que informam o doente sobre o diagnóstico de cancro. Os médicos portugueses aparecem no grupo daqueles que menos informam os seus pacientes.

*Percentagem de médicos que informa do diagnóstico de cancro*

- 40%	+ 80%
África	Áustria
Espanha	Dinamarca
França	Finlândia
Hungria	Noruega
Irão	Nova Zelândia
Itália	Países Baixos
Japão	Suécia
Panamá	Suíça
<b>Portugal</b>	Estados Unidos

Outros inquéritos têm apontado no mesmo sentido.<sup>786</sup> Entre nós, Rocha Carraça realizou um estudo sobre a partilha de informação no acto médico. Perante os dados

---

<sup>785</sup> HOLLAND/GEARY/MARCHINI/TROSS, “An international survey of physician attitudes and practice in regard to revealing the diagnosis of cancer”, *Cancer Invest.*, 5, pp. 151-154, *apud* TAMBURINI, “Dall’informazione alla Comunicazione”, in SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, p. 51.

obtidos<sup>787</sup>, o Autor conclui que os médicos inquiridos “revelam uma atitude francamente valorizadora da partilha da informação com os pacientes”, embora façam uma ponderação caso a caso, e atribuem à partilha de informação um valor meramente instrumental da relação. Trata-se de um inquérito cujos resultados demonstram que há da parte dos médicos portugueses uma vontade de respeito pelos direitos dos pacientes e das suas regras deontológicas. Haverá naturalmente muito caminho ainda a percorrer, mas dá-nos a confiança de que também entre nós se pode andar na direcção do respeito pela autodeterminação do paciente.<sup>788</sup>

Em virtude da análise destes dados, podemos adoptar a orientação, seguida por alguns autores<sup>789</sup>, segundo a qual há marcadas diferenças entre os países com cultura latina

---

<sup>786</sup> Um outro inquérito [THOMSEN/WULFF/MARTIN/ SINGER, “What do gastroenterologists in Europe tell cancer patients?”, *The Lancet*, 341, pp. 473-476, *apud* TAMBURINI, “Dall’informazione alla Comunicazione”, *cit.*, p. 52], realizado a 260 gastroenterologistas, forneceu o quadro da situação europeia. No questionário colocava-se a hipótese clínica seguinte: “Imagine o caso de um doente a quem se confirma, por uma biópsia, o diagnóstico de um carcinoma da sigmoide e, consequentemente, a indicação cirúrgica de ressecção do cólon. Diria ao paciente que tem um cancro, se este não lhe perguntar?” Responderam afirmativamente: todos os médicos da Islândia, Noruega, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Alemanha, Holanda e Suíça; mais de metade dos médicos do Reino Unido; menos de metade dos médicos de França, Itália e Jugoslávia; nenhum ou quase nenhum dos médicos de Espanha, Portugal, Grécia, Albânia, Bulgária, Roménia, Hungria, Polónia, ex-URSS. À pergunta seguinte: “Diria ao paciente que as suas condições são incuráveis?”, a percentagem de médicos que responderam afirmativamente é ainda mais baixa. Apenas uma quota relevante de médico residentes na Islândia, Noruega, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Reino Unido e Holanda manteve ainda uma orientação favorável. Nota-se portanto que nos países do norte da Europa os médicos são mais favoráveis ao aberto esclarecimento ao paciente.

Nos Estados Unidos a evolução dos últimos 50 anos também vai no sentido de, cada vez mais, se informar o paciente da sua condição de saúde. Efectivamente, a transmissão da informação tem variado não só geograficamente, mas também ao longo do tempo. Neste sentido, TAMBURINI compara diversos estudos de 1953, 1960, 1970 e 1977, nos quais se regista uma evolução ao nível da percentagem de médicos que não informavam os pacientes: de 69% em 1953 para 22%, 9% e 3%, nos estudos seguintes.

<sup>787</sup> ROCHA CARRAÇA, *Omissão e Partilha no Acto Médico*, Porto, 1994, *apud* VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 230. De acordo com o inquérito que realizou, perante a hipótese de diagnóstico de “neoplasia com evolução fatal”, 11,3% dos médicos inquiridos nunca o revelam; 40,8% revelam-no raramente; 43,7% revelam-no frequentemente; e 4,2% revelam-no sistematicamente. Em suma, 52,1% dos médicos inquiridos tende a não revelar este diagnóstico. Para outras doenças a partilha do diagnóstico é mais frequente; assim, os 86% dos médicos informam do diagnóstico de diabetes tipo II; asma brônquica: 76%; cólon irritable: 62%; doença coronária: 63%; e depressão reactiva: 44%.

<sup>788</sup> Carlos Melo DIAS, *Consentimento informado como mediador razoável da relação profissional de saúde-doente*, (Trabalho de Pós-graduação em Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico, polic., 2001, pp. 81 e ss. apresenta os resultados de um inquérito realizado nos Hospitais da Universidade de Coimbra. De acordo com os resultados apurados, os enfermeiros revelam uma atitude bastante positiva relativamente à prática do consentimento informado, sentindo que há condições humanas para o realizar, mas havendo carências ao nível dos recursos materiais e financeiros. A maioria também entende que a utilização do formulário não é suficiente e que no processo do consentimento informado deveria estar sempre presente pelo menos um médico ou um enfermeiro. Relativamente aos médicos, apurou um grande optimismo relativamente aos recursos humanos, materiais, financeiros e relacionais, entendendo 100% dos inquiridos que as condições de que dispõem são boas para a prática do consentimento informado e que nada precisa de ser melhorado(!). Os médicos entendem unanimemente que é a eles e não aos enfermeiros que compete levar a cabo o consentimento informado e também não se satisfazem com o método do formulário estandardizado. Este estudo, cuja amostra é pequena, transmite-nos, em todo o caso, a mensagem de que a maioria dos profissionais de saúde atribui relevante valor (clínico e humano) à prática do consentimento informado, mas que será necessário maior formação nesta área.

<sup>789</sup> Por exemplo, TAMBURINI, *ob. cit.*, p. 52.

e os países com cultura anglo-saxónica, entre a religião católica e a religião protestante (que Max Weber pôs em destaque no domínio da economia), entre os sistemas de saúde de assistência pública e privada.

O consentimento informado é um processo dinâmico, em que a solicitação por parte da população no sentido de poder participar na decisão terapêutica é muito relevante. Assim, interessa saber se os doentes querem ser informados, nomeadamente dos seus diagnósticos (graves) ou com prognósticos reservados ou fatais. Quanto a este parâmetro, vários estudos revelam que nos países anglo-saxónicos e nórdicos a percentagem de pacientes, em fase diagnóstica ou em tratamento, que desejam ser totalmente informados situa-se entre os 75% a 92%; já em países como a Itália e o Japão, esses números quedam-se pelos 48% a 56% da população saudável.<sup>790</sup>

Quanto às *consequências psicológicas da informação*, alguns estudos demonstram que após uma primeira fase de adaptação à nova realidade, os pacientes valoram como globalmente positivo o facto de terem sido informados de diagnósticos de cancro. Os efeitos positivos são a maior capacidade do paciente de afrontar a doença e aceitar o tratamento, melhor planificação do futuro e melhor comunicação com os profissionais de saúde e com a família.

## § 35. Fundamento legal

### 1. Remissão para a Parte I

Remeto aqui para o estudo elaborado na Parte I deste trabalho, no qual se analisou a consagração do direito ao consentimento informado no direito português.

### 2. A autonomização do dever de informar face ao consentimento

O dever de informar *qua tale* deve receber um significado autónomo (face ao dever de obter consentimento) e consequentemente ser assumido como uma obrigação jurídica. Herman NYS chama a atenção da importância da autonomia do dever de informar dado o impacto crescente da capacidade predictiva da medicina actual, sem que as capacidades terapêuticas possam evoluir paralelamente a esta evolução. Pensemos, por exemplo, num exame ao sangue para despistar o vírus da SIDA ou num exame genético. Nestes casos, a investigação e a transmissão da informação têm um significado autónomo independente do

---

<sup>790</sup> Cfr. TAMBURINI, “Dall’informazione alla Comunicazione”, *cit.*, p. 54-55. Note-se, porém, que o campo de investigação é materialmente diferente: nos estudos anglo-saxónicos e nórdicos estamos perante doentes em fase diagnóstica, nos outros, em face de população sã.

consentimento para uma intervenção. O mesmo acontece no caso de o estado de saúde do paciente for tal que nenhuma terapia existente possa ser aplicada.

Se associarmos, de forma excessiva, a obrigação de informação à necessidade de obter um consentimento, a primeira corre o risco de se tornar desprovida de sentido, quando é precisamente a informação sobre o seu estado, por mais pessimista que o prognóstico possa ser, que pode ser muito importante para o paciente. Por isso é preferível tratar distintamente o direito à informação e o direito ao consentimento.<sup>791</sup>

### 3. O dever de informar no contexto do direito civil

O fundamento legal do dever de informação está previsto em várias normas de diferentes ramos do direito (constitucional, administrativo, penal, civil e disciplinar), como se analisou na introdução.

Gostaria apenas de registar que – como Guilherme de Oliveira ensina<sup>792</sup> - também no *direito (civil) comum* a validade de qualquer declaração deve ser isenta de vícios (erro, dolo ou coacção); o regime dos vícios da vontade visa proteger a liberdade de vinculação das partes. Ora, se estes regimes estão previstos para o negócio jurídico, devem também valer para os actos jurídicos, mais a mais quando “um acto jurídico comunicativo esteja envolvido”.<sup>793</sup>

### 4. O apelo ao direito do consumidor<sup>794</sup>

#### 4.1. Direito comparado

Cada vez mais a doutrina vem considerando que o *paciente* é um *consumidor de serviços médicos*. Nesta perspectiva, o doente é um leigo, um profano, que se apresenta perante um profissional, pelo que merece a aplicação das normas de protecção dos consumidores.

Vejamos o exemplo do direito comparado.

Gálan Cortés<sup>795</sup> destaca, no âmbito do direito espanhol, a legislação consumerista ao nível da fundamentação legal do consentimento informado. Partindo desde logo da Constituição, que dedica um artigo (art. 51) à defesa dos consumidores e utentes com carácter de princípio geral informador do ordenamento jurídico, sendo densificado pela *Ley*

---

<sup>791</sup> Assim, Herman NYS, *La Médecine et le Droit*, Kluwer, 1995, p. 118.

<sup>792</sup> Nomeadamente no seu ensino no Curso de Pós-graduação em Direito da Medicina, organizado pelo Centro de Direito Biomédico.

<sup>793</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, p. 19.

<sup>794</sup> A justificação pela nomenclatura direito do consumidor face à de direito do consumo é dada por PINTO MONTEIRO, “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, p. 121 e ss.: “este é o conjunto de princípios e regras destinadas à *protecção do consumidor*.”

<sup>795</sup> GALÁN CORTÉS, *Ob. cit.*, p. 34.

26/1984, de 19 de Julho, (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*). Esta lei assegura o direito dos consumidores e utentes a uma informação certa, eficaz, verdadeira e objectiva, na qual se devem incluir *os riscos previsíveis* (art. 13.1.f)). Por sua vez, o art. 2.1.d) reconhece como direito básico dos consumidores e utentes à informação correcta sobre os diferentes produtos e serviços, sendo nula a sua renúncia prévia (art. 2.3).<sup>796</sup>

O *Código de Defesa do Consumidor brasileiro*<sup>797</sup> constitui um marco importantíssimo em termos de direito comparado. Neste país vigora o *princípio de responsabilidade objectiva dos prestadores de serviços*, mas abre-se uma excepção para os profissionais liberais, nos quais se incluem, naturalmente, os médicos, cuja responsabilidade se conserva no âmbito do *princípio culpabilístico*.<sup>798</sup> Tal será compreensível, segundo a doutrina brasileira, pois dos médicos apenas não depende a cura: eles apenas estão sujeitos a uma obrigação de meios e não de resultado. Contudo, a excepção apenas se aplica ao próprio profissional liberal, não se estende às pessoas jurídicas que o profissional integre ou para as quais preste serviços. "O Código é claro ao asseverar que só 'a responsabilidade pessoal' dos profissionais liberais é a que está submetida ao sistema de atribuição da culpa. Logo, se o médico trabalha para um hospital, responderá apenas em caso de culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será julgada objectivamente."<sup>799</sup> Se o médico apenas responde com culpa, sobre ele, porém,

<sup>796</sup> Segundo GALÁN CORTÉS, *Ob. cit.*, p. 35, o paciente é hoje visto como consumidor ou utilizador dos serviços de saúde (art. 9 e 10 da *Ley General de Sanidad*). Daqui não decorre que os prestadores de saúde, individualmente considerados, estejam sujeitos à responsabilidade objectiva e semi-objectiva que se instaura nos artigos 25 a 28 da *Ley 26/1984*. O '*princípio culpabilista*' continua a reinar e acarretou mesmo a retirada, em Junho de 1994, pela Comissão Europeia, da *proposta de Directiva do Conselho*, de 20 de Dezembro de 1990, sobre a responsabilidade do prestador de serviços, cujo art. 1.2 dispunha que: "O ónus da prova da ausência de culpa incumbirá ao prestador de serviços". Já os centros sanitários ou hospitalares estão sujeitos, em muitas ocasiões, à aplicação do regime da responsabilidade objectiva da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Cfr. tb. GÓMEZ CALLE, "El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo IV, Octubre-diciembre, 1998, p. 1694.

<sup>797</sup> Aprovado pela Lei 8.078 de 1990 e entrou em vigor em Março de 1991.

<sup>798</sup> Art. 14º: "O prestador de serviços responde, independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre o seu uso, gozo e seus riscos. §4: A responsabilidade *pessoal* dos profissionais liberais será arbitrada mediante a verificação da *culpa*."

O novo Código Civil de 2002 vem reafirmar o regime da responsabilidade subjectiva dos médicos (cuja actividade cabe no âmbito do art. 951: "...o caso de indenização devida por aquele que, no exercício de actividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho"), pelo que, na minha opinião, a actividade médica não deve ser considerada uma *actividade de risco* para efeitos da cláusula geral de responsabilidade pelo risco, que o Código brasileiro actualmente prevê no art. 927, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa (...) quando a actividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

<sup>799</sup> António BENJAMIN, *Comentários ao Código de protecção do Consumidor*, Coordenação de Juarez de Oliveira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 80, apud Jane COURTES LUTZKY, "El Código de Defensa del Consumidor y la Responsabilidad personal del médico en la República Federativa del Brasil", *Cuadernos de Bioética*, Ano 2, nº 1, Buenos Aires, p. 104-105. Para mais desenvolvimentos, vide António TEIXEIRA DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil Hospitalar*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado polic., 2000, pp. 125 ss. Na verdade, o entendimento de que o hospital responde objectivamente é

impõe o ónus da prova quanto à ocorrência do facto objectivo e da relação causal entre o profissional e o dano causado, nos termos do inciso VIII do art. 6º do referido Código.

Deste excuro pelo direito brasileiro resulta que a prestação de serviços médicos pode ser entendida no âmbito do Código do consumo, conferindo-se uma protecção legal ao paciente na medida em que a pessoa jurídica responde *objectivamente* e sobre o médico impõe o ónus da prova da ausência de culpa.

No direito neozelandês o paciente é claramente considerado um consumidor de cuidados de saúde. Em 1996 foi publicado *The New Zealand Code of Health and Disability Consumer's Rights*, partindo este Código da contraposição entre “consumer”, da parte do paciente, e “provider” (*health care provider or a disability services provider*), da parte do prestador de serviços médicos.<sup>800</sup>

Nos EUA, a *Advisory Commission On Consumer Protection And Quality In The Health Care Industry* (nomeada pelo Presidente Bill Clinton, em Março de 1997) apresentou o *Final Report, Consumer Bill of Rights & Responsibilities*. Ora, do próprio título e do texto (*v.g.*, o sujeito da relação que corresponde ao paciente é sempre designado “consumer”) do relatório resulta claramente que a Comissão compreende o paciente como um consumidor de serviços médicos.

#### 4.2. Noção de consumidor. Direito português

Também no direito português, Ferreira de Almeida ensina que “O contrato de prestação de serviços médicos é um contrato civil (nunca é um acto de comércio), celebrado *intuitu personae* e é um *contrato de consumo* e portanto merecedor da aplicação das regras de protecção dos consumidores.”<sup>801</sup>

Porém, é controversa a questão de saber, em primeiro lugar, se a *Lei de Defesa do Consumidor* (Lei 24/96, de 31 de Julho) pode ser aplicada às relações que se estabeleçam entre profissionais liberais (no exercício da sua actividade profissional e da qual obtêm benefícios) e os seus clientes, que não estejam no exercício da sua actividade profissional, como é, por natureza, o caso dos pacientes. Em segundo lugar, devemos questionar se, no

---

controverso. Parte da doutrina entende que a responsabilidade é ainda subjectiva (cfr. p. 133). TEIXEIRA DE ALMEIDA – seguindo a orientação exposta em texto - entende que se responsabiliza o hospital pelo “*fato do serviço*”.

<sup>800</sup> Este diploma tem de ser compreendido no âmbito mais vasto da legislação de saúde que inclui “The Parent Act” - “*Health and Disability Commissioner Act 1994*” e uma jurisdição própria: “*Complaints Review Tribunal*”. Cfr. para mais desenvolvimentos, SKEEG, “English Medical Law and “Informed Consent”: Antipodean Assessment and Alternative”, *Med.L.Rev* (1999), pp. 153-155.

<sup>801</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis...”, *cit.*, p. 89. A Conferência a que o texto serviu de base foi proferida em 1993, embora a publicação seja de 1996. Como veremos esta afirmação continua – mesmo depois da publicação da LDC - perfeitamente válida.

caso de esta lei se não aplicar a estas relações, tal acarraterá a exclusão de todo o direito do consumidor.

Paulo Duarte entende que os profissionais liberais, embora exerçam uma actividade económica, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da LDC, visto que o art. 23º lhes ofereceu um regime de “privilégio”.<sup>802</sup>

Convém, todavia, analisar este problema com maior atenção.

Efectivamente, o art. 23º da LDC remete o regime da responsabilidade por serviços prestados por profissionais liberais para legislação extravagante, a qual, contudo, nunca veio a ser publicada. Perante tal situação, o intérprete poderia ser levado a concluir que a lei quis afastar os profissionais liberais do domínio da legislação consumerista, ou pelo menos, do âmbito de aplicação da LDC.

Todavia, entendo exactamente o contrário: esta norma de excepção só faz sentido, porque o próprio legislador reconhece que, *v.g.*, entre um paciente e um médico (em medicina privada) se estabelece uma *relação de consumo*; caso contrário, não haveria necessidade de, expressamente, excluir do campo de aplicação desta norma as relações em que intervenham profissionais liberais. Corroboro esta doutrina pela análise do conceito de consumidor (art. 2º, n.º 1 da LDC): na verdade, ao paciente são *prestados serviços, destinados a uso não profissional*, por pessoa que exerce *com carácter profissional uma actividade económica que visa a obtenção de benefícios*.<sup>803</sup>

A meu ver, tendo em conta que a norma prevista no art. 23º LDC é excepcional e que o legislador ainda não publicou o regime que, em 1996, prometera, deveremos fazer uma interpretação restritiva deste texto. Assim, apenas fica *excluído* deste diploma o regime da *responsabilidade*<sup>804</sup> que se imporá ao profissional liberal pelo incumprimento dos seus deveres. Já outros aspectos do regime de protecção do consumidor, mesmo que regulados na LDC, podem legitimamente ser convocados nesta sede.

Assim, podemos lançar mão de certas normas deste diploma que densificam os critérios relativos à *qualidade da informação*. Segundo o art. 8º, n.º 1 e 3 da LDC o consumidor tem direito à *informação suficiente, legível, clara*, que permita uma *boa utilização do*

---

<sup>802</sup> Paulo DUARTE, “O Conceito Jurídico de Consumidor”, *BFD* 75 (1999), p. 667.

<sup>803</sup> Sobre a noção jurídica de consumidor, na literatura portuguesa mais recente, cfr. *v.g.*, Alexandre DIAS PEREIRA, *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da Segrança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 86-89; PAULO DUARTE, “O Conceito Jurídico de Consumidor”, *BFD* 75 (1999), pp. 649-703, *passim* e Jorge PEGADO LIZ, *Introdução ao direito e à política do consumo*, Lisboa, Notícias, 1999. Para uma análise actual do conceito de consumidor, *vide* Jonny HERRE/ Ewoud HONDIUS/ Guido ALPA, *The Notions of Consumer and Professional and Some Related Questions*, European Group on a Civil Code - [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net).

<sup>804</sup> O art. 23º LDC não distingue quais as formas de responsabilidade: civil, penal e administrativa.



*serviço*, e que inclua os *riscos para a saúde e a segurança* dos consumidores, etc.<sup>805</sup> Na verdade, o dever de informação nestes termos amplos e precisos assenta como uma luva às exigências que o direito deve fazer ao médico em ordem a prestar um bom serviço ao seu doente.<sup>806</sup>

Por outro lado, como veremos (cfr. *infra* § 56), é legítimo controlar a utilização dos formulários para a prestação de cuidados de saúde através do expediente técnico-jurídico do diploma das cláusulas contratuais gerais, aplicando, não apenas as normas que visam proteger empresas ou entidades equiparadas (artigos 17º a 19º) - e que sempre deveriam ser aplicáveis a outras relações jurídico-civis, *por maioria de razão* -, mas, inclusivamente, as que visam conferir uma específica *protecção aos consumidores finais* (artigos 20º a 23º).

## Secção II - O devedor da obrigação de informação

### § 36. O devedor da obrigação de informação

#### 1. O médico

O devedor da obrigação de informação é o médico. Trata-se, nos termos do art. 767º, de uma *prestação não fungível* por natureza.<sup>807</sup> A obrigação de informação recai, pois, sobre o médico consultado ou interrogado pelo paciente, ou seja, em primeiro plano, sobre o *médico assistente*.<sup>808</sup>

Neste ponto, o exemplo do direito espanhol deveria ser seguido. O art. 10, n.º 7, da *Ley General de Sanidad* confere o direito do paciente a que lhe seja adstringido um médico, ficando a conhecer o seu nome, e que será o seu interlocutor privilegiado com a equipa

---

<sup>805</sup> VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 193, defende também a aplicação da LDC. Cristina MONTEIRO/ Mafalda BARBOSA, *Cadernos de Bioética*, n.º 25/ Abril 2001, pp. 119-122, assinam uma interessante aplicação de vários diplomas da legislação de defesa do consumidor a uma problemática de índole médico-clínica: a pílula do dia seguinte.

<sup>806</sup> Cfr. Nadine FRASSELLE, *Du Patient au Consommateur*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1996, p. 10: “Le processus de *consommation médicale* se développe concomitamment aux préoccupations des consommateurs *d’accéder à l’information*, de faire valoir un *juste partage des risques* et des responsabilités et d’être partie penante dans les processus de soins. Des liens nouveaux se tissent et témoignent d’une recherche d’authenticité et de partenariat dans la relation thérapeutique.” É que, como a autora analisa (p. 210) esta relação, graças ao progresso da medicina corre risco: “Dans le domaine de la santé, la médicalisation des prestations signifie l’appropriation par le corps médical de la définition des besoins et des réponses à leur donner. Les malades sont rapportés aux maladies. La technologie médicale et la production de médicaments trouvent à s’imposer comme modes d’accumulation du capital.”

<sup>807</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, p. 26.

<sup>808</sup> Também assim, DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 94. Na jurisprudência francesa, *vide* a decisão do Tribunal Civil d’Anvers, de 13-5-1993: “le devoir d’information incombe personnellement au médecin exécutant l’opération.” No caso julgado pelo *Cour d’Appel de Paris*, em 9-4-1999, o médico não assistiu às duas consultas dadas pela directora de uma clínica de beleza e ignorava o conteúdo da informação dada à paciente. O médico não pode delegar na clínica uma obrigação pessoal – “le devoir d’information pèse sur le médecin qui réalise l’intervention...”, *Apud* LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 57.

médica. A Directiva 2001/20/CE, de 4 de Abril, relativa aos ensaios clínicos, prevê também a obrigatoriedade de o participante dispor de um ponto de contacto, junto do qual possa obter informações mais detalhadas.

## 2. A equipa médica

Hoje em dia, o exercício da medicina é cada vez mais realizado por uma equipa multidisciplinar e hierarquizada, o que levanta dois problemas: (1) *quem deverá fornecer a informação e obter o consentimento* e (2) *quem fica abrangido por esse mesmo consentimento?*

A doutrina admite que possam fornecer a informação os *assistentes* que estão envolvidos no tratamento, sendo lícita a delegação de certas competências no assistente da equipa.<sup>809</sup> Todavia, a *delegação* do esclarecimento deve ter na sua base uma clara repartição de competências, de forma que se verifique a existência de uma estrutura organizatória controlada e que não resultem dúvidas quando à *qualificação* do médico responsável pelo médico que realiza o consentimento informado.<sup>810</sup>

No caso de participação de uma equipa médica especializada, encarregada de realizar algum procedimento específico, compete a esta, pela sua formação e conhecimentos, a transmissão de toda a informação ao paciente e a obtenção do consentimento. Mas não parece que seja necessário que seja o concreto médico que vai realizar a intervenção quem deva dar a informação, podendo ser um membro da equipa. Contudo, o médico que vai realizar a operação deverá *certificar-se* de que se obteve o adequado consentimento informado, ou seja, nasce aqui um especial dever de verificar se o paciente deu o seu consentimento informado (cfr. *infra* § 44).

Porém, quando na mesma equipa coexistem diferentes especialidades médicas, entende-se que o princípio é que cada médico deve dar informação de acordo com a sua especialização (*v.g.*, o consentimento informado específico para a anestesia).<sup>811</sup> No mesmo sentido, o *Guia Prático do Consentimento Informado de Navarra* (1997) estabelece que a informação ao paciente deve ser facultada pelo médico responsável pela sua assistência, embora em procedimentos de especial complexidade pela sua especialização, seja recomendável que a informação seja dada, e se obtenha o consentimento do paciente pelo médico que vai praticá-los.

---

<sup>809</sup> Cfr. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, p. 30. Segundo GEHRLEIN, *ob. cit.*, p. 151: a jurisprudência alemã admite que o médico-chefe delegue essa tarefa num *assistente*. Entre nós, tem sido este também o ensino de Guilherme de OLIVEIRA.

<sup>810</sup> Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob.cit.*, p. 527.

<sup>811</sup> Cfr. LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, p. 57.

No caso de se não conseguir identificar o médico responsável pela falta de informação, a jurisprudência tem entendido que se deve responsabilizar o Hospital.<sup>812</sup>

Quanto à segunda questão, entende-se que o consentimento se amplia a *todas as personas da equipa*, sem que isso ponha em causa a diluição de responsabilidades. Exceptuam-se aqueles casos em que o paciente expressamente o outorgue a apenas um cirurgião, para que seja só este a intervir.

### 3. Participação de vários médicos

O moderno exercício da medicina implica também amiúde que o paciente seja acompanhado por diversos médicos. Por vezes, consulta o clínico geral que seguidamente aconselha um especialista, este por sua vez, necessitando de realizar exames de diagnóstico solicita os serviços de outros especialistas. Perante este ‘rodopio’ de serviço médicos, verificam-se, por vezes, problemas na prestação das informações necessárias para o paciente se autodeterminar.<sup>813</sup>

A jurisprudência estrangeira tem encontrado soluções díspares. Em alguns casos os tribunais *absolvem* o médico prescriptor.<sup>814</sup> Em muitos outros casos, contudo, os tribunais defendem que quando um médico generalista julga necessário enviar o paciente à consulta de um especialista *coexistem duas obrigações paralelas*.<sup>815</sup> O médico generalista consultado em primeiro lugar não pode considerar que só o especialista deverá fornecer todas as informações.<sup>816</sup> Reciprocamente o especialista não pode supor que o generalista informou

---

<sup>812</sup> *Sala I de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal argentina* (28-12-1993). Neste caso, realizou-se uma arteriografia cerebral, tendo causado uma hemiplegia, que havia sido solicitada pelo serviço de cardiologia de um hospital, e em que não foi possível determinar a que médico cabia o dever de informação [GALÁN CORTÉS, *Ob. cit.*..., p. 162.]

<sup>813</sup> O CDOM prevê a situação nos artigos 111º e ss. Aliás, é dever do médico “pedir a colaboração de outro médico ou indicar ao doente colega que julgue mais qualificado” [art. 9º, n.º 2 CDOM].”

<sup>814</sup> A *Cour de Cassation* (31-3-1993) pronunciou-se sobre o caso de um reumatologista que solicitou uma flebografia lombar, que ao ser realizada por um médico radiologista provocou no paciente múltiplas trombozes venosas profundas, o que lhe causou uma série de sequelas graves. O Tribunal da Cassação *absolveu* o reumatologista julgando que competia ao radiologista dar a informação relativa à sua intervenção. O *Tribunal de Apelação de Rennes* (31-5-1995) julgou que um *médico generalista* não é responsável pelo falecimento do seu paciente, como resultado de uma embolia gasosa sobrevinda após uma endoscopia, sem a informação suficiente, porquanto a obrigação de informação recairia sobre o especialista encarregado da prática da endoscopia, (se bem que tal informação incompleta, no caso concreto, estaria justificada, dado o estado de ansiedade do paciente). Cfr. PALAËY-VINCENT, *ob. cit.*, p. 62.

<sup>815</sup> LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, p. 57. GEHRLLEIN, *ob. cit.*, p. 127, informa-nos que a jurisprudência alemã normalmente reparte os âmbitos funcionais de cada especialidade, sendo cada profissional responsável no âmbito da sua competência. Assim um anestesista que informou o paciente dos riscos da anestesia, não é responsável pela violação do dever de esclarecer dos riscos da intervenção que competia ao cirurgião.

<sup>816</sup> Num caso de uma vasectomia falhada, resultando na gravidez da esposa, o *Tribunal de Apelação de Anvers* (17-1-1980) considerou que “o médico de família não pode contar que o cirurgião fornecerá todas as informações sobre as consequências de uma esterilização”, pelo que julgou este médico culpado (embora tenha responsabilizado, a final, o cirurgião).

suficientemente o paciente sobre as modalidades e riscos do tratamento. Assim, a *Cour de Cassation* (29-5-1984) entendeu que o dever de informação pesa tanto sobre o *médico prescriptor* como sobre o *que executa a prescrição*, pois cada um deve adoptar as cautelas necessárias para comprovar que a informação foi prestada. Desta forma o Tribunal defendeu a responsabilidade solidária pela ausência de informação.<sup>817</sup>

No plano do direito positivo comparado, o *Código de deontologia médica* francês (art. 64) dispõe que “quando vários médicos colaboram no exame e tratamento de um paciente, devem manter-se *mutuamente informados*; cada um dos médicos assume a sua responsabilidade pessoal e *deve velar pela informação* ao paciente”.

No mesmo sentido se legislou em Espanha. A recente *Ley 41/2002*, de 14-11, prevê que: “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información”. Mas, também, “los profesionales que atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle” (art. 4, n.º 3).

Um outro problema, que está também equacionado e resolvido nas normas citadas, é do cumprimento do *dever de os médicos comunicarem entre si informações especiais sobre os seus pacientes comuns* por forma a acautelar eventuais riscos. A jurisprudência tem vindo a condenar o médico que não informa o colega de certas condições particulares do paciente.<sup>818 819</sup>

Entre nós, o art. 122º do CDOM prevê a obrigação de o médico assistente que envie um doente ao hospital de transmitir aos respectivos serviços médicos os elementos necessários à continuidade dos cuidados clínicos e, correspectivamente, os médicos

---

<sup>817</sup> Neste caso o cirurgião torácico prescrevera uma aortografia, a realizar por um radiologista, e este último não informou o paciente dos riscos de paraplegia, que se veio a verificar. No mesmo sentido, também, os mais recentes acórdãos do Tribunal da Cassação de 14-10-1997 e de 28-10-1997. Cfr. Catherine PALEY-VINCENT, *Responsabilité du médecin*, p. 61 e 63.

<sup>818</sup> A *Cour de Cassation* (27-10-1997) decidiu partilhar entre os dois as responsabilidades do cirurgião e anestesista, pelo motivo de que “tendo seguido durante vários anos o paciente cujo globo ocular era mais alongado devido a uma grande miopia, o cirurgião devia ter avisado o médico anestesista dos riscos que comportava uma anestesia local por injeção retroglobular.”

<sup>819</sup> Em Espanha, o tribunal fundamentou a condenação na falta de informação do cirurgião ao intensivista considerando que os deveres profissionais do cirurgião não terminavam com o fim da intervenção, estendendo-se também ao dever de evitar as possíveis complicações posteriores. De LORENZO, “El Consentimiento...” *cit.*, p. 209, relata que no caso decidido pelo Tribunal Supremo em 28-6-1997, o paciente contratara os serviços de um médico para uma intervenção de *lifting* tendo sido já submetido a outras operações anteriores em que tinha apresentado problemas alérgicos e edematosos, o que era do conhecimento do cirurgião e preocupava o paciente. A operação cirúrgica decorreu correctamente, bem como o despertar, mas a partir de aí seguiram-se uma série de complicações que culminaram no falecimento do paciente por anoxia cerebral produzida por uma reacção anafiláctica. O cirurgião não informou o intensivista dos antecedentes do paciente e das possíveis complicações pós-operatórias, neste caso muito previsíveis, no tratamento a aplicar na Unidade de Cuidados Intensivos, pelo que sem estes dados, o intensivista não pôde aplicar as medidas adequadas.

responsáveis pelo doente no decurso do seu internamento hospitalar devem prestar ao médico assistente todas as informações úteis acerca do respectivo caso clínico. Esta obrigação deve ser estendida, a meu ver, a todos os casos em que há colaboração médica na observação e tratamento de doentes comuns.

#### 4. Os enfermeiros

O médico não pode delegar a tarefa de esclarecer em pessoal paramédico (nomeadamente os enfermeiros). Estes devem dar informação relativa aos actos do seu âmbito de competência.<sup>820</sup>

É esta a lição do direito comparado, nomeadamente da legislação francesa<sup>821</sup> e das jurisprudências espanhola<sup>822</sup>, alemã<sup>823</sup> e americana.<sup>824</sup>

Todavia, o enfermeiro pode ser um auxiliar no processo de esclarecimento terapêutico e de ‘defensor’ do consentimento informado. Neste sentido, o *Código Deontológico do Conselho Internacional de Enfermeiros*, na sua revisão de 2000, estabelece que “o enfermeiro assegurar-se-à de que a pessoa, a família ou a comunidade recebem informação

<sup>820</sup> Cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, 2001, p. 56.

<sup>821</sup> No direito francês, a *Loi du 4 mars* afirma: «Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables...»

<sup>822</sup> A *Decisão da Secção 5ª da Audiência Provincial de Asturias*, de 25 de Maio de 1998, condenou um ginecologista que não deu quaisquer informações à paciente sobre as possíveis complicações da operação de “alto risco” que lhe ia realizar, visto que se tratava de uma interrupção da gravidez de 14 semanas e é frequente que surjam complicações como a que se produziu nos autos. O médico alegou que tal informação tinha sido dada pelo assistente social da clínica. O tribunal não admitiu esta defesa, uma vez que o dever de informar não pode ser delegado no pessoal auxiliar. Noutro caso a paciente submettera-se previamente a uma mastectomia devido a um carcinoma polilocalizado, realizada por um cirurgião geral. Posteriormente um cirurgião plástico realizou uma mamoplastia. A *Audiência Provincial de Asturias* declarou que a informação sobre a cirurgia estética deveria ser fornecida pelo médico especialista, não podendo delegar tal tarefa numa outra paciente que já tinha realizado intervenção análoga. A *Decisão da Secção 15ª da Audiência Provincial de Barcelona*, de 1 de Dezembro de 1999, julgou que a informação médica deve ser prestada necessariamente pelo médico que atende o paciente, sem possibilidade alguma de delegar tal função numa enfermeira ou qualquer subalterno, por não ser qualitativamente igual à prestada pelo médico, mesmo que quantitativamente seja igual. Também o Tribunal Supremo (26-9-2000), a propósito de uma estapedectomia entendeu que *a comunicação dos riscos está a cargo directo e pessoal do médico que vai realizar a dita intervenção*. Cfr. GALÁN CORTÉS, *Ob. cit.*, p.157.

No mesmo sentido, o “*Grupo de Expertos en información y documentación clínica*” opina que os outros profissionais de saúde, tais como os enfermeiros, podem e devem participar no processo de informação clínica do paciente, ainda que dentro do âmbito da sua função própria na prestação de cuidados de saúde. Cfr. Ministério da Saúde espanhol, Documento de consenso, de 26 de Novembro de 1997.

<sup>823</sup> Cfr. GEHRLIN, *ob. cit.*, p. 151: a jurisprudência alemã não permite que o médico delegue em pessoal auxiliar (v.g., um paramédico) o dever de esclarecimento.

<sup>824</sup> Charles SHARPE, *Nursing Malpractice (Liability and Risk Management)*, Auburn House, Westport, Connecticut – London, 1999, p.121: “The staff nurse, in the usual course of his or her duties, should have *no* direct responsibility in providing full disclosure or obtaining informed consent.” Inclusivamente, o enfermeiro não deve responder a questões relativas a aspectos médicos que os pacientes lhe coloquem. Por outro lado, admite-se a delegação ao enfermeiro do processo de consentimento informado, “in a case in which the court ruled that the information which the nurse provided was *within that particular nurse’s scope of practice*.” Nos EUA, dá-se grande relevo ao enfermeiro como testemunha do consentimento informado.

suficiente para fundamentar o consentimento que dão aos cuidados e tratamentos relacionados.”

Entre nós, o Estatuto da Ordem dos Enfermeiros estabelece o dever de “respeitar, defender e promover o direito da pessoa ao consentimento informado”<sup>825</sup>. Naturalmente esta norma deve ser interpretada restritivamente, apenas abarcando os deveres de informação próprios da actividade de enfermagem. Ele não pode – repito – substituir-se ao médico no cumprimento dos deveres deste.<sup>826</sup>

O enfermeiro ocupa, efectivamente, um papel importante na relação terapêutica. Como afirma Graça Carapinheiro: “Como plataforma de mediação entre médicos e doentes, exige-se aos enfermeiros que desenvolvam não só um trabalho técnico, mas também um trabalho de controlo social sobre os doentes, na manutenção da ordem e da disciplina concebida pela autoridade social dos médicos. Na resposta a estas duas dimensões das suas actividades, estabelecem-se entre médicos e enfermeiros situações de tensão padronizada, podendo ser ou não acompanhadas de específicos processos de negociação.”<sup>827</sup>

### Secção - III Credor da Obrigação

#### § 37. Remissão para o Capítulo “Capacidade para consentir”

Como vimos no capítulo sobre a capacidade para consentir, o paciente é, em princípio, o titular do direito de consentir e também o credor da obrigação de informação.

---

<sup>825</sup> A al. b) do art. 84º do EOE (Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril) afirma um dever de informação, no que respeita aos cuidados de enfermagem, ao indivíduo que os recebe, bem como à *respectiva família*. Ora também este último trecho merece a nossa crítica. Credor do dever de informação é unicamente o paciente; face aos demais, mesmo familiares, prevalece em regra o direito ao respeito pela vida privada. Podemos, porém, atribuir algum sentido útil a esta norma se aqui incluirmos sobretudo o *esclarecimento terapêutico*, por duas razões: este assume em matéria de cuidados de enfermagem uma acuidade especial e muito frequentemente é a família que, após a alta hospitalar assegura a prestação dos cuidados de enfermagem no domicílio do paciente. Por outro lado, podemos ainda ‘salvar’ esta referência à família, se lhe atribuirmos um sentido subsidiário, isto é, quando o paciente é menor ou incapaz, poderemos informar a família. Todavia, a verdade é que embora estejamos, nesta sede, a trabalhar com um diploma legal, não poderá esta norma violar o princípio constitucional de respeito pela vida privada (art. 26º, n.º1 CRP)

<sup>826</sup> Também assim VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 234.

<sup>827</sup> GRAÇA CARAPINHEIRO, *Saberes e Poderes no Hospital*, 1993, p. 189. Nesta obra, a autora desenvolve uma interessante análise sociológica das relações de poder que se estabelecem entre os diversos actores hospitalares, em especial a relação entre os enfermeiros e os médicos. No que respeita ao consentimento informado, observa a Autora (p. 191) que “o facto de os enfermeiros não terem autoridade para informarem os doentes sobre o diagnóstico da doença tende a estabelecer como cláusula informal que também não disponham de autoridade para informarem sobre aspectos acessórios ao diagnóstico, decisão que se estipula pertencer exclusivamente ao médico.”

Em certos casos em que o paciente está incapacitado, a informação deve ser também fornecida *a outras pessoas*.

Apenas gostaria de reforçar que o médico deve, em todos os casos, esclarecer *o paciente*<sup>828</sup> sobre o seu estado de saúde e o tratamento proposto, e deve tomar em consideração a sua *opinião* (art. 6º CDHBio). No domínio médico, não é tanto a incapacidade negocial que releva, mas sim a capacidade para consentir mesmo das pessoas juridicamente incapazes.<sup>829</sup>

## Secção IV - Conteúdo da Informação

### § 38. Conteúdo da informação

Proceder-se-á agora a uma análise detalhada dos diversos tópicos que deverão ser objecto do correcto dever de informar. Sem perder de vista que a base jurídica, entre nós, está no art. 157º CP<sup>830</sup>, nada impede, ao nível do direito civil, que – na medida em que tal se justifique - as exigências sejam maiores. Por um lado, este ramo do direito não está preso ao princípio da legalidade e por outro não se rege por princípios como os da subsidiariedade ou da fragmentariedade. Assim, será civilmente exigível, em matéria de deveres de informação médica, tudo aquilo que contribua para um efectivo exercício do direito à autodeterminação pessoal e à livre disposição do próprio corpo.

Com efeito, a medicina é uma *actividade de risco*. As consequências iatrogénicas sucedem-se com frequência independentemente de culpa médica. A intervenção médica correcta e conforme às *legis artis* é acompanhada frequentemente, em termos estatísticos, por consequências desvantajosas. Por outro lado, afirmado que está o primado da dignidade humana, a impor um princípio da autodeterminação e do respeito pela integridade física e moral do paciente, só o consentimento devidamente esclarecido permite

<sup>828</sup> Neste sentido FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, p. 183.

<sup>829</sup> Cfr. *Comité National d'éthique français*, no seu *avis* de 12 de Junho de 1998, afirma que “toute personne doit être *présumée capable a priori* de recevoir des informations et de donner un consentement ‘libre et éclairé’ à un acte médical” e qu’il “incombe au médecin de l’informer de façon suffisamment claire et adaptée pour qu’elle soit en mesure d’exercer sa liberté de jugement ou de décision”. Como vimos *supra* não concordo totalmente que todos devam ser considerados *a priori* como capazes. Nos casos de *incompetência absoluta* (crianças de tenra idade, doentes mentais profundos, pessoas em estado de senilidade avançada) defendi uma presunção de incapacidade.

<sup>830</sup> A norma fundamental no ordenamento jurídico português relativo ao dever de esclarecimento é o art. 157º do Código Penal, o qual prevê que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o *diagnóstico, a índole, alcance, emvergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento...*”. É mais lacunosa a al. d) do n.º1 da Base XIV, segundo a qual “os utentes têm direito a ser informados sobre a situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado.”

juridicamente transferir para o paciente os referidos riscos, que de outro modo deverão ser suportados pelo médico, pois seria *indigno* uma pessoa submeter-se a determinadas consequências sem disso estar previamente consciente. Só o indivíduo pode decidir o que é melhor para si, para a sua saúde e para o seu corpo.

Perante a falta de correntes jurisprudenciais fortes entre nós nesta matéria, a base para este estudo assenta, em grande parte, nos preciosos contributos da doutrina e da jurisprudência dos países que nos são culturalmente mais próximos, quer em termos de cultura jurídica, quer das dinâmicas sociais. A jurisprudência dos países com cultura latina merece assim a nossa atenção especial e, em segunda linha, tomaremos em devida conta a riqueza da experiência jurídica dos países germânicos e anglo-saxónicos.

Vamos questionar se e em que medida os seguintes tópicos, entre outros, devem ser objecto do dever de informação: o diagnóstico; os meios e os fins do tratamento; os efeitos secundários; o prognóstico; as alternativas terapêuticas com os seus efeitos secundários, riscos e benefícios respectivos; os riscos e benefícios do tratamento; a urgência da intervenção e o risco da demora no tratamento; os riscos e consequências da recusa do tratamento; a duração aproximada do tratamento e as condições materiais que lhe estão associadas; a possibilidade de levar a cabo o tratamento num centro de saúde mais adequado; a competência ou falta de competência do médico e o custo do tratamento; o dever de comunicar novos riscos identificados posteriormente à execução de exames de diagnóstico, tratamentos ou acções de prevenção e o eventual dever de comunicar os erros médicos praticados.<sup>831</sup>

Não é, porventura, uma lista exaustiva dos diversos aspectos sobre que o dever de informação deverá versar.<sup>832</sup> Estamos num domínio em que o casuísmo é a regra e em que as condições e características da relação clínica variam extraordinariamente. Não há dois doentes iguais e não haverá seguramente duas doenças iguais, nem... dois médicos iguais. Não se encontra aqui uma fórmula jurídica que resolva os concretos problemas do dever de

---

<sup>831</sup> A *Declaração dos Direitos dos Pacientes* (OMS, 1994) dá um lugar de destaque ao direito ao dever de esclarecimento. Em primeiro lugar, proclama que: “A informação sobre os serviços de saúde e a sua correcta utilização deve ser colocada à disposição do público para que todos os interessados dela beneficiem.” Pretende-se assim uma total transparência e abertura dos serviços de saúde face aos pacientes. Relativamente ao conteúdo da informação a prestar ao paciente, enuncia que: “Os pacientes têm o direito de ser totalmente informados do seu estado de saúde, incluindo os dados médicos que a eles dizem respeito; dos actos médicos considerados, com os riscos e vantagens que comportam, e das possibilidades terapêuticas alternativas, incluindo os efeitos de uma ausência de tratamento; e do diagnóstico e progressos do tratamento. (2.2)”

<sup>832</sup> Numa outra linha de preocupações, entende-se que o médico deve também informar sobre o destino que será dado ao material biológico que resultar de uma operação (cfr. o famoso caso *Moore vs. Regents of California*) e cumprir as obrigações ligadas à protecção de dados da saúde. Estes domínios, contudo, já não se prendem com a defesa da *liberdade de dispor do seu próprio corpo*, embora se relacionem ainda com o conceito mais amplo de *autodeterminação nos cuidados de saúde*.



informar. Apenas se procura na experiência da jurisprudência (estrangeira), que é afinal o ‘laboratório dos juristas’, critérios, *standards* e *topoi*<sup>833</sup> que orientem o jurista e o médico na dilucidação deste ‘enigma’ que é o consentimento informado.<sup>834</sup>

A *finalidade* fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta.<sup>835</sup> Devemos ter em vista o sentido teleológico deste dever de informar, em ordem a alcançar soluções equilibradas: que por um lado não sejam demasiado onerosas para os médicos, no sentido de estes ficarem excessivamente expostos à responsabilidade por violação deste dever; mas salvaguardando sempre que se alcança um nível de esclarecimento que permita afirmar que a opção do paciente foi livre e esclarecida, assim se respeitando o princípio da autodeterminação.

### 1. O Diagnóstico

A informação sobre o diagnóstico é um dos pontos mais problemáticos na deontologia e direito médicos. Por vezes, receia-se que a revelação abrupta do diagnóstico viole um eventual *direito à esperança*<sup>836</sup>. Mas, em contrapartida, entende-se que o paciente deve ser informado da natureza da sua doença para poder dar o seu consentimento esclarecido a um tratamento que acarreta uma ofensa à sua integridade física.

A reforma penal de 1995 foi muito clara e acrescentou a obrigação de informar sobre o *diagnóstico*. Trata-se uma alteração estrutural e que aponta para um maior

---

<sup>833</sup> Procura-se, assim, seguir os mais modernos pensamentos em termos de Metodologia Jurídica, com os contributos do pensamento jurídico *tópico-argumentativo* (VIEHWEG, PERELMAN, WIEACKER) complementados com o pensamento de KRIELE, ESSER e GADAMER. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pp. 146 e ss. Toma-se também em consideração o melhor do ensinamento do pensamento metodológico de *índole decisório-casística* (SCHAPP, GRÖSCHNER e Fernando BRONZE), cujo instrumento decisório por excelência radica na *analogia*. Cfr. Fernando BRONZE, *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematicante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, especialmente pp. 160-170 e pp. 394 e ss.

<sup>834</sup> Este é sem dúvida um verdadeiro *Richterrecht*. Para uma compilação ordenada de casos relativos ao dever de informação, *vide*, por ex., para o direito alemão, a obra de actualização permanente de KUNTZ, *Arzthaftungsrecht: Sammlung von Entscheidungen*, que dedica grande parte do vol. 2 e do vol. 3 à jurisprudência relativa ao dever de informação e ao consentimento. *Vide*, tb., Erich STEFFEN/ Wolf-Dieter DRESSLER, *Arzt Haftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung*, 9. neubearbeitete Auflage, Köln, 2002, pp. 162-228; LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, pp. 1538-1574, e ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, pp. 92-97, para o direito francês, DEVERS, *Pratique de la Responsabilité Médicale*, pp. 130 e ss.

<sup>835</sup> FRISCH, “Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztlichen Eingriffen”, Homenagem a Albin Eser, Coimbra, 2002.

<sup>836</sup> Cfr. as lúcidas reflexões de VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 285.

autonomismo no direito português.<sup>837</sup> Assim, à face do nosso direito, não restam dúvidas de que o diagnóstico deve ser comunicado.<sup>838</sup>

Outro ponto é o de saber *como* deve ser transmitida essa informação. Ora, essa ‘arte’ pertence aos médicos, pertence à deontologia e à prática clínica.<sup>839</sup> Por outro lado, a comunicação do diagnóstico, nos casos mais extremos, poderá estar nas fronteiras do *privilegio terapêutico*, pelo que nessa sede se poderão resolver alguns dilemas mais pungentes. Assim, quando esteja em causa a protecção do paciente face a uma informação muito severa, entende-se que o médico pode informar o diagnóstico *em linhas gerais*<sup>840</sup>. Mesmo na doutrina alemã afirma-se que “perante quadros graves e prognósticos *infaustos* o médico não precisa de comunicar todo o diagnóstico, mesmo que não haja uma contra-indicação em sentido estrito. O não esclarecimento aconselha-se aqui a bem do paciente. Isto vale especialmente para as doenças cancerígenas, bem como para doenças mortais e incuráveis.”<sup>841</sup>

Por vezes o objecto principal do contrato é precisamente a detecção de uma doença, a *comunicação do próprio diagnóstico*.<sup>842</sup> Tal acontece especialmente no caso de testes genéticos de despistagem de doenças congénitas. Se tais doenças são diagnosticadas, os pacientes optarão possivelmente por um programa de procriação medicamente assistida, ou renunciarão ao projecto de ter filhos. Se o médico se abster de comunicar o resultado dos exames viola claramente as suas obrigações contratuais e deve ser responsabilizado por isso.

Trata-se de casos em que estamos paredes meias entre os problemas de consentimento informado e o *erro médico*. Por um lado, os problemas que aqui se levantam prendem-se com problemas de informação, sendo esta o objecto ela mesmo da prestação

---

<sup>837</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 398.

<sup>838</sup> Acrescente-se que previamente à realização dos exames, a informação deve englobar a *técnica utilizada para realizar o diagnóstico*, especialmente quando esta apresente riscos consideráveis, ou é experimental ou mal conhecida.

<sup>839</sup> O jurista deve ter a humildade de reconhecer os limites até onde pode ir. Este é já um terreno da “arte médica.” Todavia, parece resultar dos estudos sociológicos – e o direito deve reconhecer isso como legítimo – que há uma forma latina ou mediterrânica de transmitir a informação que diverge do estereótipo (mais frontal e mais directo) do médico norte-americano e nórdico. Cfr., sobre esta matéria, José PIO ABREU, *Comunicação e Medicina*, Coimbra, Virtualidade, 1998, *passim*.

<sup>840</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 85.

<sup>841</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 509.

<sup>842</sup> Há obrigações legais, nomeadamente em *medicina preventiva escolar* ou *medicina do trabalho*, de revelar o resultado de um exame médico podendo assim ter uma influência directa na actividade da pessoa.

médica.<sup>843</sup> Por outro lado, na origem da não informação ou da má informação está um erro técnico: um exame mal conduzido, análises laboratoriais negligentemente realizadas, etc.<sup>844</sup>

Neste contexto têm assumido uma importância prática e teórica as acções propostas pelos pais e pelas crianças nascidas na sequência de uma esterilização mal sucedida<sup>845</sup>, de testes de diagnóstico pré-natal ou da rubéola errados, ou de um programa de genética familiar incorrectamente realizado, etc.

### 1.1. Excurso: O “arrêt Perruche” e a *loi du 4 mars 2002*: breve apontamento sobre os recentes desenvolvimentos no direito francês relativos aos casos de *wrongful life* e *wrongful birth*

“Ne pas être né est le mieux... mais une fois qu’un homme a vu la lumière, la meilleure chose qui suit est, de loin, de retourner à son origine”.  
*Oedipe à Colonne*, 1388 et s., Sophocle

#### 1.1.1. Noção. Posição Tradicional

As acções de “*wrongful birth*” (*Schaden der Eltern*)<sup>846</sup> - ou, na terminologia proposta por Fernando Araújo<sup>847</sup>, “nascimento indevido” - são interpostas pelos *progenitores* contra os médicos, em virtude de um nascimento não planeado de uma criança não desejada (saudável ou deficiente), exigindo uma indemnização pelos danos resultantes da gravidez e da educação da criança. O que os Autores pretendem é ser indemnizados dos danos resultantes de uma gravidez inesperada, que culmina com o nascimento de uma criança absolutamente normal ou dos danos resultantes de um nascimento inesperado de uma criança com malformações. Os danos que, regra geral, se alegam em tal tipo de acções incluem “*pain and suffering*”, “*emotional distress*”, “*loss of consortium*”, “*loss of wages*”, “*medical expenses* e “*costs of raising a child.*”<sup>848</sup>

<sup>843</sup> Cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 85. A *Diagnoseaufklärung* faz parte do cumprimento contratual num contrato de diagnóstico puro, nomeadamente em caso de ‘second opinion’.

<sup>844</sup> Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 102, afirma que a solução dos casos de *wrongful life* e *wrongful birth* e outros congéneres está “mais próxima dos deveres de informação e do consentimento esclarecido do que da matriz clássica da negligência médica, a qual é mais adequada para lidar com os casos mais simples da “morte indevida” do feto.

<sup>845</sup> Com ou sem negligência médica, mas neste último caso com violação do dever de informação do risco de reencanamento.

<sup>846</sup> Nomenclatura em língua alemã, a meu ver muito mais expressiva. Cfr. HIRSCH, *Arzthaftung bei Fehlgeschlagener Familienplanung*, Manz, Wien, 2002, p. 7. Cfr. tb., Sabine HAUBERICH, *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht*, Springer, 2000.

<sup>847</sup> Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, p. 84. O autor (p. 96) é, porém, crítico das expressões.

<sup>848</sup> ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, p. 381. Cfr. ainda KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 1553, que sub-dividem os casos em que os *progenitores* demandam o médico em virtude quer do nascimento de uma criança saudável na sequência de uma esterilização falhada (*wrongful conception*) ou do nascimento de uma

As “*wrongful life actions*” (*Schaden des Kindes*)<sup>849</sup>, ou acções por “vida indevida” - são intentadas pela *criança* que demanda o médico pedindo uma indemnização por danos emergentes do seu nascimento, com o fundamento de que se não tivesse havido uma actuação negligente do demandado não teria nascido, pois a sua mãe teria recorrido à interrupção voluntária da gravidez. Trata-se, sobretudo, de casos de crianças nascidas com deficiências mentais ou físicas e que partem do pressuposto que teria sido preferível a não existência à existência em tais circunstâncias. O médico não causa a má-formação, antes *não informa* (a mãe) disso. Isto pode acontecer de três modos: primeiro, o médico não informou (ou informou deficientemente) os progenitores da possibilidade de a criança vir a padecer de uma doença congénita grave; segundo, pode haver negligência na selecção de um embrião para implantação no processo de procriação assistida (diagnóstico pré-implantatório negligente); e terceiro, o médico não avisa a mãe de que o feto sofre de uma mal-formação grave.<sup>850</sup>

---

criança deficiente em virtude de falta de informação sobre o diagnóstico, etc. (*wrongful birth*). Os casos de *wrongful conception* relacionam-se com o problema da revelação dos riscos em operações *d'agrément* como é o caso da esterilização pura.. Como veremos, existe o dever de esclarecer os riscos de ineficácia da esterilização. A função sancionatória da responsabilidade civil e a teoria da diferença (art. 562º) justificam que os pais tenham o direito a exigir uma indemnização.

<sup>849</sup> Cfr. HIRSCH, *Arzthaftung bei Fehlgeschlagener Familienplanung*, p. 219.

<sup>850</sup> KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 1530.

Entre nós, sobre os aspectos jurídicos relativos à procriação assistida *vide*, entre outros, Antunes VARELA, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, *RLJ*, ano 127º, n.º 3843, n.º 3849, n.º 3852; Mário RAPOSO, “Procriação assistida – Aspectos éticos e jurídicos”, in: *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991; Manuel António LOPES ROCHA, “Bioética e Nascimento – O diagnóstico pré-natal. Perspectiva jurídico-penal”, *RPCC*, Ano I, Fasc. 2, Abril-Junho 1991, pp. 175-204; José SOUTO MOURA, “O Diagnóstico Pré-Natal”, *RPCC*, Ano 4, 3º, 1994, pp. 321-336; ALVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, *passim*; LOPES CARDOSO, “Os desafios do Direito face às Actuais questões de Reprodução Humana Assistida”, *Cadernos de Bioética*, 17, Novembro de 1998, pp. 41-48; Guilherme de OLIVEIRA, “O Direito do Diagnóstico Pré-natal”, in *Temas...*, 1999, pp. 203-223; Luís ARCHER, “Treze Anos de Reflexão sobre Procriação Medicamente Assistida”, *Brotéria Genética*, Lisboa, XX (XCV), 1999, pp. 125-155; Luís ARCHER, “Procriação Medicamente Assistida, evolução do pensamento ético de 1986 a 1999”, *Brotéria*, vol. 150, Março de 2000, pp. 337-367; e OLIVEIRA ASCENSÃO, “Procriação Assistida e Direito”, in: *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra, 1999. Cfr., ainda, Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, p. 84. O Autor dá conta ainda de acções interpostas pelo filho contra um ou ambos os progenitores, “com fundamento numa procriação levada a cabo contra a indicação médica ou contra o aconselhamento genético, ou com fundamento em negligência, quer durante a gravidez – por exemplo, pelo facto de a mãe se ter drogado durante aquele período ou mesmo antes dele, invocando-se a “*actio libera in causa*”, ou por ter recusado tratamentos médicos indispensáveis, ou por ter corrido os riscos de prosseguir numa medicação potencialmente teratogénica, causando lesões no feto, transmitindo ao recém-nascido as sequelas da toxicod dependência ou sintomas de abstinência, falta de peso, problemas de desenvolvimento, aumento de risco de morte infantil -, quer por ocasião do parto (por exemplo, pelo facto de a mãe, contra as indicações médicas se ter oposto ao parto por cesariana, invocando motivos religiosos), sendo que algumas ordens jurídicas têm apresentado, em alternativa a este procedimento indemnizatório ou cumulativamente com ele, as soluções do procedimento criminal, da terapia da droga ou da retirada da custódia do menor.” Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 187, entende que pesa a favor dos pais o exercício de um direito (*direito à liberdade sexual positiva*). Distinto é o caso de danos causados ao feto na fase pré-natal. Defende Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 187, que o feto tem o direito a não sofrer lesões mesmo na fase intra-uterina ou embrionária, pelo que deve haver tutela relativa a lesões provocadas ilícitamente por terceiros. Essas lesões podem ser causadas mesmo *ex utero* como embrião

Quando confrontados com estas inquietantes demandas, os tribunais ingleses<sup>851</sup>, alemães<sup>852</sup> e americanos<sup>853</sup>, e franceses<sup>854</sup> tendem, em regra, a conceder indemnizações pelas

---

(isto é durante um tratamento de fertilização *in vitro*) ou *in utero* (incluindo durante o parto). KENNEDY/GRUBB, *Medical Law*, pp. 1495.

Sobre a protecção juscivilística do nascituro, *vide* CAPELO DE SOUSA, *DGP*, pp. 156 e ss. e 361 e ss. Entende este Autor que “é necessário reconhecer no concebido uma entidade parcialmente dotada de força jurisdicção, pois podem existir lesões e ilícitos juscivilisticamente tutelados nos casos em que o concebido morra antes do nascimento e para o esclarecimento de tais efeitos mostra-se ainda mais adequada a construção do concebido como uma *personalidade jurídica parcial*. É claro que ele agirá juridicamente através dos seus representantes legais, mas a atribuição ao concebido da titularidade dos poderes jurídicos sobre o bem geral da sua própria personalidade física e moral poderá ter interesse mesmo face aos seus próprios representantes legais.

Hoje poderemos reflectir já sobre acções propostas por uma *criança clonada* - cfr Fernando ARAÚJO, *A Procriação assistida...*, p. 98 e João LOUREIRO, “Protocolo Adicional – Comentários Finais”, in: *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003 p. 198.

<sup>851</sup> Cfr., desenvolvidamente, KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, pp. 1535 e ss.

No que respeita ao não ressarcimento dos danos de *wrongful life*, destaco a decisão do caso *McKay v Essex AHA* [1982] 2 All ER 771 (CA), na qual Ackner LJ afirma: “I cannot accept that the common law duty of care to a person can involve, without specific legislation to achieve this end, the legal obligation to that person, whether or not in utero, to terminate his existence. The disabilities were caused by the rubella, not by the doctor and the complaint is that she was allowed to be born at all, given the existence of her prenatal injuries. The compensation must be based on a comparison between the value of non-existence and the value of her existence in a disabled state. *No comparison is possible* and therefore no damage can be established.”

Quanto à responsabilidade por *wrongful conception*, *vide* *Eyre v Measday* [1986] 1 All ER 488 (CA); *Thake v Maurice*, [1986] 1 All ER 497 (CA); *Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1984] 3 All ER 1044 (CA) e *Walkin v South Manchester Health Authority*, [1995] 4 All ER, 132 (CA), onde Auld, LJ afirma com simplicidade e segurança: “The question is whether the negligence causing the unwanted pregnancy, gave rise to a claim for damages, i.e. *the costs of rearing the child*. In my view, it clearly did.”

Num caso de *wrongful birth* - *Salih v Enfield HA* [1991] 3 All ER 400 (CA) - Butler-Sloss LJ afirmou: “The consequences of the birth of the child are permanent disability for the child and a major burden on the shoulders of the parents. There can be no doubt that they love their child dearly but he presents for the whole family problems which they did not choose and would have preferred not to be faced with. *The defendants have to compensate the parents for the costs of the special needs of the child*.”

<sup>852</sup> Os casos em que o feto sofre de doenças ou de deformações congénitas, e em que a criança acaba por nascer, uma vez que não se recorreu à interrupção lícita da gravidez, têm sido decididas pelos tribunais alemães nos seguintes moldes: a criança nascida *não* tem direito a indemnização com o fundamento da “*wrongful life*”. Neste sentido, BGH *NJW* 1983, 1379 (Rötelfall) e *NJW* 1984, 658 (Mongoloidenfall). Contudo, o BGH admitiu um direito à indemnização dos pais, na medida em que tiveram obrigações alimentares superiores às normais por virtude das diminuições da criança, para os casos em que o médico, culposamente, não se apercebeu do estado do feto e, por isso, não deu aos pais a possibilidade de se decidirem a favor da interrupção da gravidez. Nos casos de *wrongful birth*, devido a esterilização falhada, devida a negligência médica, os tribunais alemães também têm concedido uma indemnização pelas obrigações alimentares a que os pais ficam sujeitos. Cfr. HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 301, em nota.

Na Alemanha já começa a haver grandes dificuldades de os estabelecimentos de saúde com departamento de obstetrícia obterem um seguro de responsabilidade civil. Cfr. DEUTSCH, “Das Kind und sein Unterhalt als Schaden”, *VersR* 1995, 615; DEUTSCH, “New Constitutional-Civil Law: Illegal Abortion Contract Valid; But Obligation to Pay Child Support is not recoverable Damage!”, *Intern. J. of Bioeth.*, 1994, vol 5, n.º 4, 327-330 e LOSCH/ RADAU, “Wrongful birth” und “wrongful life” - Probleme der rechtlichen Bewältigung ärztlicher Pflichtverletzung bei der menschlichen Reproduktion”, *Ethik Med* (2000) 12, 30-43.

<sup>853</sup> Num caso de responsabilidade por *wrongful birth* - *Harbeson v Parke-Davis* [1983] 656 P 2d 483 (Wash Sup Ct), Pearson J decidiu: “it is an inevitable consequence of recognising the parents’ right to avoid the birth of a defective child that we recognise that the birth of such child is an actionable injury.”

<sup>854</sup> O *Conseil d’État* (CE, 14-2-1997) pronunciou-se sobre um caso em que uma mulher grávida solicitou a realização de uma amniocentese, com vista a evitar o risco de uma malformação genética do feto, malformação cuja probabilidade era, tendo em conta a idade da mãe, relativamente elevado. Um *diagnóstico* relativo à ausência desse risco era o que se pretendia do centro especializado em diagnóstico pré-natal. Este serviço limitou-se a informar que o exame de amniocentese que levou a cabo “não revelou nenhuma anomalia detectável pelos meios actuais”, sem informar do facto que os resultados deste exame, tendo em

*despesas excepcionais de sustento* de uma criança deficiente, e uma indemnização pelos *danos morais dos pais*, mas rejeitam a pretensão indemnizatória - apresentada pela criança - pelo dano pessoal da criança ter nascido (deficiente) (*wrongful life*).

Na síntese de Magnus, a maioria das opiniões nos diversos países vai no sentido de que as acções de *wrongful life* o autor deveria ter o direito a receber uma compensação pelo sustento (*full maintenance*) incluindo os custos adicionais de educar uma criança deficiente. Por outro lado, também é claro que as acções propostas pela própria criança por danos não devem proceder, sendo que o argumento principal: “*is that the child cannot base its claim for damages on the ground that it would not have existed had the doctor carefully acted*”. Este é o único argumento da criança, já que o médico não cusou a deficiência, mas apenas não esclareceu os pais da possibilidade de se pôr fim à vida pré-natal.<sup>855</sup>

### 1.1.2. A jurisprudência francesa: o ‘*affaire Perruche*’

A *Cour de Cassation* (no Acórdão de 26 de Março de 1996) veio romper com este entendimento tradicional, ao decidir que “os erros cometidos por um laboratório na pesquisa de anticorpos da rubéola para uma mulher grávida, e pelo médico que não cumpriu a sua obrigação de prestar cuidados atentos e diligentes e ao seu dever de informação e de conselho, estão em relação causal com o dano sofrido pela *criança*, que sofre de sequelas neurológicas derivadas da rubéola contraída durante o período intra-uterino. Concluiu o Tribunal que *a criança* deve ser indemnizada do seu prejuízo.”<sup>856</sup> Neste mesmo processo, num novo recurso posterior à recusa do Tribunal de Apelação em aplicar

---

conta as condições nas quais ele foi conduzido, podiam estar afectados de uma margem de erro inusual. O *Conseil d'État* considerou que “naquelas condições, o serviço especializado cometeu uma ‘falta’ que levou erradamente os pais à certeza que a criança concebida não era portadora de uma trissomia, pelo que não colocaram a hipótese de a gravidez poder ser interrompida. Esta ‘falta’, que levou a que se pensasse que uma nova amniocentese não seria necessária, deve ser considerada como a *causa directa dos prejuízos dos pais pela doença de que sofre a sua criança*.” Cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 61.

<sup>855</sup> MAGNUS, “Comparative Report”, in MAGNUS (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer, 2001, pp. 206-207: esta síntese tem por base relatórios nacionais de vários países europeus e dos EUA. MARKESINIS, “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Perruche”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 81, também apresenta de forma sintética as principais respostas judiciais a este problema: “Premièrement, le débat philosophique sur la vie et la mort est évité, comme cela a été précédemment indiqué, étant donné qu’aucune juridiction ne peut réellement trancher une telle question à travers le prisme du procès. Deuxièmement, *les dommages et intérêts sont données à la mère* (bien que les chefs de dommages précis soient différents d’un système à un autre). Troisièmement, aucune réparation ne peut être accordée à l’enfant du fait de sa naissance. Quatrièmement, *la question de savoir si des dommages et intérêts peuvent/ devraient être alloués à l’enfant lui-même pour ses dépenses demeure controversée*. Mais au total, il y a incontestablement une tendance en faveur de l’idée selon laquelle les enfants doivent être correctement soignés et que les soins ne doivent pas être limités aux sommes résultant des différents systèmes de sécurité sociale.”

<sup>856</sup> Para uma súmula da matéria de facto, cfr. PALEY-VINCENT, *La responsabilité du médecin*, 2002, pp. 98-100.

esta doutrina, o Tribunal da Cassação, reunido em assembleia plenária (*Cass. Fr., plén.*, 17 novembre 2000), fez jurisprudência que se tornaria histórica:

*“Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec la femme enceinte, ayant pour objet la recherche d'anticorps de la rubéole, ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre la grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues”.*

Pela primeira vez, um tribunal superior concedia uma indemnização à criança deficiente pelo simples facto de esta ter nascido!

Este caso – o famoso “arrêt Perruche” – deu azo a uma viva discussão no seio da sociedade<sup>857</sup> e da ciência jurídica francesas (bem como por toda a Europa)<sup>858</sup>, levantando as questões do eugenismo, do estatuto das pessoas deficientes e, de algum modo, fazendo repensar o papel e os riscos do diagnóstico pré-natal e a problemática do aborto, sem esquecer a dificuldade, que se começou a notar, em segurar a responsabilidade dos médicos obstetras e especialistas em diagnóstico pré-natal.<sup>859</sup>

Para alguns autores não existe *nexo de causalidade* entre o erro médico e a deficiência, visto que esta resulta da rubéola de que a mãe sofria e não do erro de diagnóstico.<sup>860</sup>

Outros criticam a decisão relativamente ao pressuposto da responsabilidade civil – *dano*; o erro médico impediu a mãe de recorrer à interrupção voluntária da gravidez permitindo o nascimento da criança: o dano “préjudice de vie” afigura-se jurídica e eticamente contestável.<sup>861</sup>

<sup>857</sup> Cfr. Geneviève VINEY, “Brèves Remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion”, *JCP*, n.º 2 1 janvier 2001, pp. 65 ss. As associações de deficientes viram nesta decisão uma afronta aos seus direitos e uma clara discriminação, constituindo ainda uma pressão social em favor do abortamento dos fetos com deficiências.

<sup>858</sup> *Vide*, por exemplo, Basil MARKESINIS, “Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche”, *Revue trimestrelle de droit civil*, 2001, pp. 77 e ss. A *European Review of Private Law* (2002) dedica vários estudos a esta questão. Cfr. a análise de PINTO MONTEIRO, no prelo.

<sup>859</sup> Dentro da agitação geral que se vivia, os ecografistas decidiram suspender a sua actividade até que o legislador regulasse a sua responsabilidade – Cfr. *Dictionnaire Permanent: Bioéthique et Biotechnologies*, notes d'actualisation, p. 7331 - 3 février 2002.

<sup>860</sup> No direito português, Guilherme de OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas...*, p. 216, considera que esta objecção não procede. “O direito civil não exige a demonstração de uma causalidade directa e imediata entre o facto e o dano; basta uma causalidade indirecta ou imediata. (...) Mais concretamente, e a título de exemplo: se o médico executa mal o DPN, produz um resultado negativo falso e a grávida leva até ao fim uma gravidez que teria podido interromper – e que teria provavelmente interrompido – pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada. As dificuldades da prova situam-se, portanto, na demonstração de que, com alta probabilidade, a grávida teria pedido a interrupção da gravidez, se tivesse sido informada da realidade clínica do feto.”

<sup>861</sup> François TERRÉ, “Le prix de la vie”, *JCP*, n.º 50, 13 décembre 2000, pp. 2267, coloca uma questão crucial: “Suponhamos que os pais – devidamente informados da má-formação do feto – desejam que a criança nasça. *On ne voit plus pourquoi celui-ci ne pourrait pas se retourner contre eux, comme s'ils lui avaient donné la vie alors qu'il ne leur avait rien demandé de tel.*” A que responde Gérard MÉMETEAU, “L'action de vie dommageable”, *JCP*, n.º 50 13 décembre 2000, pp. 2277, esta interpretação transforma a faculdade de abortar em obrigação, “*puisque la femme est fautive de ne pas l'avoir mise en oeuvre dans ce cas de trouble grave de l'enfant.*”(!) Este

No sentido contrário, alguns autores consideram que o acórdão tem equidade e não merece qualquer crítica quanto à utilização do art. 1165 do *Code Civil* que permite a um terceiro reclamar uma indemnização pela inexecução de um contrato<sup>862</sup>, nem quanto à aplicação das condições da responsabilidade civil. Estas são, de acordo com a tradição francesa, definidas pela jurisprudência e sob controlo do Tribunal da Cassação e, portanto, sujeitas a variações perante a emergência de questões sócio-económicas novas.<sup>863</sup>

Numa época em que se esgrimiam vivamente os argumentos, a *Cour de Cassation* assumiria convictamente esta orientação, reafirmando a sua *jurisprudência* “Perruche”.<sup>864</sup>

### 1.1.3. A loi du 4 mars 2002 – a solidadiedade social como solução redentora

Eis quando entra em cena um outro actor: o legislador. Efectivamente, perante a acesa discussão que se vivia, o poder legislativo aprovou o seguinte artigo:<sup>865</sup>

“I – Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

*La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.*

*Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.”*

*Les dispositions du présent - I - sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.*

II – *Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale(...)*»

---

Autor é de resto muito crítico relativamente às acções de *wrongful life*, concluindo que não compete ao direito da responsabilidade civil resolver o problema dos deficientes, mas sim ao direito social. Esta ideia, aliás, seguida por muitos outros autores, viria a ser acolhida na Lei de 4 de Março.

<sup>862</sup> No direito português, poderíamos lançar mão da figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros. Sobre a figura, em geral, vide SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade por Informações Face a Terceiros”, *BFD* 73 (1997), 35-60; para uma proposta de aplicação a este caso particular, vide PINTO MONTEIRO, *European Review of Private Law*, 2002, no prelo.

<sup>863</sup> Pierre-Yves GAUTIER, “Les distances du juge”, à propos d’un débat étique sur la responsabilité civile”, *JCP*, n.º 2, 1 janvier 2001, pp. 66 ss, entende que a existência do dano é clara: “Le dommage, l’enfant est gravement handicapé et le restera sa vie durant. C’est un dommage certain, actuel, dont il souffre effectivement; toute discussion sur la perte d’une chance, celle de n’être pas né, semble inutile.”

<sup>864</sup> Esta jurisprudência viria a ser reafirmada pela *Cour de Cassation* em Acórdãos que decidem conjuntamente vários processos, mas cuja questão de direito é a mesma, nas datas de 13 de Julho de 2001 e de 28 de Novembro de 2001. Cfr. PALEY-VINCENT, *ob. cit.*, pp. 105-106; François CHABAS, “Responsabilité des médecins en cas de naissance d’enfants handicapés: la Cour de cassation confirme sa jurisprudence”, *JCP*, n.º 5 30 janvier 2002, pp. 243; Cfr. ainda o *Dictionnaire Permanent: Bioéthique et Biotechnologies, notes d’actualisation*: p. 7433; que refere as decisões da *Cour Cassation*, de 13 de Julho de 2001, e na p. 7399, a decisão do Tribunal de Apelação de Bordéus, de 18 de Setembro de 2001.

<sup>865</sup> Esta norma seria introduzida na Lei sobre direitos dos pacientes, de 4 de Março de 2002. Este “diálogo” jurisprudência – doutrina - legislador é um fenómeno extremamente interessante no plano da teoria do direito. Advirta-se, desde já, que alguns Autores, apesar da aparente clareza do texto, não estão seguros que os tribunais abdicuem da jurisprudência ‘Perruche’. Poderá este *affaire* ter desenvolvimentos?



Numa palavra, o legislador francês pretendeu estancar as acções de *wrongful life* e remeter para o direito social e para a solidariedade nacional o apoio para todos os cidadãos deficientes. O regime prescrito pelo legislador francês caracteriza-se pelos seguintes comandos<sup>866</sup>:

O prejuízo de viver não pode ser indemnizado.

A criança só pode ser indemnizada se a culpa do médico está *directamente* na origem do seu prejuízo, o agravou ou não permitiu que se tomassem as medidas para o atenuar. A necessidade de um nexo de causalidade entre culpa (*faute*) e dano está portanto claramente reafirmado.<sup>867</sup>

Em caso de culpa (*faute caractérisée*) que não tenha causado o dano da criança mas que tenha impedido de o *diagnosticar*, só o *dano moral dos pais* pode ser indemnizado.<sup>868</sup> Assim, esta indemnização não incluirá as despesas de sustento, resultantes da deficiência, ao longo de toda a vida da criança. A compensação destes danos fica a cargo da solidariedade nacional. «*La solidarité nationale assumera le coût des charges liées au handicap de l'enfant.*»

Ainda assim podemos interrogar-nos por que razão se estabelece um regime mais favorável para esta área do que para a generalidade dos médicos.<sup>869</sup> Alguns autores afirmam

---

<sup>866</sup> Seguimos aqui PALEY-VINCENT, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>867</sup> Distingue-se assim o chamado dano pré-natal (*pre-natal injury*, segundo a doutrina inglesa) que merece tutela delitual, do “dano da vida indevida” (*wrongful life*) cuja tutela é legalmente afastada.

<sup>868</sup> Esta segunda alínea apenas serve para relembrar que um médico, de acordo com os princípios da responsabilidade civil, é responsável, face à pessoa que nasceu com uma deficiência, de reparar o prejuízo desta, provocado por culpa sua, desde que tenha provocado directamente a deficiência ou a agravou, ou não tenha permitido que se tomassem as medidas susceptíveis de a atenuar. Assim, por exemplo, um médico que realize uma intervenção médica ou cirúrgica sobre uma mulher grávida e que provoque, por culpa sua, danos que causem deficiência na criança aquando do seu nascimento, fica sujeito ao dever de reparar os prejuízos causados à criança. Todavia, ninguém jamais contestou que o prejuízo resultante de uma negligência médico que directamente causou os danos. Tal situação não deve ser confundida com a *deficiência congénita* em que se pretendia reparar as consequências ligando-a a uma falta de abortamento imputável a uma negligência médica de diagnóstico ou de informação.

A terceira alínea refere-se aos danos dos pais. Evita que se contorne a proibição face à criança dando uma indemnização aos pais. Assim só podem ter uma indemnização resultante do seu próprio prejuízo; esse prejuízo (o dano moral) não inclui os custos de educar a criança ao longo da sua vida – tais prejuízos ficam a cargo da solidariedade nacional. Cfr. *Dictionnaire Permanent: Bioéthique et Biotechnologies*, p. 7301 (5 mars 2002), “*La jurisprudence “Perruche” “cassée” par la loi!*”

<sup>869</sup> Neste sentido, PALEY-VINCENT, *ob. cit.*, p. 108.

Actualmente, a jurisprudência tem vindo a aplicar a lei “anti-perruche”. O *Dictionnaire Permanent: Bioéthique et Biotechnologies*, p. 7236-7 (5 juillet 2002), relata a primeira aplicação da lei “anti-Perruche”. A decisão do Tribunal Administrativo de Apelação de Paris, de 29 de Março de 2002, aplicando já a nova lei, entende que apenas constitui uma obrigação do hospital a reparação do *prejuízo moral sofrido pelos pais*. O tribunal baixa assim a indemnização (que o tribunal de primeira instância havia concedido, considerando todos os danos) de €152.242 para €15.245. Esta decisão está em conformidade com a lei, pois só abrange o dano moral dos pais, mas algumas associações de crianças deficientes já protestam, uma vez que a compensação pela solidariedade nacional ainda não está organizada: as associações exigem a “abrogation pure et simple de la loi”!

mesmo que esta lei estará a violar o *direito de acesso aos tribunais*, previsto a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.<sup>870</sup>

#### 1.1.4. Direito Português. Breve reflexão

Entre nós, o *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, de 19 de Junho de 2001,<sup>871</sup> foi chamado a confrontar-se com um caso de *wrongful life*. A matéria de facto é a típica destas acções.<sup>872</sup> O menor (e apenas este), representado pelos seus pais, pede uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais que a conduta dos réus (médico e clínica de radiologia) lhe terão causado, tendo o STJ recusado quer a indemnização por danos morais, quer pelos custos financeiros acrescidos que o sustento de uma pessoa deficiente acarreta.

Quanto ao não ressarcimento dos *danos morais* da criança (deficiente) a sua decisão filia-se na resposta clássica, que vimos ser dada pelos tribunais estrangeiros. Todavia, introduz uma *nuance*: entende o tribunal português que só o filho, “quando maior, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor da tutela jurídica e de possível indemnização”, já que o poder paternal não é bastante para “os pais, em nome dos filhos, decidirem sobre o direito que este possa, eventualmente, ter à não existência.” Assim “tais acções só poderão ser intentadas pelos filhos quando a lei vigente lhe conceder o poder de pleitearem por si próprios.”<sup>873</sup>

---

<sup>870</sup> Afirma o *Dictionnaire Permanent...*: “Le dispositif anti-Perruche” consacré par le titre premier de la loi du 4 mars 2002 suscite toujours des difficultés d’application. En effet, l’article premier de la loi, applicable aux instances en cours, énonce que la compensation du handicap non décelé pendant la grossesse relève désormais de la solidarité nationale. Les tribunaux confrontés à des demandes d’indemnisation ne peuvent donc plus, en principe, accorder d’indemnités ni aux enfants, ni à leurs parents, *pour ce qui concerne les charges découlant tout au long de la vie de l’enfant de son handicap*, mais le dispositif de couverture de ces charges par la solidarité nationale n’est pas encore mis en place. Par ailleurs, certains auteurs ont d’ores et déjà fait valoir que les dispositions de ce texte pourraient être *jugées contraires à la Convention européenne des droits de l’homme*, notamment parce qu’elles privent les parents et l’enfant d’un recours juridictionnel pour obtenir réparation des préjudices découlant de ces charges particulières.”

<sup>871</sup> Acórdão ainda não publicado, (Revista n.º 1008/01-1; relator: Conselheiro Pinto Monteiro - gentilmente cedido pelo Prof. Doutor Pinto Monteiro).

<sup>872</sup> A mãe tinha uma gravidez de risco, mas, apesar disso, o médico foi *negligente* na análise das radiografias não detectando as malformações do feto. O autor veio a nascer com graves e irreversíveis malformações nas duas pernas e ainda na mão direita. A mãe do autor, se tivesse sido devidamente informada da existência de graves malformações no feto, poderia ter abortado. Não fosse a má praxis profissional do 1º réu e do comissário da 2ª ré e ter-se-ia evitado o nascimento de uma pessoa marcada e inferiorizada para o resto da sua vida. A locomoção do autor está para sempre dependente de terceiros assim como a funcionalidade da sua mão direita é residual.

<sup>873</sup> Analisando essa linha de raciocínio, podemos questionar se, em geral, o representante legal pode pedir uma compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo seu representado? Ou se o cálculo ou a apreciação do dano moral está reservado exclusivamente à pessoa, não se admitindo neste domínio o instituto da representação? Se a resposta for negativa, como me parece ser o caso, por que motivo deveria haver neste caso um regime diferente? Mais a mais, se a deficiência for muito grave (*v.g.*, anomalia psíquica profunda) a tal ponto que o filho provavelmente virá a estar sujeito ao regime de interdição, ou de qualquer modo, ele não conseguirá efectuar ou exprimir um juízo de valor sobre a sua existência, pelo que não poderá vir a fazer valer esse direito, nem por si próprio, nem através do seu representante legal. Fico, portanto, com dúvidas quanto à argumentação exposta pelo nosso Supremo Tribunal.

Quanto aos *danos patrimoniais*, o STJ entendeu que se verifica uma desconformidade entre o *pedido* e a *causa de pedir*, já que “o autor invoca os danos por si sofridos, mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais).” Assim, “o direito à indemnização, que se poderá discutir, situar-se-á sempre na titularidade dos *pais*, que não do autor.”

Esta solução, embora não seja rara no direito comparado, não acompanha as decisões que como vimos são normalmente tomadas pelos tribunais estrangeiros. E, sobretudo, esta decisão, de algum modo, acarreta a *irresponsabilidade* civil dos médicos que se dediquem à medicina pré-natal. Ora, isto põe em causa ambas as finalidades da responsabilidade civil: a ressarcitória e a sancionatória, que neste campo também deve ter uma especial aquidade, bem como o princípio da igualdade.

A tese segundo a qual os pais poderiam ter direito a uma indemnização, mas, pelo contrário, a criança não o poderia é criticada por Geneviève Viney. A Professora de Paris afirma que há um certo paradoxo em aceitar uma indemnização para os pais e já não para o filho: “*Quant à la dignité de la personne humaine, elle ne me paraît ni plus ni moins menacée par l’indemnisation de l’enfant que par celle des parents. En effet, pour admettre l’une comme l’autre, il faut, de toutes façons, affirmer que la vie handicapée est dommageable (pour l’enfant dans un cas, pour les parents dans l’autre).*”<sup>874</sup>

Assim, penso que é necessário manter a bússola orientada para o problema jurídico que se depara. Para tanto, proponho que se acompanhe o pensamento de Fernando Araújo. O Autor propõe uma recolocação da questão que, a ser aceite, permite defender – devidamente – a justeza destas acções (deixando em aberto, contudo, o problema da indemnização por danos morais à criança).

Pela negativa, o autor afasta as seguintes perspectivas do problema: “Não se trata de saber se há um limite (e onde está) para além do qual a vida perde de tal modo o sentido que a sua ocorrência é um dano para quem a experimenta”, pois, “se este tipo de acções pretendessem pôr em causa o respeito tradicional pelo valor intrínseco e absoluto da vida, elas deveriam ser pura e simplesmente banidas.” Estas acções, nestes termos deveriam ser tidas como ilógicas, “visto que esbarrariam com o ‘problema da não identidade’: “quando o dano que se invoca só poderia ser evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja

---

<sup>874</sup> VINEY, “Brèves Remarques...”, *cit.* A autora conclui que – perante as fortíssimas reacções que houve na sociedade francesa – melhor seria que de futuro se rejeitasse a demanda quer do filho quer dos pais. Desse modo não era necessário estar a moldar as regras da causalidade e por outro emitir-se-ia uma mensagem clara: “*la vie est une valeur qui ne doit être mise en balance avec aucune autre lorsqu’il s’agit d’apprécier s’il y a perte ou profit.*” Por outro lado, a autora levanta o véu de um tabu na teoria da responsabilidade civil continental: talvez para este tipo de situações fosse adequada a utilização dos “dommages-intérêts punitifs”, os danos punitivos (*punitive damages*).

existência tem um valor absoluto, no sentido de não ser radicalmente posto em causa pela verificação do dano, da deficiência incurável, então trazer esse indivíduo à existência com a deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra possível, não podendo apurar-se, pois, aquela “*diferença negativa*” em que consiste o dano.”

Por outro lado, não se trata de “apreciar a “qualidade de vida” que é assegurada através do nascimento, o impacto do nascimento na afectação e oneração de recursos escassos, a ponderação do direito a nascer com o direito a viver dos que virão a ver-se obrigados a partilhar meios de sobrevivência escassos com uma nova vida que não se sustenta a ela própria.” “E menos ainda se trata de sustentar a proposição absurda de que a ordem jurídica assegura a alguém o “direito a nascer normal”, a ponto de dizer-se que a negação desse direito envolveria *ipso facto* o mecanismo da indemnização.”

Pela positiva, o Professor de Lisboa propugna pela consideração dos seguintes argumentos: “em primeiro lugar, que a medicina e a genética tornaram possível o surgimento de vida em condições que de outro modo não o permitiriam (...)”; “em segundo lugar, que a medicina e a genética podem interferir na procriação, e que esta interferência acarreta não só a responsabilidade pelos meios empregues, como mesmo, e até certo ponto, a responsabilidade pelos resultados. Por fim, (...) o que está fundamentalmente em causa é uma questão de justiça com forte incidência económica, que se centra na legitimação de interrogações sobre a eventualidade de ficar impune uma conduta que negligentemente causa despesas extraordinárias a outrem – no sentido de causar danos físicos que requerem tratamentos especiais -, ou sobre a possibilidade de, contra a regra jurídica, como *se admitir a irresponsabilidade de médicos e cientistas num domínio onde o potencial de dano é tão vasto, e as consequências individuais podem ser tão onerosas como permanentes.*” O autor conclui nos seguintes termos: “Postas as questões nestes termos, *fugindo até à área um pouco mais controversa da indemnização dos danos morais*, vemos como a solução se integra facilmente nos quadros tradicionais da responsabilidade civil, nos quais o Direito se preza de dispor de preceitos sedimentados e consagrados há milénios.”<sup>875</sup>

Em suma: julgo que, à luz do direito português, há condições para responsabilizar civilmente os médicos que, na área da medicina pré-concepcional e pré-natal, negligentemente violem as *leges artis* ou que não cumpram o seu dever de prestar informações e conselhos. Essa responsabilidade deverá abranger os *danos patrimoniais* - especialmente, os custos adicionais resultantes da deficiência - causados aos pais e à criança nascida, bem como os *danos não patrimoniais*, resultantes da privação da possibilidade de

---

<sup>875</sup> Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, pp. 96-100.

praticar a interrupção da gravidez não punível, autodeterminando-se na sua paternidade e maternidade, e também pelo desgosto e sacrifício que pode representar o nascimento de uma criança deficiente. Já o dano moral da própria criança (*wrongful life*) afigura-se de mais difícil apreciação jurídica.

## 2. Os Meios e os Fins do Tratamento Médico

Regressando à teoria geral do dever de esclarecimento, analisarei agora, o dever de o médico informar o doente dos meios utilizados e dos fins do tratamento.

Quanto aos *meios* da intervenção médica, ou, seguindo a linguagem do art. 157º CP, “a *índole, alcance, envergadura* do tratamento”, deve-se tomar em consideração se a terapia proposta envolve o recurso a intervenções cirúrgicas ou se é exclusivamente medicamentosa, se vai envolver uma ou várias intervenções cirúrgicas, se pode ou não afectar a capacidade para o trabalho ou para a prática de um determinado *hobby*, etc.

Neste aspecto, assume particular relevância a problemática do recurso a *transfusões sanguíneas*. Assim, no caso de intervenções cirúrgicas, com risco de perdas significativas de sangue, deve-se alertar o paciente para essa eventualidade e dar-lhe a oportunidade de se recusar (por motivos de liberdade de consciência [art. 41º CRP]) a ser submetido a tal intervenção, optando por outras alternativas, quando as haja, eventualmente menos eficazes e mais onerosas.

Os *fins ou objectivos do tratamento* nem sempre serão a reposição do estado físico-psicológico prévio, porque tal se revela impossível ou desadequado, mas apenas a realização de cuidados paliativos, ou, por outra, trata-se de meros procedimentos de diagnóstico. Tudo isso deve naturalmente ser explicado ao paciente para que este não acalente falsas esperanças ou seja dolosamente mantido em erro face às intervenções que se praticam sobre o seu próprio corpo.

## 3. Prognóstico

A revelação do prognóstico pode ser, nos casos clínicos mais difíceis, *maxime* nos casos de *prognóstico fatal*, extremamente difícil para o médico e para o doente. Estamos perante uma das situações que muitas vezes pode vir a cair no âmbito do privilégio terapêutico.

É assim obviamente *inválida* a parte final da norma do art. 40º, n.º1 do CDOM, segundo a qual “O prognóstico e o diagnóstico devem ser revelados ao doente, *salvo se o Médico, por motivos que a sua consciência julgue ponderosos, entender não o dever fazer.*” Estamos

perante o problema do privilégio terapêutico, que constituindo uma limitação de vários direitos fundamentais (o direito à integridade física e moral, à liberdade de “dispor do corpo ou da própria vida”<sup>876</sup> e o direito geral de personalidade) só pode ser regulado por lei da AR ou Decreto-Lei autorizado (art. 165º CRP, n.º 1, al. b))<sup>877</sup> e nunca por nunca poderia um diploma de duvidosa legitimidade afastar os comandos do CP (como aliás estabelece o art. 1º, n.º 3 do CC).

Assim sendo, o médico deve, naturalmente com a *arte de comunicar* que lhe é própria, transmitir ao paciente uma informação correcta sobre o seu prognóstico, por forma a que este possa orientar os seus planos de vida, no aspecto pessoal e patrimonial, e assim, livremente, autodeterminar-se e autoresponsabilizar-se pelo seu futuro.

#### 4. Os Efeitos Secundários

Relativamente às consequências desvantajosas do tratamento, isto é, os *efeitos secundários* conhecidos e/ou frequentes, uma informação precisa e o mais detalhada possível é certamente necessária (por exemplo: cicatrizes pós-operatórias, efeitos secundários de medicamentos, mobilidade diminuída, perda de paladar, etc.).

O médico não deve relegar essa responsabilidade para o cirurgião, em caso de operação, ou para o farmacêutico, no caso de medicamentos. Logo que ele tenha conhecimento do problema, deve advertir o paciente.

Gehrlein, numa análise da experiência jurisprudencial dos tribunais superiores alemães, concluiu que o paciente deve ser informado da taxa de mortalidade, das limitações funcionais dos órgãos mais importantes, da incontinência, da necessidade de utilizar um *anus contranatura* ou um esfíncter artificial, as dores prolongadas, possíveis operações posteriores, etc., etc. Para além disso deve ter especial atenção às implicações que as consequências secundárias do tratamento pode ter na vida profissional do doente.<sup>878</sup>

O factor *qualidade de vida* é especialmente importante no caso dos pacientes idosos. Assim, é muito importante estes pacientes serem informados sobre quanto tempo terão afectada a sua *qualidade de vida* se optarem por determinado tratamento, em detrimento de outro, porventura menos eficaz, mas menos doloroso. Com efeito, a ponderação custo-

---

<sup>876</sup> Na expressão de FIGUEIREDO DIAS, “O Problema da Ortotanásia...”, *cit.*, p. 33.

<sup>877</sup> Trata-se do regime dos direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga, previstos nos artigos 25º CRP e art. 70º CC (Cfr. CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 620, onde defende a natureza do *direito geral de personalidade* como direito fundamental materialmente constitucional).

<sup>878</sup> GEHRLEIN, *ob. cit.*, p. 125.

benefício que um doente idoso possa fazer em relação a determinadas intervenções é diferente do que faria uma pessoa jovem.<sup>879</sup>

Por outro lado, segundo Zimmermann, o esclarecimento de efeitos laterais *longínquos* de  *pouca gravidade* pode ser omitido nos casos em que as consequências de uma recusa do tratamento sejam muito mais graves.<sup>880</sup> Mas, o *paciente concreto*, porque é desportista, pianista, actor, ou provador de vinhos, ou por qualquer outra especificidade, pode não desejar o tratamento proposto e optar por outro, menos eficaz ou mais arriscado, apenas para cumprir um qualquer objectivo importante para si ou para o bom exercício da sua profissão.

## 5. Riscos e Benefícios

A informação deve abranger as vantagens e inconvenientes do tratamento proposto. É raro que um tratamento só apresente aspectos positivos e seja rigorosamente isento de riscos ou incertezas.<sup>881</sup>

No século XIX, a ética médica não aconselhava a revelação dos riscos aos doentes; pelo contrário, encorajava-se os médicos a esconder a informação dos pacientes quando estes pudessem ficar desmoralizados ou pudesse levar a que estes rejeitassem o tratamento.<sup>882</sup> No século XXI, em Portugal, não é admissível que esta ética médica ainda mereça acolhimento. A mudança no pensamento ético deverá ser acompanhada por mudanças na realização do direito e, sobretudo, na vivência quotidiana da relação clínica.

### 5.1. Riscos típicos e atípicos

A informação sobre os riscos é aquela que mais tem levantado dúvidas na doutrina e litígios na jurisprudência.<sup>883</sup> A linha do horizonte que separa o paternalismo da autonomia, por um lado, e considerações de análise económica do direito<sup>884</sup> têm, neste particular domínio, a sua expressão de máxima luta ideológica ou doutrinária.

---

<sup>879</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 96.

<sup>880</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 90.

<sup>881</sup> Por exemplo, a esterilização realizada durante uma cesariana oferece a vantagem de se realizar apenas uma operação, mas ela apresenta menos chances de sucesso. Em certos casos, o médico deve dar ao paciente a escolha entre um tratamento operatório e um tratamento conservador, expondo os benefícios comparados (por exemplo: a extracção de um dente ou praticar uma ressecção da raiz).

<sup>882</sup> Cfr. GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 5.

<sup>883</sup> DUPUY, *L'information médicale...*, 2002, p. 116, numa análise estatística da jurisprudência dos tribunais superiores franceses, demonstra que a esmagadora maioria dos litígios analisados se prendem com a informação sobre os *riscos da intervenção*. Cfr. RATAJCZAK/ STEGERS (Schriftleitung), *Risiko Aufklärung – Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung?*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2001, *passim*.

<sup>884</sup> Cfr. FAURE, “Comparative Analysis”, in FAURE/ KOZIOL, *Cases...*, pp. 294 e ss.

A sua relevância no âmbito da responsabilidade médica é indubitável. Afinal, não é “a responsabilidade civil um instituto jurídico que comunga da tarefa primordial do Direito que consiste na ordenação e distribuição dos riscos e contingências que afectam a vida dos sujeitos e a sua coexistência social”<sup>885</sup>? Não será o consentimento informado, em primeira linha, uma autodeterminação dos riscos assumidos e assim uma delimitação do risco que impende a uma parte ou a outra?<sup>886</sup>

### 5.1.1. A teoria dos riscos significativos

A doutrina tradicional, defende que existe apenas a obrigação de comunicar ao paciente os riscos “normais e previsíveis”, ou “a prever razoavelmente”; excluindo, desse modo o dever de informar dos riscos graves, particulares, hipotéticos ou anormais.<sup>887</sup>

Neste sentido, o *Acórdão da Relação de Lisboa*, de 4 de Julho de 1973, decidiu que “o art. 80º do Estatuto da Ordem dos Médicos, ao prescrever o aviso prévio ao doente dos riscos de certo tratamento, deve entender-se aplicável somente nos casos em que do tratamento resultem com *frequência* e com *sérias probabilidades* estados mórbidos, pois o médico não deve atemorizar o doente exagerando os riscos, que são sabidos, mas *raramente* se realizam.”<sup>888</sup>

Mais recentemente, alguma doutrina e jurisprudência vêm defendendo a obrigação de se comunicar os riscos “significativos”, isto é, aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto. Trata-se pois de uma doutrina mais ampla que a anterior.

O risco será considerado *significativo*, em razão dos seguintes critérios: (1) a necessidade terapêutica da intervenção, (2) em razão da sua frequência (estatística), (3) em razão da sua gravidade e (4) em razão do comportamento do paciente.

---

<sup>885</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” no âmbito da Responsabilidade Civil?*, p. 15.

<sup>886</sup> Este tema pode assumir uma densidade que aqui não vou explorar, nomeadamente a de saber qual o local do consentimento informado na *Risikogesellschaft* (Ulrich BECK), partindo do princípio, que parece reunir o consenso, de que a medicina é uma actividade onde marcadamente se verifica uma *relação antropológica do cuidado-de-perigo* (FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal, passim*, mas especialmente p. 400).

<sup>887</sup> Assim, na Bélgica, o Tribunal Civil de Nivelles (Acórdão de 5 de Setembro de 1995), e o Tribunal de Apelação de Bruxelas (Acórdão de 29 de Março de 1996) entendem que o dever de informar abrange os riscos “sérios, conhecidos e susceptíveis de se apresentar com uma certa frequência” *apud* LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 64.

<sup>888</sup> *Apud* VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 406.



### 5.1.1.a) Risco significativo em razão da necessidade terapêutica da intervenção

Quanto mais necessária é a intervenção, nomeadamente vital, menos importante é a informação a propósito dos riscos. *A contrario* é mais intensa para as chamadas intervenções “*d’agrément*”, tal como a cirurgia estética. Assim sendo parece-nos criticável a formulação tímida constante do art. 7.º da Lei 12/93, relativa à doação de órgãos ou tecidos humanos para transplantação, já que aí não se verifica qualquer necessidade terapêutica para o doador, pelo que este deveria ser informado de todos os riscos, mesmo os raros, e não apenas dos “riscos possíveis”. Por seu turno o art. 12.º do Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo relativo ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana confere especial atenção à necessidade e ao modo de informar o doador acerca dos riscos que este vai voluntariamente assumir.

Para efectuar essa avaliação, deve-se tomar em consideração certos *factores objectivos*, tais como: a urgência, a necessidade, a perigosidade e a novidade do tratamento e a gravidade da doença; alguma doutrina distingue ainda entre as intervenções diagnósticas e as intervenções terapêuticas.

#### i) Urgência do tratamento.

De acordo com este parâmetro, quanto mais urgente é o tratamento, menor precisão é exigível na informação médica a ministrar ao paciente.

É bastante expressiva a decisão da *Audiencia Provincial de Ávila* (de 3-4-1998), ao assinalar que “em caso de conflito entre o dever de informação e a assistência ao paciente, deve prevalecer sempre este último por assim o exigir o princípio da proporcionalidade”.<sup>889</sup> Este critério é também claramente assumido pelo BGH.<sup>890</sup> O art. 8º da CEDH Bio admite, inclusivamente, que se leve a cabo a intervenção médica sem necessidade de obter o consentimento do paciente.<sup>891</sup>

#### ii) Necessidade do tratamento.

---

<sup>889</sup> Tratava-se, neste caso, de uma histerectomia praticada perante uma perda de sangue puerperal intensa e tardia e incontrolável de outra forma. Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 188, com indicações jurisprudenciais de Espanha, Itália e França.

<sup>890</sup> Nas palavras do BGH: “Je dringlicher ein Eingriff ist, desto weniger muss aufgeklärt werden. Oder umgekehrt gesagt: je weniger dringlichkeit oder weniger nötig ein Eingriff ist (Kosmetische Operationen) desto umfassender muss aufgeklärt werden”, *apud* PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztliche Aufklärung*, 1999, p. 62.

<sup>891</sup> Assim, FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, p. 185 (Cfr. *infra* §59).

Segundo este critério, quanto menos necessário for o tratamento, mais rigorosa deve ser a informação, devendo ser extrema nas intervenções estéticas e, em geral, na denominada *cirurgia voluntária ou de satisfação* (vasectomias<sup>892</sup>, ligaduras de trompas, rinoplastias, mamoplastias, dermolipectomias), em contraposição com a cirurgia curativa ou assistencial, em que a informação pode ser menos rigorosa.<sup>893</sup>

Note-se, contudo, que mesmo que uma intervenção ou actuação médica seja necessária ou indispensável para a cura de um paciente, isso não exime o médico de cumprir o seu dever de informação.<sup>894</sup>

Sem dúvida, que neste contexto assume particular destaque a cirurgia estética.<sup>895</sup> Ora, segundo a *Cour de Cassation*, “em matéria de actos médicos e cirúrgicos de natureza estética, a obrigação de informação deve abranger *não apenas os riscos graves da intervenção, mas também todos os inconvenientes que daí possam resultar*”.<sup>896</sup>

Bilancetti fundamenta a necessidade de uma informação mais completa na cirurgia estética, relativamente à cirurgia curativa propriamente dita, no próprio aforismo hipocrático “*primum non nocere*”.<sup>897</sup> Em sentido contrário, Díaz-Regañon<sup>898</sup> entende que não se deve diferenciar o regime do dever de informação em função da natureza terapêutica ou não terapêutica.

Pela minha parte, entendo que o critério da necessidade de tratamento é co-determinante do *quantum* de informação a prestar, sendo aliás, este aspecto e não o da natureza jurídica da obrigação (de meios ou de resultado) que verdadeiramente distingue a cirurgia estética pura das intervenções terapêuticas (cfr. *infra* n.º 11.1.)

<sup>892</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 189, indica *inúmera* jurisprudência espanhola que se debateu com esta questão.

<sup>893</sup> LOZANO, *La protección europea...*, p. 33, afirma que “la portée du consentement est moindre lorsqu’il s’agit d’interventions qui ont un *objectif thérapeutique*.”

<sup>894</sup> A *Cour de Cassation* (18-7-2000) condenou um neurocirurgião que operou, de acordo com as *leges artis*, uma paciente afectada de uma ciática paralisante, mas a quem não tinha informado das sequelas que daí poderiam decorrer; note-se que não se tratava de uma intervenção urgente, nem de um caso de impossibilidade ou recusa do paciente a ser informado, mas tão-só de falta de informação adequada.

<sup>895</sup> Um caso eloquente é o decidido pelo Tribunal de Cassação Civil italiano, na decisão de 8 de Junho de 1985, que condenou o médico que praticou uma cirurgia estética a uma bailarina e atriz profissional. Após a dita cirurgia a paciente ficou com cicatrizes em ambos os seios, comprometendo por isso gravemente a sua actividade profissional, já que a sua actuação incluía normalmente números eróticos. Apesar de a técnica e a diligência do cirurgião ter sido a correcta, este não cumpriu a obrigação de informar a cliente dos riscos (estéticos) que tal operação acarretava e que eram decisivos para aquela concreta paciente. Para indicação de jurisprudência espanhola relativa à cirurgia estética, *vide* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, pp. 267 ss.

<sup>896</sup> *Cour de Cassation*, 17-2-1998. No caso em análise a paciente tinha dificuldades de cicatrização e padecia de uma infecção subsequente a uma lipo-aspiração abdominal (*apud* LELEU/GÉNICOT, *ob. cit.*, p. 65). Também a jurisprudência alemã entende que quanto menos necessária e menos possibilidades de sucesso tiver uma dada operação, tanto maior é a exigência de fornecer uma informação detalhada - cfr. GEHRLEIN, *ob. cit.*, p. 126.

<sup>897</sup> BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, 1998.

<sup>898</sup> DÍAZ-REGAÑON, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, 1996.

### iii) Perigosidade do tratamento.

Quanto mais perigosa for uma intervenção, mais ampla deve ser a informação que se facilita ao paciente.<sup>899</sup> Muito claramente assim, a Decisão da *Cámara Nacional Civil de la República Argentina*, de 20-9-1985, afirmou que “quanto mais perigosa for a intervenção profissional, mais necessária é a advertência por parte do médico, que pode ser responsável na medida em que omitir ou atenuar os riscos da operação”.<sup>900</sup> Também no direito norte-americano, “*the courts appear to believe that, as the probability or severity of risk increases, so does the responsibility to inform.*”<sup>901</sup>

Contudo, segundo o Tribunal da Cassação francês, o médico não tem a obrigação de *convencer* o paciente do perigo do acto médico solicitado pelo paciente.<sup>902</sup>

### iv) Novidade do tratamento.

Outro factor a avaliar é a novidade do tratamento, de tal forma que quanto mais recente seja um procedimento terapêutico ou diagnóstico (*neuartige Methoden*), maior rigor há de presidir à informação a dar ao paciente.<sup>903</sup>

É bastante expressiva a decisão da *Seção 7ª da Audiencia Provincial de València*, de 24 de Fevereiro de 2000, relativamente a um caso de implantação intra-ocular de uma lente de Worst-Fechtner, para correcção de uma severa miopia, em resultado da qual se produziu uma grave redução da visão. O tribunal declarou que, “no caso em análise, se reforça, ainda mais, a obrigação do médico de informar a sua paciente de todos os riscos que a intervenção supunha, *maxime* quando se trata de uma técnica não avalizada pela maioria da ciência médica, existindo uma recomendação de ser especialmente cuidadoso na colocação do implante”.

Ora este mesmo raciocínio deve valer para as chamadas “*inovações terapêuticas*”. Se é certo que o médico deve, regra geral seguir os *standards* e os protocolos de actuação clínica (cfr. art. 4º CEDH Bio), também é sabido que, por um lado, o avanço na medicina só se consegue com algum arrojo e investigação; por outro lado, os pacientes podem apresentar

<sup>899</sup> Cfr. KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 95.

<sup>900</sup> *Apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 189.

<sup>901</sup> PREISER/ WECHT/ PREISLER, *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, II, p. 357

<sup>902</sup> *Cass. Civ.*, 18-1-2000. Cfr. LEGROS, “Vers la disparition de l’indemnisation des préjudices nés suite à l’inexécution de l’obligation d’information médicale”, *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 6, p. 132.

<sup>903</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 96.

patologias raras a exigir uma terapia específica (não estandardizada), para além de que, por vezes, esses mesmos protocolos estão desactualizados.<sup>904</sup>

Neste mesmo sentido, o *Study Group on a European Civil Code* defende que: “*If the treatment is experimental, all information regarding the objectives of the experiment, the nature of the treatment, its advantages and risks and its alternatives, be it only potential, must be disclosed.*”<sup>905</sup>

Assim sendo, não será de sancionar de forma absoluta e peremptória toda e qualquer inovação terapêutica. A grande protecção do paciente deverá resultar, mais do que da doutrina da *malpractice*, da teoria do *informed consent*,<sup>906</sup> ao exigir-se nesta sede uma informação exhaustiva e cabal, condição imprescindível para que o paciente seja respeitado e compreendido como um *numeno* e não como um *fenómeno* (KANT), elemento essencial da sua dignidade humana.<sup>907</sup>

#### v) Gravidade da doença

Também a gravidade da doença que afecta o paciente deve influir na quantidade de informação a prestar ao paciente, de tal forma que quanto mais grave for a doença, maior deve ser a informação que se faculta ao doente.

Em casos muitos graves como em certas doenças oncológicas e cardiovasculares, a informação prestada é muito mais rigorosa. “Mesmo quando se utilize a psicologia na hora de informar o paciente, isso não pode, de modo algum significar minimizar a realidade e o direito à autodeterminação do paciente”.<sup>908</sup>

Na verdade, olhando agora para o outro lado do prisma, dispensa-se o esclarecimento “em relação a tratamentos de rotina: tratar um dente cariado ou ministrar uma injeção.”<sup>909</sup>

<sup>904</sup> Vide o caso decidido pelo *Hoge Raad* em que se condenou os médicos porque, tendo desrespeitado uma determinada directiva não lograram fazer prova da ausência de culpa. Cfr. VERMAAS, “Liability in Relation to the use of professional medical guidelines”, *Book...*, I, pp. 123 e ss..

<sup>905</sup> Cfr. BARENDRECHT/ HONDIUS/ HESSELINK et al. (relator: Rui Prista Cascão), *Study Group on a European Civil Code* “Chapter X – Treatment”, polic., 2002.

<sup>906</sup> Admitindo esta realidade no domínio da terapia genética somática, vide BOYD/ HIGGS/ PINCHING (Eds), *The New Dictionary of Medical Ethics*, BMJ, p. 108.

<sup>907</sup> Cfr. Mark PARASCANDOLA/ Jennifer HAWKINS/ Marion DANIS, “Patient Autonomy and the Challenge of Clinical Uncertainty”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number 3, September 2002, pp. 245-264. Estudos empíricos mostram que os médicos sentem maior dificuldade em transmitir informação sobre tratamento cujo ‘índice de incerteza do resultado é maior, pois temem criar ansiedade adicional e quebrar a relação de confiança com os doentes’. Os Autores defendem, pelo contrário, que a efectiva revelação da informação, ainda quando inclua incerteza relativamente aos resultados do tratamento proposto, vai contribuir para um aumento da confiança do paciente no médico a longo prazo e que os paciente sabem lidar com informação sobre incerteza. Defendem ainda que quanto maior for a incerteza, mais se deve reforçar o consentimento informado.

<sup>908</sup> Tribunal Supremo espanhol, Sala 1ª, Acórdão de 2 de Outubro de 1997.

<sup>909</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 400.

### vi) intervenções diagnósticas e intervenções terapêuticas

Quando a intervenção tem uma finalidade meramente diagnóstica entende-se que o dever de informação é mais amplo, já que o paciente se vai expor a *riscos* sem obter imediatamente benefícios terapêuticos.<sup>910</sup> Segundo Laufs, a maior exigência face às intervenções diagnósticas deve valer apenas nas intervenções diagnósticas sem fins terapêuticos (“*diagnostischen Eingriffen ohne therapeutische Eigenwert*”, nas palavras do BGH). Se a intervenção estiver orientada para o tratamento ou para a melhoria do estado de saúde e não apenas para fins meramente diagnósticos<sup>911</sup>, deve-se seguir o grau de exigência das intervenções terapêuticas.<sup>912</sup>

---

<sup>910</sup> É muito frequente a jurisprudência resultante de acidentes em exames de diagnóstico, *v.g.*, colonoscopia ou de utilização de produtos de contraste. Cfr. os famosos *Rektoskopie-Fall* (1984) (BGHZ, 96 = JZ 1984, 629, com anotação de LAUFS e KERN): antes de realizar uma rectoscopia o médico não informava os seus pacientes de que a intervenção poderia causar dores consideráveis. Certa vez, um paciente teve, não dores, mas uma perfuração do intestino com consequentes complicações. O juiz considerou que o risco de perfuração era longínquo e por isso não havia o dever de esclarecer. No *Myelographie-Urteil* (BGH 14.11.1995, *apud* MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Springer, 1998, pp. 66-72, com anotação discordante de Erwin DEUTSCH): o Autor sofria de fortes dores na zona lombar (nos rins) bem como de problemas em urinar há muitos anos. Depois de algumas operações e tratamentos médicos, o paciente foi admitido na unidade de neurocirurgia do hospital do 1º Réu, em 8-2-1990, para estabelecer um diagnóstico preciso. Enquanto se faziam os testes assumiu-se que as queixas se deviam a espondilose. Para averiguar a gravidade de um possível dano no nervo, realizou-se uma mielografia e posteriormente uma TAC (tomografia axial computadorizada). Os testes seriam realizados pelo 2º Réu, empregado do 1º como radiologista e que também detém um diploma em física. Imediatamente antes do teste em 21 de Fevereiro de 1991, o Autor assinou uma declaração apresentada pelo 2º réu na qual ela confirmava que tinha sido informada dos riscos dos testes. Esse formulário indicava riscos como *náuseas, dores de cabeça, perda de consciência temporária e infecções*. Não havia qualquer informação acerca do risco de paralisia, que podia estar relacionada com a intervenção, nem de ataque epilético. Depois de realizar a mielografia, o Autor foi levado para a clínica de cirurgia. Durante o transporte de regresso, a paciente, deitada numa maca, teve um ataque epilético que causou uma deslocação com fractura do úmero do seu ombro direito. Também sofreu de cegueira e dificuldades no falar durante esse dia. Uma cirurgia de emergência que se realizou nessa noite não evitou as lesões no úmero. Desde então a paciente sofre de danos neurológicos de vários músculos ligados ao braço superior e apenas consegue efectuar movimentos restritos e com dor. O Tribunal considerou que o risco de um ataque epilético, como resultado da mielografia, era imprevisível; porém, a paciente devia ter sido informada do risco de paralisia. Este caso implica interessantes problemas ao nível do *âmbito de protecção da norma* que, todavia, caem fora do âmbito deste estudo.

<sup>911</sup> Pense-se nos frequentes rastreios do cancro em pessoas saudáveis, que envolvem intervenções arriscadas como uma colonoscopia. Aliás, refira-se que têm sido produzidos interessantíssimos estudos acerca da mais valia social e individual de certo tipo de rastreios, tão propalados pela medicina e apoiados pela indústria farmacêutica. Cfr. os interessantes estudos que interrelacionam a estatística, a psicologia, a (comprovada) incapacidade dos profissionais para entender os valores estatisticamente apresentados e as consequências por vezes devastadoras para os indivíduos que realizam um exame de diagnóstico com um resultado (falso) positivo (de que é exemplo seguro as inúmeras mastectomias que são realizadas com base em resultados falsos positivos ou os casos terríveis de um resultado de falsa seropositividade), para além dos elevados custos para os sistemas de saúde que certos rastreios excessivos acarretam: estudos esses realizados pela equipa do *Max Planck Institute for Human Development* de Berlim, sob a direcção do Prof. GERD GIGERENZER: *vide* HOFFRAGE/ LINDSEY/ HERTWIG/ GIGERENZER, “Communicating Statistical Information”, *Science*, vol. 290, 22 December 2000, pp. 2260-2260; GIGERENZER/ HOFFRAGE/ EBERT, “AIDS counselling for low-risk clients”, *AIDS CARE* (1998), vol. 10. NO. 2, pp. 197-211; GIGERENZER, “Ecological Intelligence an adaptation for Frequencies”, CUMMINS/ ALLEN (Eds.), *The Evolution of Mind*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 9-29; HOFFRAGE/

### 5.1.1.b) Risco significativo em razão da sua frequência

Quanto mais frequente é a realização do risco, mais se justifica a informação ao paciente dessa eventualidade. *A contrario*, quando a frequência de incidência do risco é fraca, o juiz pode atenuar a obrigação de informação.<sup>913</sup>

Neste aspecto não há ainda consenso na doutrina internacional. Por um lado, há dificuldade em definir o que seja um risco frequente; por outro lado, nem todos concordam que os riscos raros devam ser afastadas do âmbito de informação exigida, quando estes sejam graves.

Na definição da frequência do risco, alguns apontam para formulações genéricas. Assim, as “*Comisiones Promotoras de les Comités de Ética Asistencial del País Vasco*” (1997), entendem que riscos típicos se identificam com os mais frequentes e previsíveis. Num sentido muito próximo, também o “*Grupo de Expertos en información y documentación clínica*” do Ministério da Saúde espanhol, considerou como riscos típicos “*aqueles cuja produção deva normalmente esperar-se, segundo o estado e conhecimento actual da ciência*”.<sup>914</sup> Outros, porém, apelam a critérios mais objectivos e buscam um índice estatístico que determine a linha de separação entre o que deve ser informado e o que não precisa de o ser.

#### i) O critério estatístico e os “riscos especializados”

A melhor doutrina procura um *critério objectivo-concreto*. Isto é, deve-se informar de todos os riscos frequentes e típicos para aquele concreto paciente, naquela concreta situação. Na verdade, o critério puramente estatístico ou percentual não é suficiente na hora de decidir a informação a facilitar ao paciente, sendo preciso contemplar outra série importante de variáveis, tais como o estado do paciente, a competência do cirurgião, a

---

GIGERENZER, “Using Natural Frequencies to Improve Diagnostic Inferences, *Academic Medicine*, Vol. 73, No. 5/ May 1998, pp. 538-540.

<sup>912</sup> Cfr. LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 517.

<sup>913</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 90, admite que o médico possa não revelar os riscos que se realizam muito *raramente* ou que, perante o caso concreto do paciente, é imprevisível que se venha a verificar, de forma que para uma pessoa razoável naquela situação não seriam tomados em consideração na decisão do consentimento.

<sup>914</sup> Alguma jurisprudência tem seguido este caminho. O *Tribunal de Apelação de Liège* (20-10-1994) considerou que, embora os riscos inerentes a uma arteriografia sejam graves e não devam ser negligenciados, “eles não são de uma *percentagem excepcional* que justifique e necessite de um consentimento especial”, concluindo que “se o paciente está suficientemente informado do carácter e do gravidade do exame, presume-se que deu validamente o seu consentimento”. O *Tribunal Civil de Bruxelas* (5-5-1995) afirmou que “o dever de informação do médico, ... deve abranger de modo razoável e proporcional tanto à finalidade como aos riscos ligados a este exame, *sobretudo se os riscos são estatisticamente baixos*”. *Apud* LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 65.

qualidade do centro hospitalar e a especificidade do acto em si – a que a doutrina espanhola chama de “*riscos especializados*”.

O médico deve ter em conta a especificidade dos doentes idosos e os seus riscos específicos. Assim, a informação devida não é propriamente a relativa aos riscos médios, nem mesmo do normal para o seu grupo etário, mas deve procurar fornecer uma informação especial para aquele doente concreto.<sup>915</sup>

Como afirma Galán Cortés, típico não é equiparável a frequente, devendo fugir-se dos parâmetros estatísticos. Por exemplo, um risco de tetraplegia em cirurgia cervical, por exemplo, é típico de tal intervenção, mesmo quando se produza em, aproximadamente, 2% dos casos. Este autor apresenta jurisprudência abundante e indica vários casos em que embora o risco suceda em menos de 1% dos casos, os tribunais espanhóis condenaram os réus, visto que se tratava de *riscos típicos e específicos* das intervenções referidas.<sup>916 917</sup> A 12 de Janeiro de 2001, afirmou o Tribunal Supremo espanhol, que “a previsibilidade nada tem a ver com a frequência do sucesso”. “Pouco importa a frequência para efeitos de informação, e a percentagem e as estatísticas a esse respeito, se tal complicação é inerente a toda a intervenção desse tipo...” Já no Acórdão de 25 de Abril de 1994, o mesmo Tribunal (Sala 1ª) decidia que uma percentagem de probabilidade de risco de recanalização da via seminal pós-vasectomia entre os 0,5% e os 1% é susceptível de ser revelado.

Muito importante é a relação entre a frequência e a gravidade dos riscos. Foi julgado *frequente* o risco *mediamente grave* que acontece em pouco mais de 1 % dos casos, bem como os riscos *graves* com frequência inferior a 1 % (*Tribunal Civil de Anvers*, na decisão de 5-11-1999). O *Tribunal de Apelação de Versalbes* (decisão de 10-6-1999) considerou que o risco de acidente *grave* provocado por uma arteriografia, não pode ser considerado excepcional, só porque a taxa de incidência foi caracterizada de 1 por 1000, por uns peritos, e de 0,5 a 1% por outros. Condenou, deste modo, o médico que prescreveu e o que praticou o exame a uma indemnização por não terem informado do risco de hemiplegia, que se veio a verificar.

---

<sup>915</sup> KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 96.

<sup>916</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 197. Assim, numa vasectomia deve informar-se do risco de recanalização dos condutos deferentes; numa tiroidectomia, do risco de lesão do nervo recorrente; numa histerectomia, do risco de lesão uretral; num esvaziamento ganglionar cervical, do risco de lesão do nervo espinal; numa estapedectomia, do risco de cofosis; numa timpanoplastia e ou numa parotidectomia, do risco de lesão do nervo facial; ou em cirurgia cervical, do risco de lesão medular

<sup>917</sup> Também LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, p. 65, afirmam que o problema da estatística é que não se pode dar um limiar preciso a partir do qual o risco é frequente. Expõem que já foi julgado como tal o risco de lesão do nervo facial aquando de uma operação a uma malformação da orelha (frequência entre 15 e 20%) ou o risco de paralisia das cordas vocais aquando da ablação de uma excrescência da glândula tiróide (entre 1 a 7%).

Na Galiza, a Ley 3/2001, de 28 de Maio, dispõe que a informação deverá incluir, entre outros aspectos, os riscos frequentes, *os riscos pouco frequentes quando sejam de especial gravidade* e estejam associados ao procedimento de acordo com o estado da ciência, e os *riscos personalizados* de acordo com a situação clínica do paciente (art. 8.5).<sup>918</sup>

O Supremo Tribunal Austríaco, decidiu há quase quarenta anos, no seu Acórdão de 15 de Dezembro de 1964, que mesmo quando as consequências só *raramente* se produzem, deve o médico informar acerca da possibilidade de resultarem esses danos, mesmo que a operação tenha sido realizada de acordo com as *leges artis*. Se o médico omitiu essa informação, responde pelas consequências danosas de uma operação tecnicamente correcta. Intervenções perigosas para a saúde sem consentimento do paciente apenas devem ser levadas a cabo em situações de urgência e quando não seja possível obter o consentimento.<sup>919</sup>

Quando se trate de *riscos atípicos* de intervenções médicas curativas, em princípio, não existe obrigação de informar sobre os mesmos. A decisão da *Audiencia Provincial de Badajoz*, de 31 de Dezembro de 1999, assinala, justamente, que “não pode exigir-se aos profissionais, a informação eventual e potencial de todos e cada um dos riscos e infinitas complicações que podem produzir-se com o acto médico”.<sup>920</sup> O Tribunal da Cassação italiano defende que o médico deve informar os riscos previsíveis, *mas não os excepcionais ou atípicos*. Também Galán Cortés é da opinião que deve informar-se sobre as consequências e riscos que razoavelmente se possam prever, isto é, os riscos ‘típicos’, mas não sobre os excepcionais ou ‘atípicos’, isto é, aqueles que, de acordo com a ciência e experiência médica, não são previsíveis no acto médico concreto a efectuar. Não pode, por conseguinte, omitir-se informação sobre as consequências seguras e relevantes, nem sobre as possíveis e previsíveis.

### 5.1.1.c) Risco significativo em razão da sua gravidade

Segundo este critério, a gravidade de um risco, mesmo não frequente, conduz à obrigação da sua comunicação.

Na Alemanha tem-se considerado que o paciente tem o direito de ser informado *do risco mais grave* relativo à intervenção a que se vai submeter.<sup>921</sup> Por exemplo, no caso

---

<sup>918</sup> No mesmo sentido vão as conclusões da 2ª Comissão de estudos da União Internacional de Magistrados (Recife, Setembro de 2000).

<sup>919</sup> Cfr. STELLAMOR/STEINER, *Handbuch des Österreichischen Arztrechts*, I, 1999, p. 111.

<sup>920</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 201, com mais indicações jurisprudenciais.

<sup>921</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 92.



*Myelographie-Urteil* (BGH 14.11.1995)<sup>922</sup> o tribunal afirma que o médico tem que dar uma *informação mínima* ao paciente. Essa informação é considerada adequada e suficiente se o paciente tiver uma imagem clara do tipo e da severidade da cirurgia e da sua condição física subsequente à intervenção. Nessa informação mínima deve estar incluído *o risco mais grave (embora raro)*. Deutsch ironiza com esta afirmação: o BGH entende, como regra geral, que se tem que informar sempre do risco possível mais grave? “Então o médico, sempre que prescrever um medicamento, terá que informar os pacientes do risco de um choque anafilático! Tão longe ainda não se chegou nem na Alemanha nem noutro país.”<sup>923</sup>

De todo o modo parece-me boa a doutrina de Laufs, segundo a qual, o médico deve informar os *riscos raros*, quando em caso de estes se verificarem a vida do paciente resulte gravemente prejudicada e apesar de serem raros, são *específicos daquela concreta intervenção*.<sup>924</sup>

#### **i) A jurisprudência francesa e a *loi du 4 mars***

Destaco aqui a evolução da jurisprudência francesa, visto que ainda há meia dúzia de anos tinha uma posição tradicional sobre a matéria, vindo rapidamente a assumir a vanguarda da hiperbolização do direito ao esclarecimento. Também aqui, mais uma vez, o legislador quis corrigir alguns excessos dos magistrados dos tribunais superiores com sede em Paris.

Tradicionalmente os tribunais franceses consideravam que o médico apenas devia informar o paciente dos riscos normalmente previsíveis da operação, ou os riscos sérios e habituais. Ou seja, dever-se-ia informar dos riscos *frequentes*, graves e não graves. Quanto aos riscos raros, não se justificaria ‘incomodar’ o paciente com essa informação que o poderia ‘angustiar’. Nos últimos anos, porém, começa a inverter essa jurisprudência, decidindo que a não informação de *riscos graves, ainda que hipotéticos ou de frequência excepcionais* (*v.g.*, paraplegia), merece a sanção do direito.<sup>925</sup>

A *Cour de Cassation* assumiu a dianteira ao acolher este critério mais exigente.<sup>926</sup> Na decisão de 7 de Outubro de 1998, afirma este Tribunal: “fora os casos de urgência, de

---

<sup>922</sup> Acórdão publicado em MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, 1998, pp. 66-72.

<sup>923</sup> DEUTSCH, “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts im Bereich der Einwilligung und Aufklärung sowie des Behandlungsfehlers”, in MAYER-MALY/PRAT, *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, p. 73.

<sup>924</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 513.

<sup>925</sup> LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, p. 66.

<sup>926</sup> Acórdãos da *Cour de Cassation* de de 27 de Maio de 1998, de 7 de Outubro de 1998, de 17 de Dezembro 1998.

impossibilidade ou de recusa do paciente a ser informado, um médico deve-lhe transmitir informação leal, clara e apropriada sobre os riscos graves relativos a intervenções e aos tratamentos propostos e *ele não está dispensado pelo simples facto de estes riscos só se realizarem excepcionalmente*”.<sup>927</sup>

Mas logo o *Conseil d'État* lhe segue os passos, pugnando (na decisão de 5 de Janeiro de 2000) pela necessidade de informar dos riscos excepcionais do tratamento. Afirma a alta jurisdição administrativa francesa que “quando o acto médico em causa, mesmo quando realizado de acordo com as *leges artis*, implique riscos conhecidos de falecimento ou de invalidez, o paciente deve estar informado em condições que permitam recolher o seu consentimento informado; contudo, esta informação não é requerida em caso de urgência, de impossibilidade e de recusa do paciente a ser informado; *a circunstância de os riscos só se realizarem excepcionalmente, por si só, não dispensa os médicos da sua obrigação de informar.*”

Deste modo, o *Conseil d'Etat* alinha a sua jurisprudência com a da *Cour de Cassation* no que concerne à obrigação de informar o paciente de *todos os riscos graves*.<sup>928</sup>

A responsabilidade médica por violação do dever de informação tornou-se, assim, nos últimos anos, muito pesada,<sup>929</sup> tendo começado a sentir-se uma forte pressão indemnizatória, quer sobre a clínica privada, quer sobre a medicina em hospitais públicos.<sup>930</sup>

Neste contexto, foi promulgada a lei francesa dos direitos dos pacientes, de 4 de Março de 2002. Aqui se dispõe que qualquer pessoa tem direito a ser informada sobre o seu estado de saúde; essa informação deve abranger os diversos exames, tratamentos ou acções de prevenção que são propostos, a sua utilidade, a sua urgência eventual, as suas consequências e – naquilo que agora nos interessa mais particularmente considerar - os *riscos frequentes* ou os *riscos graves normalmente previsíveis* (“*risques fréquents* ou *graves normalement prévisibles*”), assim como as alternativas possíveis e as consequências previsíveis em caso de recusa.

A doutrina que o legislador quis sufragar só pretende censurar a omissão de informação dos *riscos frequentes* ou os *riscos graves normalmente previsíveis*. Ficam assim de fora os *riscos graves imprevisíveis*. Ou seja, parece que o legislador quis afastar da obrigação de informação os *riscos graves mas raros*, que a jurisprudência tinha vindo a exigir nos últimos

---

<sup>927</sup> Cfr. Bérengère LEGROS, “Vers la disparition de l’indemnisation des préjudices nés suite à l’inexécution de l’obligation d’information médicale”, *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 6, p. 130.

<sup>928</sup> Cfr. Louis DUBOIS, “Le devoir du patient à l’information: harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en oeuvre”, *RDSS*, 36<sup>e</sup> année, n.º 2 Avr.-juin 2000, pp. 357-368.

<sup>929</sup> Para uma visão crítica dos caminhos que a jurisprudência francesa estava a trilhar, cfr. François CHABAS, “L’Obligation Médicale D’Information en Danger”, *JCP*, n.º 11, 15 de mars 2000, pp. 459-462, e GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 210.

<sup>930</sup> Cfr. DUPUY, *L’information médicale*, pp. 93-105.

anos. Todavia, não fica muito claro se os riscos *raros* (mas *normalement prévisibles*) estão excluídos. A doutrina entende que a discussão vai continuar...

Temos assim sinais contraditórios de avanços e recuos no desenho do conteúdo da obrigação de informação. Se aceitarmos que o médico está obrigado a informar de todos os riscos graves, mesmo que raros, estamos a defender uma solução que recusa todo o paternalismo e a colocar nas mãos do paciente toda a informação necessária para que este se autodetermine responsabilmente. Porém, este caminho, da hiper-informação pode assumir três tipos de desvantagens.

Em primeiro lugar, para quem for mais sensível aos argumentos do paternalismo clínico, é verdade que se cria uma situação de angústia a todos os pacientes perante riscos que quase nunca se verificam. A *utilidade marginal* desta informação para a esmagadora maioria dos pacientes é, pois, baixíssima, sendo directamente proporcional ao valor estatístico da verificação dos riscos e isto porque em grande parte das situações paciente e médico podem ser considerados “moral friends” (Englehardt).

Em segundo lugar, e este é um argumento em termos de política jurídica mais valioso, o crescimento da litigiosidade médica (e as acções de responsabilidade por violação do consentimento informado são cada vez mais importantes) cria o fenómeno da *medicina defensiva*.<sup>931</sup> isto é, o médico antes de tomar uma medida terapêutica mune-se de um arsenal de meios complementares de diagnóstico, e antes de arriscar uma ousadia terapêutica vai medir cautelosamente as suas possibilidades de sucesso; o consentimento informado corre o risco de se transformar num calvário de extensos formulários prevendo todo e qualquer risco, ao invés de ser o momento de diálogo terapêutico que visa, a um tempo, criar um ambiente humano que favorece a própria *compliance* e que permite o livre desenvolvimento da personalidade do paciente.

O que nos coloca perante um problema de análise de custos-benefício do regime do conteúdo do dever de informação. Se formos muito exigentes na determinação do esclarecimento devido, vamos permitir que mais algumas pessoas ganhem acções de responsabilidade médica, sendo assim ressarcidas dos danos causados pela violação do consentimento informado. Se, pelo contrário, formos mais cautelosos ou, se pretendermos caminhar com passos mais seguros, poderemos ir defendendo uma cultura do respeito pelo

---

<sup>931</sup> DEUTSCH, “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts im Bereich der Einwilligung und Aufklärung sowie des Behandlungsfehlers”, in MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *cit.*, p. 74, mostra-se crítico face ao crescimento exponencial que a responsabilidade por violação do consentimento informado tem tido na Alemanha.

novo papel do doente como protagonista da sua “biografia pessoal”, também na determinação dos cuidados de saúde que lhe dizem respeito, sem no entanto criar um clima de *kalte Krieg* entre médicos e juristas, ou o que seria ainda pior, entre médicos e pacientes!

Estas preocupações têm sido manifestadas nomeadamente pelos tribunais superiores ingleses. Tantas vezes acusados de estarem a tentar ‘salvar’ as finanças do NHS (serviço nacional de saúde).<sup>932</sup> Ora, nada pior, como ensina Castanheira Neves, que remeter o juiz para um papel de *economista social* ou de “*juge-entraîneur*.”<sup>933</sup> O seu papel é o da realização concreto-judicativa do direito vigente, com a sua intencionalidade axiológico-normativa própria. Porém, no labor doutrinal de descortinar um critério de decisão, não devemos relegar os ensinamentos da análise económica do direito.<sup>934</sup>

No plano legislativo comparado devemos considerar as proposições normativas da lei francesa, da lei belga, da lei espanhola na qual se alcança um razoável equilíbrio entre as perspectivas minimalistas e as maximalistas em sede de dever de esclarecimento sobre os riscos.<sup>935</sup>

A verdade é que há bons apoios para uma solução mais cautelosa como a da recente lei francesa. O projecto de Código Civil Europeu do *Study Group on a European Civil Code* defende também uma visão mais cautelosa. Os *riscos excepcionais* são riscos conhecidos, mas que se materializam apenas em casos excepcionais. Na prática, a revelação de riscos excepcionais é extremamente custosa, e frequentemente conduz a uma relação custo-benefício incorrecta por parte do paciente, na sua opção por seguir ou não o tratamento proposto. A causa para uma análise incorrecta é que os pacientes tendem a sobreavaliar os riscos excepcionais em relação aos riscos de se abster dos potenciais benefícios que podem ser atingidos através do tratamento. Não transmitir esta informação, por outro lado, conduz a problemas ligados à validade do consentimento prestado. A maior parte dos sistemas jurídicos europeus procuram encontrar uma solução intermédia.

---

<sup>932</sup> Cfr. Michael DAVIES, *Textbook on Medical Law*, p. 159.

<sup>933</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pp. 59-60.

<sup>934</sup> Vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, p. 52; AROSO LINHARES, *As Alternativas da “violência mística” e da “escolha racional”* [Os processos da funcionalização política e económica do direito assumidos (e contrapostos) em duas experiências reflexivas-*limite*: com um compromisso prático-existencial (o dos *Critical Legal Scholars*) e como uma técnica de soluções eficientes (a da *Law and Economics*)] - *Seminário sobre o Actual Problema da Autonomia do Direito, do II.º Curso de Doutoramento em Direito na FDUC*, polic., pp. 20 e ss., e NUNO GAROUPA, “Análise Económica do Direito”, *Legislação - Cadernos de Ciência de Legislação*, INA, 32, Out-Dez, 2002, pp. 23-38.

<sup>935</sup> O art. 8 §2 da Lei Belga de Agosto de 2002 impõe o dever de informar dos “risques inhérents à l’intervention et pertinents pour le patient.” Por seu turno, o art. 10 da lei espanhola de Novembro de 2002, estabelece a obrigação de revelar os riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente e os riscos prováveis em condições normais.

Um critério plausível seria o de estender o dever de informação aos *riscos excepcionais que poderiam influenciar a decisão do paciente*, e deixar claro que um risco é presumivelmente capaz de influenciar essa decisão se a sua materialização tivesse *graves efeitos* sobre o paciente.<sup>936</sup> Em áreas como a cirurgia estética, os ensaios clínicos e as inovações terapêuticas impõe-se um maior rigor na revelação de riscos.

#### **5.1.1.d) Risco significativo em razão do comportamento do paciente**

As características físicas do paciente podem influenciar a taxa de incidência de um determinado risco (obesidade, problemas cardíacos, antecedentes familiares, etc.). Também as suas condições e os seus hábitos de vida, privados e profissionais (tabagismo, qualidade de jovem pai, facto de exercer uma profissão artística, etc.).

Enfim, a sua personalidade, o seu nível de compreensão, podem fazer variar a extensão da obrigação de informação dos riscos ou das modalidades deste. Por exemplo, se o paciente tiver uma formação médica ou uma longa experiência no tratamento em causa, poder-se-á atenuar a obrigação.

Em relação à valoração das circunstâncias profissionais do indivíduo, alguns autores estimam necessário informar os *riscos atípicos*, quando estes afectem a capacidade profissional do paciente e este tenha feito saber ao médico o seu interesse por conhecer a possível alteração das suas capacidades laborais após a intervenção que se propõe realizar.

### **6. Dever de informar sobre a urgência da intervenção ou o risco da demora no tratamento**

O médico que se depare com um paciente renitente em realizar determinada intervenção, seja por motivos financeiros, psicológicos ou outros, deve informar o doente, quando a situação seja medicamente urgente.

A este propósito é bastante ilustrativa a decisão do *Supremo Tribunal Argentino* (15-12-1992), que decidiu um caso em que o autor sofreu um acidente, sendo transportado para o centro de saúde mais próximo. Tendo sido informado pelos médicos de que teria de pagar o tratamento, preferiu ser levado para um hospital público. Quando lá chegou teve que amputar a perna, porque a infecção instalada levou a uma necrose irreversível da

---

<sup>936</sup> Este é o critério aplicado nos Países Baixos e na Suécia. Cfr. *Study Group on a European Civil Code, ob. cit.* Quanto aos riscos imprevisíveis este relatório considera: "...Such risks [unforeseen risks] are meant that were not yet known when the patient was to be informed. To both parties, the materialisation of these risks comes as an unpleasant surprise. Unforeseen risks may occur with new therapeutic techniques that albeit not experimental, could not yet been known. Such a liability would be therefore be *strict liability*. The Working Team considers this to be a controversial issue."

mesma. O tribunal considerou que a recusa do paciente não ilibava de responsabilidade a clínica e os médicos, porquanto *estes não tinham informado o paciente do risco de infecção nem da extrema urgência de tratar a sua lesão.*

### **7. As alternativas terapêuticas com os seus efeitos secundários, riscos e benefícios respectivos**

Ao médico compete, com toda a independência, escolher os métodos de tratamento mais indicados.<sup>937</sup> Todavia, o médico deverá esclarecer o paciente sobre a necessidade (relativa) da intervenção. Tal implica "a informação sobre a existência (ou não) bem como sobre *as vantagens relativas dos meios alternativos de diagnóstico ou terapia.*"<sup>938</sup>

Noutros ordenamentos jurídicos é dado grande destaque legal a esta exigência de informar o paciente sobre as alternativas. O *Código Civil holandês*, no art. 7:448, estabelece que: "O prestador de serviços de saúde deve ser guiado por aquilo que o paciente razoavelmente precisa de saber sobre: a) a natureza e o fim do diagnóstico ou tratamento e as actividades que terão de ser realizadas; b) as consequências e os riscos prováveis para a saúde do paciente; c) *outros possíveis tipos de diagnóstico e tratamento*; d) as perspectivas de saúde futura."

Na Nova Zelândia, a lei exige a explicação sobre a sua condição e a *explanação sobre as opções possíveis, incluindo os riscos, efeitos laterais, benefícios, custos de cada opção, etc.* (right 6 do *Code of Rights...*). Este regime leva Skeeg a afirmar que se estabelece não apenas um direito a ser esclarecido como um acessório, um requisito do direito ao consentimento informado, mas inclui-se verdadeiramente o direito a uma informação sobre as *alternativas*, o chamado *informed choice*.<sup>939</sup>

Nos processos patológicos em que existam diversas alternativas, o médico nem sempre poderá determinar qual é a melhor para um determinado paciente, porquanto as pessoas têm valores e objectivos que nem sempre são coincidentes, no sentido de que a escolha não será, indefectivelmente, aquela que maximize a saúde, mas sim a que promova o máximo bem-estar, dentro da escala de valores individual de cada pessoa, de tal forma que haverá casos em que o tratamento e não tratamento poderão considerar-se alternativas válidas e aceitáveis, em função do projecto de vida de cada pessoa.<sup>940</sup> Neste preciso sentido, a falta de informação de tratamentos alternativos está na base das condenações da

<sup>937</sup> Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 514.

<sup>938</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 397.

<sup>939</sup> SKEEG, "English Medical Law and "Informed Consent": Antipodean Assessment and Alternative", *Med.L.Rev.*, 1999, p. 135-165.

<sup>940</sup> Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, 184.

Administração Sanitária espanhola por contágios transfusionais, nomeadamente quando não exista risco de vida e seja possível a utilização de outras medidas terapêuticas.<sup>941</sup>

Do outro lado do Atlântico, o Supremo Tribunal de Nova Iorque (caso *Motichka*) condenou um cirurgião a indemnizar a paciente na soma de 2,5 milhões de dólares, por não a ter informado de que a lumpectomia era uma alternativa à mastectomia, num suposto tumor mamário não multicêntrico.

O médico não tem que informar sobre *todos os tratamentos possíveis* para aquele problema, mas apenas daqueles que constituem uma opção razoável de tratamento, excluindo-se deste âmbito a informação sobre tratamentos que ainda estão em *fase experimental*.<sup>942</sup> Ele goza da *liberdade terapêutica* na escolha do tratamento que ele julga mais adequado, mas deve informar o paciente do tratamento escolhido e suas alternativas razoáveis.

Por maioria de razão, o médico deve advertir o paciente quando escolher um tratamento que não segue a via razoavelmente considerada como a mais segura e a mais eficaz, e nomeadamente dar as razões da sua escolha. A obrigação de informação é ainda mais premente no caso de um dos tratamentos alternativos estar em vias de reconhecimento científico.<sup>943</sup>

Por outro lado, segundo a jurisprudência francesa, se o doente optar por uma intervenção mais arriscada ou menos eficaz, o médico não tem a obrigação de *convencer* o paciente dos perigos desse acto médico, por forma a demovê-lo da sua pretensão, pressuposto que é uma alternativa legítima.<sup>944</sup>

## 8. Riscos e consequências da recusa do tratamento

---

<sup>941</sup> Acórdãos do Tribunal Supremo, de 18-2-1997 e de 24-7-1997 - Cfr. De LORENZO, "El Consentimiento...", *cit.*, p. 215.

<sup>942</sup> Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 514.

<sup>943</sup> Cfr. jurisprudência em LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 62. Afirmam estes Autores que, se compete ao juiz considerar, com base nos elementos que lhe são submetidos, que um exame apresenta um carácter complexo e não habitual, e insistir por isso na obrigação de informação posta a cargo do médico, já não lhe compete julgar determinado exame como *supérfluo*, pois nessa matéria o médico é soberano. Usando uma linguagem da doutrina administrativista: este é um *espacio de discrecionalidad* que o juiz não pode sindicar.

<sup>944</sup> Cfr. a decisão da *Cour de Cassation*, de 18 de Janeiro de 2000, *JCP*, nº 7-8, 14 février 2001, pp. 371 373, com anotação de DORSNER-DOLIVER. Antes de se submeter a uma operação às cataratas do olho direito, um paciente recusou a anestesia geral que o médico lhe propunha; a intervenção teve lugar sob anestesia loco-regional; após a injeção da anestesia surgiu uma hemorragia que provocou a ruptura do globo ocular e a cegueira daquele olho. O médico tinha informado dos riscos da anestesia local, mas não convenceu o paciente dos perigos que ela representava. O Tribunal da Cassação, contrariamente ao Tribunal de Apelação de Lyon, absolveu o médico, nos termos do art. 1147 do *Code civil*.

O paciente tem o direito de recusar o tratamento proposto, mas o médico deve assumir aqui a sua condição de *conselheiro* e não deve abandonar o paciente, sem pelo menos o ter informado das consequências e dos riscos que a sua recusa implica.<sup>945</sup>

Neste sentido, no caso *Truman versus Thomas* (1980), o Supremo Tribunal da Califórnia condenou o médico por não informar a sua paciente dos riscos que podiam derivar da sua recusa na prática de uma citologia vaginal periódica, como método de *screening* de cancro ginecológico, tendo a paciente falecido posteriormente de cancro de cérvix. Em Espanha, a decisão da *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Asturias*, de 21 de Outubro de 1999, condenou a INSALUD por não ter informado um paciente dos riscos graves que acarretava a sua recusa de receber gamaglobulina antitetânica.

Também a lei francesa, a par do reconhecimento do direito à recusa do tratamento, impõe ao médico *o dever de convencer o paciente a aceitar os cuidados indispensáveis* (L. 1111- 4 CSP). Já assim a *Declaração dos Direitos dos Pacientes* (1994) reconhece que “Um paciente tem direito a recusar um acto médico ou a interrompê-lo”. Mas salienta que: “*o efeito de tal recusa ou interrupção deve ser-lhe claramente explicada.*”

### **9. Possibilidade de levar a cabo o tratamento num estabelecimento de saúde mais adequado**

Tem sido sustentado na jurisprudência que o paciente tem o direito a ser informado de que existe, dentro de um certo limite geográfico, um estabelecimento de saúde com melhores condições para tratar a doença de que este padece.

Devemos distinguir os casos em que o estabelecimento em causa, não tendo tecnologia e equipamento de ponta, tem as condições adequadas à prestação do serviço médico, dos casos em que o estabelecimento não está devidamente equipado.

Neste sentido, e para esta última hipótese, a decisão do *Juzgado de 1ª instância de Coslada*, de 12-1-1999, condenou o médico por ter realizado a operação num *centro de saúde que não reunia as condições adequadas para a dita intervenção*, daí resultando danos para o doente que foi por duas vezes reoperado num centro hospitalar mais apetrechado.<sup>946</sup>

Na Alemanha entende-se que se “no hospital, é oferecido ao paciente um tratamento que satisfaz o exigido *standard* da medicina, ele não tem de ser esclarecido acerca

---

<sup>945</sup> Veja-se paradigmaticamente o título da obra de Christian GLATZ, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung*, Berlin, 1998.

<sup>946</sup> Cfr. ainda a decisão da *Audiencia Provincial de Barcelona*, de 1-12-1999, in GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*. Para o direito belga, cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 63, com referências jurisprudenciais.



de que o mesmo tratamento é possível noutro local com melhor pessoal e meios técnicos, e por essa razão com menor risco de complicações”, só devendo valer coisa diferente “se os novos processos se impuserem largamente e oferecerem ao paciente vantagens decisivas”.<sup>947</sup> Assim, salvo no caso de o paciente expressamente perguntar, o médico não precisa de informar que há melhores condições numa outra instituição de saúde.<sup>948</sup> Esta jurisprudência tem procurado sustentar a pressão de alguma doutrina que insiste na necessidade de se prestar informações acerca de padrões de qualidade e condições de exercício da medicina. Na verdade, o paciente está juridicamente protegido pelo direito da responsabilidade contra qualquer erro médico.<sup>949</sup>

### 10. Competência ou falta de competência do médico?

Trata-se de um ponto muito delicado e em que a doutrina hesita. Entende-se que um jovem médico não tem o dever, em princípio, de comunicar a sua falta de experiência, mas deve responder honestamente a uma questão a esse respeito. Se ele aceitar a intervenção, ele deve ser assistido no caso de a intervenção ultrapassar as suas competências e prever essa eventualidade em tempo útil.<sup>950</sup>

Quanto às capacidades técnicas e habilitações profissionais dos médicos, em geral, não podemos olvidar que o exercício da medicina está regulamentado e controlado por várias instituições públicas (Universidades, Ministério da Saúde, Ordem dos Médicos), pelo que há uma *presunção de aptidão*. Se ao médico é conferido um determinado grau ou habilitação, pressupõe-se que goza da capacidade para exercer medicina em conformidade com esse grau. Por isso, muitos autores entendem que acrescentar este dever de informação poderia contribuir ainda mais para a prática de uma “*medicina receosa*.”<sup>951</sup>

### 11. Cláusula de *resultado* e Cláusula de *garantia*

---

<sup>947</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 393, nota 170.

<sup>948</sup> Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 515. Os autores dão o exemplo de um hospital municipal não ter o dever de informar que no hospital universitário há melhores condições, com melhores aparelhos e métodos mais modernos.

<sup>949</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 516. Cfr. ainda PFLÜGER, “Patientenaufklärung über Behandlungsqualität und Versorgungsstrukturen – Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt und Krankenhaus?”, *MedR* 2000, Heft 1, pp. 6-9.

<sup>950</sup> LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 63. A mesma doutrina prevalece na Alemanha; cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 516.

<sup>951</sup> Theodore LEBLANC, “Informed Consent and Disclosure in the Physician – patient Relationship: Expanding Obligations for Physicians in the United States”, *Med Law*, 14, 429 ss., apud VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 253.

Por vezes, o médico garante que vai alcançar um determinado resultado (*maxime*, no domínio da cirurgia estética). Tal cláusula afigura-se de discutível validade na relação médico-paciente já que a actividade cirúrgica é eminentemente uma obrigação de meios.

Antes porém de me pronunciar sobre esta delicada questão, procurarei dar uma breve nota sobre a já clássica distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meios.

### 11.1. Distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado

“O médico sabe-se um simples ajudante da natureza”

Hans-Georg Gadamer<sup>952</sup>

Aceita por Manuel de Andrade,<sup>953</sup> esta distinção passa sucintamente pelos seguintes traços: “Nas *obrigações de meios*, o devedor obriga-se apenas a desenvolver os esforços e a

<sup>952</sup> GADAMER, *O Mistério da Saúde*, p. 123.

<sup>953</sup> Cfr. a lição de Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, p. 410 a 415. “Trata-se uma distinção que muitas vezes se atribui a DEMOGUE, mas que, em verdade, já antes dele tinha sido formulada na doutrina alemã (BERNHÖFT e FISCHER), embora sob diferente terminologia, e daí passado para a doutrina italiana, em nenhum destes países tendo conseguido, porém, acolhimento apreciável, ao invés do que sucedeu em França. Actualmente a distinção é largamente acolhida em França e defendida também por vários autores italianos. Na doutrina alemã a distinção aludida encontra certa correspondência na classificação das obrigações em *Abgabeschulden* (dívidas de entrega) e *Beschaffungsschulden* (dívidas de obtenção). À mesma distinção, com pouca diferença, tem chegado também a doutrina inglesa.”

“Toda a relação obrigacional – acrescenta o insigne civilista – está colimada à satisfação de um interesse do credor, e muitas vezes acontece que o vínculo obrigatório se dirige justamente à realização de tal interesse. Mas não raro sucede também que o direito de crédito não visa propriamente a satisfação desse interesse, mas apenas a produção de uma actividade a que está condicionada a possibilidade de tal satisfação. Neste caso, a obrigação não vai dirigida, como no primeiro, à satisfação do interesse que em último termo o credor se propõe alcançar – *interesse final* ou *primário* –, mas antes se circunscreve a um *interesse instrumental*, de 2º grau, que visa imediatamente tão-só uma actividade debitória tendente a promover a realização do interesse primário. Não se pretende com o vínculo obrigatório, em tal hipótese – nem nesse sentido está a respectiva tutela jurídica –, que o interesse final do credor resulte satisfeito, mas somente que o devedor desenvolva para esse fim uma dada *diligência* (*lato sensu*, de acordo com a teoria que concebe a culpa como “erro da conduta”), um certo esforço ou conduta, que “não é senão um *meio* na série teleológica que constitui o conteúdo do interesse primário do credor” (MENGONI). Num caso, pois, o devedor como que prometeu ao credor um certo *resultado*; no outro, apenas empregar os devidos *meios* para o conseguir. Estaremos ali em face de uma obrigação de resultado, aqui de uma obrigação de meios.

No primeiro caso estariam principalmente, e em geral, as obrigações de prestação de coisas. Nestas, por isso, e como já se disse, o devedor só fica liberto quando a prestação se tenha tornado objectivamente impossível, *maxime* por ter perecido a coisa ou ter desaparecido (embora exista) sem se saber o seu paradeiro e sem que para isso tenha concorrido culpa do devedor. [...].

Ao segundo tipo (obrigações de meios) pertenceriam, por via de regra, as obrigações de prestação de facto positivo. Assim – e é um exemplo clássico – a obrigação contratual do médico. Embora o doente busque naturalmente, ao recorrer ao médico, a sua cura, a sua saúde perdida – ou que ele lhe evite um estado de doença –, o médico não se obriga à produção de tal resultado, mas apenas a empregar uma certa diligência para tentar curar o doente ou evitar-lhe o mal que ele receia; somente se vincula – por outras palavras – a prestar-lhe assistência, mediante uma série de cuidados ou tratamentos aptos a curar. Só a isso se obriga, só por isso responde. Se o médico tratou como devia o enfermo, sem ter, no entanto, conseguido evitar-lhe a morte, não responde pelo *eventus mortalitatis*, justamente porque cumpriu a sua obrigação, podendo assim, onde seja o caso de uma relação sinalagmática, exigir ou reter a respectiva contraprestação.

Da mesma forma, p. ex.; quanto à obrigação do mandatário (designadamente do mandatário judicial, *maxime* do advogado) ou do depositário. Também aqui o devedor só se obriga a empregar um certo grau de diligência para gerir os negócios do mandante ou para custodiar a coisa do depositante.

diligência normais, em ordem a satisfazer o interesse fundamental do credor: constitui exemplo típico a obrigação contratual do médico, visto que este não se obriga a curar o doente, mas apenas a tratá-lo convenientemente, a fim de tentar obter a sua cura; o mesmo vale, *mutatis mutandis*, a respeito da obrigação do advogado, no que concerne ao êxito da causa que patrocina.”<sup>954</sup>

No caso das obrigações de resultado, o devedor obriga-se a proporcionar ao credor determinado resultado ou efeito útil, como sucede quando o primeiro se obriga a entregar certa coisa (uma quantia em dinheiro, *v.g.*), ou o vendedor a transferir o domínio ou posse da coisa. Estas obrigações são, regra geral, obrigações de prestação de coisa ou obrigações de *non facere*.<sup>955</sup>

Explicada a distinção, o que nos parece menos esclarecido é o exacto alcance que esta assume em matéria de ónus da prova. Na verdade, já se tem pretendido que o *onus da prova da culpa* recaia sempre sobre o lesado (credor), visto que o médico tem uma mera obrigação de meios.<sup>956</sup>

Com Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, penso que a natureza da obrigação “há-de influenciar a repartição do ónus da prova; só por absurdo se pode admitir que o doente, para obter uma indemnização, além dos outros pressupostos gerais, tenha apenas de provar a não obtenção de um resultado, isto é, de forma típica, a não recuperação da saúde.”<sup>957</sup>

Todavia, a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de *provar o incumprimento* das obrigações do médico, isto é, tem de provar objectivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis.<sup>958</sup> “Isto é

Nos casos precedentes – e nos que lhe sejam análogos – o devedor só está, pois, obrigado a certa diligência. Se desenvolveu a diligência ou conduta devida, sem lograr, no entanto, atingir o resultado (final) pretendido pelo credor, cumpriu, não obstante, a sua obrigação. Se aquele esforço ou conduta lhe é impossível, seja objectiva a impossibilidade da prestação, seja apenas subjectiva, deve ter-se então por liberado. Diversamente, em se tratando de uma obrigação de resultado, só o exonera a impossibilidade objectiva – e porventura nem essa, se por ela mesma o devedor se responsabilizou.

Tal a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, feita nos termos que julgamos preferíveis. E *parece-nos ser ela realmente de admitir*, mas saber se uma obrigação pertence a um ou outro tipo depende das circunstâncias da espécie, que sempre devem ser cuidadosamente ponderadas.”

<sup>954</sup> PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 266.

<sup>955</sup> PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 266.

<sup>956</sup> Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 13; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, pp.133-134, Coimbra, 1995, reimpressão, e ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida...*, p. 225.

<sup>957</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31. Cfr. ainda VAZ SERRA, “Culpa do devedor”, *BMJ*, 68, 1957, pp. 82 ss.

<sup>958</sup> Como afirma António GASPAR, “A responsabilidade civil do médico”, *CJ*, 1978, I, pp. 344-345: “Com efeito, revestindo o não-cumprimento da obrigação do médico essencialmente a forma de *defeituoso cumprimento*, antes de mais, para que se configure o não-cumprimento é necessário que se prove o defeito do cumprimento. E a prova deste defeito tem de estar a cargo do doente (credor). Na verdade, o art. 799º, n.º 1 do CC apenas diz que o defeituoso cumprimento se presume proceder de culpa do médico (devedor); *mas pressuposto desta presunção é o próprio defeito do cumprimento que tem, naturalmente, de ser provado por quem o invoca – o doente-credor.*”

quicá o mais difícil de conseguir. Mas, em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às *leis da arte e da ciência médica*, ou ter de provar que *aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente*. A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de o fazer. Parece pois justo *impor-lhe esse ónus*.<sup>959</sup>

Acompanhando Antunes Varela, friso este ponto: “Se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não soube actualizar-se; se o advogado perdeu a acção, porque negligentemente perdeu um prazo ou deixou extraviar documentos, é evidente que há não cumprimento das obrigações assumidas, porque estas se encontram sujeitas, como todas as demais, ao *dever geral de diligência* (art. 762º, n.º2).”<sup>960</sup> A prova deste incumprimento (falta de assiduidade do médico, falta de conhecimento das *leges artis*) recai sobre o paciente, mas a *culpa* – o *juízo de censura* que se faz àquele concreto agente por não agir com “a diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” (art. 487º, n.º 2 *ex vi* art. 799º, n.º 2) – *é presumida pela lei* (art. 799º, n.º 1 CC).<sup>961</sup>

Em suma, o *ónus da prova da culpa incide, também nas obrigações de meios, sobre o devedor inadimplente*. A prova do incumprimento do contrato, por sua vez, é que se afigura mais difícil: não basta, pois, ao lesado provar que não ficou em melhor estado de saúde ou que, porventura esse estado se agravou, ou mesmo que veio a falecer; terá de provar que o médico não cumpriu os seus deveres de actuação técnica, não respeitou as *leges artis*.<sup>962 963</sup>

<sup>959</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31.

<sup>960</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, p. 88.

<sup>961</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, p. 88.

<sup>962</sup> É certo que no sistema, de raiz napoleónica, da “faute” não se faz a distinção (tão clara) entre o *incumprimento do dever* e a *culpa* do agente. Mas, na transposição dos conceitos para o direito português devemos ter cautelas e não ultrapassar as nossas categorias dogmáticas e sobretudo os comandos da nossa lei. É natural que os autores que trabalham sob o manto do *Code Napoléon* afirmem que “le créancier d’une obligation de moyens devra établir que le débiteur a commis une *faute* ou n’a *pas tout mis en oeuvre* pour exécuter son engagement” (v.g., LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 105), ou, como escreve MALICIER et al., *ob. cit.*, p. 29, ao distinguir responsabilidade contratual de responsabilidade delitual: “Ainsi, en l’un et l’autre cas, il incombe au demandeur, c’est-à-dire au malade, d’apporter la preuve de la *faute médicale*”.

Todavia, não podemos traduzir para o direito português como estando o credor-paciente obrigado a provar a culpa. *Faute*, neste sentido não é traduzível para a nossa categoria dogmática da *culpa*. Sobre isto, vide, SINDE MONTEIRO, *Relatório para uma disciplina de mestrado...*, 2001.

Na doutrina portuguesa, CARNEIRO DA FRADA, *Uma Terceira Via...*, p. 29, defende que “a inversão do ónus da prova da culpa na responsabilidade obrigacional não atinge apenas a questão da *cusurabilidade da conduta* do devedor como pressuposto da pretensão indemnizatória”, (...) mas também a “*existência de um comportamento faltoso do devedor e a causalidade entre esse comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso na prestação* verificados. Provada a falta ou a deficiência da prestação realizada, a lei presume que elas repousam numa atitude ilícita, faltosa do devedor, excimindo essa medida o credor da prova do comportamento concreto que deu origem a esse incumprimento ou a essa deficiência na prestação realizada.”

Cfr. sobre esta matéria que é objecto, actualmente, de viva reelaboração por parte da doutrina italiana, Luca NIVARRA, “La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai) il punto sulla giurisprudenza, *Europa e diritto privato*, 2, 2000, p. 519, com indicação da jurisprudência. Como disse, na Itália, esta distinção tem sido bastante discutida. Porém, a jurisprudência tem lançado mão desta categoria, distinguindo entre as *intervensões de fácil execução* e as *intervensões de difícil execução*, para consagrar um diverso

Pinto Monteiro sintetiza a relevância prática desta distinção: “nas obrigações de meios, tanto a impossibilidade objectiva, como a impossibilidade subjectiva não imputáveis liberam o devedor: nas obrigações de resultado, só a impossibilidade objectiva não imputável o exonera.”<sup>964</sup>

Por seu turno, Ferreira de Almeida discorda desta categoria, considerando-a dispicienda no direito pátrio. O Autor considera ainda que será difícil de conciliar o conceito de obrigação de meios com a qualificação de contrato de prestação de serviço, uma vez que este se tipifica pela “obrigação de proporcionar certo resultado” (art. 1154º). Assim, a prestação principal do médico dirige-se a *tratar* e não a *curar*, isto é, *o resultado do seu serviço consiste no tratamento* e não na cura. Nos casos em que o médico se comprometa para além da obrigação de tratamento (por exemplo, em certas operações estéticas), o objecto do contrato, e portanto da prestação devida pelo médico, é uma predeterminada e acordada modificação do corpo humano, equiparável a uma obra.<sup>965</sup>

Penso, porém, que o labor doutrinal de Demogue<sup>966</sup> e seus sequazes não é desprovido de sentido no direito médico português<sup>967</sup>. Se é verdade que a dogmática deve evitar a prolixidade conceptual, não é a isso o que aqui se assiste.

regime probatório. Assim, no primeiro caso, provada pelo paciente a não difícil execução da intervenção requerida, compete ao profissional o ónus de demonstrar que o insucesso da operação não é devido à sua própria negligência ou imperícia; enquanto que no segundo caso, uma vez provado pelo profissional que a intervenção implica problemas técnicos de particular dificuldade, é o paciente que deve demonstrar que as técnicas utilizadas não eram idóneas à execução da intervenção ou dos cuidados pós-operatórios.

<sup>963</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cívicos..”, *cit.*, p. 110, afirma: “a pretensa qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios não pode alterar esta repartição do ónus da prova.

Inclusivamente no direito espanhol, de raiz napoleónica, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Cívica Médica (Hechos y Derecho)*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 57 e ss. O Autor conclui pela *invariabilidade* das regras de distribuição do ónus probatório quer se qualifique a obrigação de meios ou de resultado.

<sup>964</sup> PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 266.

<sup>965</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cívicos..”, *cit.*, pp. 111-112. Defendendo o abandono desta categoria, na doutrina brasileira, *vide* Miguel KFOURI NETO, *Culpa Médica e ónus da Prova*, 2002, p. 237. TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Cívica Médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, p. 126, por seu turno, qualifica essa obrigação como uma *obrigação de risco ou de resultado aleatório*.

<sup>966</sup> DEMOGUE, *Traité des Obligations*, tomo V, Paris, 1925, n° 1237, e tomo IV, Paris, 1931, n° 599. H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3ª ed., Tomo 1, n° 103-2º, distinguem entre as obrigações determinadas (v.g., obter certo resultado; não causar dano a outrem com as coisas de que se é depositário) e as obrigações gerais de prudência e diligência (desenvolver esforços para alcançar um certo resultado; conduzir-se como um homem prudente e diligente).

<sup>967</sup> De resto é este o entendimento dominante nos países latinos. Cfr. na doutrina francesa: MAZEAUD/ TUNC, PENNEAU, SAVATIER, AUBY/ PEQUINOT, POMMEROL, BONVICINI, MANUEL GITRAMA GONZÁLEZ e CARBONNIER; na jurisprudência esta distinção é aceite na França (país onde o próprio Código de Deontologia médica acolhe, no art. 32, esta distinção), Itália, Bélgica, Inglaterra, Espanha, segundo a informação de FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, pp. 37 e ss.. Também o projecto de Directiva CEE de 24 de Outubro de 1990 sobre a responsabilidade do prestador de serviços confirma que “as obrigações do médico continuam em geral como obrigações de meios e não de resultado. Não se pode legitimamente esperar curar em todos os casos, a não ter nenhum efeito secundário, a não correr certos riscos aquando de uma operação”. Nas palavras da Decisão, de 7-2-1990, do

Pelo contrário, esta distinção é útil e operante. Permite, por um lado, realçar que o objecto da prestação médica não é a cura, não é um resultado certo, mas sim o de ser diligente, cuidadoso e respeitador das *leges artis* em ordem a alcançar o *tratamento* do paciente. Em segundo lugar, permite discernir, no âmbito da própria actividade médica, actividades ou intervenções para as quais se exige um resultado certo (próteses, análises clínicas, exames oftalmológicos, etc.) de outras, em que a álea das condições pessoais do doente, da interacção medicamentosa, entre outros factores, não podem fazer recair sobre o médico, sem mais, a responsabilidade de um resultado negativo.

### 11.2. Alcance prático da distinção em função da actividade médica exercida

Não é muito avisado tentar definir *a priori* e em abstracto quais são as obrigações de meios e quais as de resultado.

Em primeiro lugar, devemos atender à *vontade das partes* — que gozam do poder conformador dos contratos (art. 405º CC) — para apurar se estas pretenderam determinar o carácter das obrigações assumidas. Mas, regra geral, teremos de fazer apelo a critérios suplementares, desde logo, o *carácter aleatório* da intervenção. Se o resultado esperado é aleatório ou incerto, a obrigação será normalmente de meios; se a realização aparece quase segura, recorrendo a uma utilização normal dos meios disponíveis, ela poderá ser de resultado.<sup>968</sup>

A doutrina discute se certas intervenções médicas configuram verdadeiras obrigações de resultado. Seguindo Vansweevelt<sup>969</sup> podemos distinguir entre (1) obrigações de resultado resultantes da lei, (2) obrigações de resultado derivadas da vontade das partes e (3) obrigações intrinsecamente de resultado.

Quanto às primeiras, casos há em que uma *regra legal* impõe a adopção de um comportamento preciso, sem dar liberdade de apreciação ao médico. Exemplos disso serão: a obrigação de respeitar o segredo profissional; a obrigação de socorrer uma pessoa em perigo; a obrigação para o hospital de ter à sua disposição pessoal (anestésistas, enfermeiras) e material (reservas de sangue, ampolas de adrenalina, medicamentos, etc.) suficientes.

No caso de *obrigações de resultado resultantes da vontade das partes*, devemos questionar se tal cláusula será válida. Entre nós, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro defendem que o

---

Tribunal Supremo: “...el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica”.

<sup>968</sup> Cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>969</sup> VANSWEEVELT, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l'Hôpital*, nº 94-116.

médico pode prometer um *resultado*.<sup>970</sup> Este tipo de obrigações de resultado pode abranger, por um lado, os *meios* a utilizar<sup>971</sup>, e, por outro, o próprio *resultado final do tratamento*.<sup>972 973</sup>

Em terceiro lugar, a doutrina francófona identifica as *obrigações intrinsecamente de resultado*, quando este *não apresenta qualquer carácter aleatório*. A jurisprudência tem identificado, neste campo, situações tais como: (1) tratar erroneamente o paciente saudável ou o órgão são (operação ao apêndice em vez de ablação de um tumor, amputação da perna errada)<sup>974</sup>; (2) a realização de exames ou intervenções simples: *v.g.*, análises de sangue, exames de urina, transfusões sanguíneas, radiografias, apendicectomia, circuncisão, extracção dentária, etc., tudo dependendo das dificuldades e complexidade relativa de cada hipótese específica; (3) utilização de material em bom estado;<sup>975</sup> (4) No caso de fabrico de prótese dentária (que resulta de um acto técnico sem qualquer álea) não deve haver

<sup>970</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31.

<sup>971</sup> Praticar uma raqui-anestesia num paciente vítima de meningite, quando era expressamente conveniente utilizar apenas clorofórmio; deixar um parto decorrer naturalmente quando o médico tinha prometido realizar uma cesariana; praticar uma histeropexia no decurso de uma interrupção da gravidez quando a paciente tinha expressamente proibido isso. Nestes casos, o paciente pode alegar a inexecução da promessa assumida, cabendo ao médico defender-se invocando, nomeadamente, o estado de necessidade.

<sup>972</sup> Pense-se, por exemplo, no caso de uma promessa de uma esterilização definitiva aquando de uma vasectomia; garantir um tratamento completamente seguro, sem sequelas visíveis, nomeadamente em cirurgia estética ou reparadora, mostrando fotografias de casos bem sucedidos sem relativizar esses resultados positivos; ou o caso de o médico prometer executar um acto médico num momento determinado ou prometer executar pessoalmente tal acto (por exemplo: parto). Considere-se ainda a hipótese de o médico prometer um resultado determinado (*v.g.*, cirurgia estética – a maior parte das vezes há um resultado geométrico previsto – com “croquis”) ou de um centro de transfusão sanguínea, se afirma que a colheita não acarreta qualquer risco. Cfr. esta e outra jurisprudência em LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>973</sup> Em Itália, a jurisprudência segue a mesma doutrina: *Corte di Cassazione*, em 10 de Setembro 1999, decidiu: “... In sede di informazione al cliente in ordin all'intervento da eseguire, há dato per certo il raggiungimento di un obiettivo, non avvertendo il paziente dell'esistenza di margini di insuccesso. (intervento di incollaggio della tube); Corte Cassazione, 16 de Fevereiro de 2001: “il medico è responsabile nei confronti del cliente per il mancato raggiungimento del risultato solo se há garantido il predetto risultato al paziente...”

<sup>974</sup> Aproximando-se assim da doutrina norte-americana do *res ipsa loquitur* (sobre esta vigura *vide* Peter de CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, p. 325).

<sup>975</sup> Assim surgiu a doutrina da *obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels* (*Cour de Cassation*, de 9 de Novembro de 1999). Esta doutrina da *obligation de sécurité* significa que o hospital tem o dever de manter o doente até ao fim da sua estadia são e salvo de todo o dano diferente daqueles que possam resultar da álea própria à intervenção (quedas, infecções). O *Tribunal de Apelação Administrativo de Paris* (15-1-1999) condenou o hospital no dever de reparação dos danos sem relação com o estado anterior do paciente nem com a evolução previsível desse estado. Já antes a *Cour Cassation* (21-5-1996) presumira a responsabilidade de uma clínica no caso de uma *infecção nosocomial* que vitimou um paciente após uma intervenção, salvo se o estabelecimento demonstrar que não houve culpa da sua parte, isto, provar a assepsia dos locais e a esterilização dos instrumentos – cfr. MALICIER/MIRAS/ FEUGLET/ FAIVRE, *ob. cit.*, p. 28.

Em sentido semelhante, entre nós, o *Acórdão da Relação de Lisboa*, de 9 de Maio de 2002, [in *CJ*, III, 2002, 69] condenou a entidade hospitalar pelos “danos decorrentes da queda duma utente dos serviços na casa de banho (do hospital), aberta ao público, em condições de perigosidade para a integridade física dos utilizadores, por ter o piso molhado.” Afirma o tribunal que: “existia por parte do hospital o dever genérico de conservar as instalações – e sobretudo as abertas ao público – em estado de não oferecerem perigosidade para os utentes. (...) O tribunal não tinha de provar a culpa de um funcionário ou serviço específico do Réu... apenas era necessário provar que a instalação se encontrava em estado de perigosidade para a integridade física dos utentes e que o titular do respectivo dever de remover tal perigosidade não o fez. Esse titular é o hospital.”

qualquer vício; o mesmo se passa com “pace-maker”. Já a *concepção* e a *colocação* destes aparelhos são típicas obrigações de meios.<sup>976</sup>

Apesar deste esforço doutrinal, ainda não é possível discernir de forma exacta certas intervenções clínicas. Assim, a natureza da obrigação *esterilização* é um dos pontos de controvérsia. Grande parte da doutrina e da jurisprudência entendem que a prática da vasectomia consiste numa *obrigação de resultado*<sup>977</sup>. Outros entendem que se trata de uma obrigação de meios.

Em matéria de *cirurgia plástica estética* há grandes divergências na doutrina. A mais antiga entende que se deve fazer uma distinção entre a *cirurgia puramente estética* e a *cirurgia reparadora*. Outros entendem que não se deve considerar que a intervenção puramente estética seja em si uma obrigação de resultado<sup>978</sup>. É que estas intervenções têm um carácter aleatório como quaisquer outras, sendo, aliás, por vezes, de enormíssima complexidade técnica e com enormes riscos. Apenas se pode tornar em razão do modo como a operação foi apresentada, das *informações* que o médico forneceu ao doente. Ou seja, uma intervenção pode ver transformada a sua natureza jurídica, de obrigação de meios em obrigação de resultado, por força do modo como foi prestado o *esclarecimento* sobre os seus fins. Assim, com Martínez-Pereda Rodríguez afirmo que o acento não se deve colocar tanto na distinção entre obrigações de meios e de resultado, “ni tampoco de demonizar la cirugía estética, sino *insistir en el deber de información*.”<sup>979</sup> <sup>980</sup> Sugestivamente, Galán Cortés entende que a obrigação do cirurgião estético deve ser qualificada como uma *obrigação de meios “acentuada”*, salvo se tiver prometido um “resultado”, pois a sua condição não pode ser pior que a de qualquer outro tipo de cirurgião. “Efectivamente, nesta cirurgia também intervém o ‘azar’ ou o elemento aleatório, conatural a toda a actuação cirúrgica, dada a incidência, na sua evolução posterior, de múltiplos e variados factores endógenos e exógenos que podem prejudicar o fim ou resultado perseguido. E é precisamente essa *especial e rigorosa obrigação de*

---

<sup>976</sup> Cfr., entre outros, MALICIER *et al.*, *La responsabilité médicale*, p.28.

<sup>977</sup> Cfr., por ex., Tribunal Civil d’Anvers, de 17-1-1980, *apud* LELEU/GENICOT, p. 107. Decidiu a *Sentencia de la sala Primera del Tribunal Supremo*, de-6-1999: “Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos entre otros, de cirugía estética, *vasectomía* y odontología”.

<sup>978</sup> VANSWEEVELT, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l’Hôpital*, n.º 110-111 e LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 110-111.

<sup>979</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, p. 346 e ss.

<sup>980</sup> Outras *matérias de debate* são a interrupção voluntária da gravidez, os exames laboratoriais que exigem uma interpretação delicada, a ginecologia, a medicina dentária, a actividade laboratorial (análises clínicas e transfusões sanguíneas), a actividade de ministração medicamentosa e sorológica, etc..



*informar o cliente*, a que faz que considere como “acentuada” a sua genérica obrigação de meios.”<sup>981</sup>

### 11.3. A cláusula de garantia

Nas obrigações de garantia – ensina Pinto Monteiro – “nem a impossibilidade objectiva exonerará o devedor, uma vez que este assumiu o risco da não verificação do resultado ou efeito pretendido, pelo que ficam a seu cargo as circunstâncias fortuitas ou de força maior que tornem impossível o cumprimento da prestação. Assim, ainda que não haja culpa do devedor, mesmo que o cumprimento se tenha tornado impossível por força de circunstâncias exteriores, impossíveis de prevenir e/ ou de suportar, o credor tem a garantia de que o devedor responderá pela não obtenção do resultado prometido.”<sup>982</sup>

A favor da validade da estipulação de uma cláusula contratual de garantia, no âmbito do contrato médico, pode-se argumentar com o princípio da liberdade contratual (art. 405º CC), expressão do princípio da autonomia privada.

Mas essa liberdade não é ilimitada. Desde logo, há limites imperativos, de que se destaca o *venire contra factum proprium*, no quadro do abuso de direito (art. 334º).<sup>983</sup> Ora, também aqui assume relevo o ‘dever’ de *colaborar com os profissionais de saúde*, respeitando as prescrições que lhe são indicadas e por si livremente aceites, visto que se o paciente não cumpre as prescrições, ou tem comportamentos que impedem a boa prestação da obrigação do médico, não poderá invocar a cláusula de garantia. Na verdade, “o sentido da cláusula ou convenção de garantia é de deslocar para a esfera do devedor quaisquer circunstância fortuitas ou de força maior que impossibilitem o cumprimento, ou seja, repete-se, de o fazer responder independentemente de culpa sua. Ficam de fora, portanto, *circunstâncias impeditivas imputáveis ao credor*,”<sup>984</sup> ou seja, o paciente não pode accionar a cláusula de garantia se foi por culpa sua (*v.g.*, não cumpriu os tratamentos) que o resultado pretendido se não verificou.

Por outro lado, pode-se questionar se este tipo de cláusulas é compatível com o tipo de certos actos médicos, que se afiguram *aleatórios por natureza* e com o *princípio da independência* do médicos. Permitir que o médico se coloque numa situação de total subordinação à vontade do paciente ou que oriente a sua acção no sentido de alcançar um

---

<sup>981</sup> GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 268.

<sup>982</sup> PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 266-267.

<sup>983</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 267. *Vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, pp. 241 e ss., onde analisa o instituto do abuso de direito e discerne as diversas facetas que este pode assumir.

<sup>984</sup> PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 267.

determinado resultado prometido pode afigurar-se contrário à *ordem pública* (art. 280º, n.º2). Assim, nos casos mais extremos, admito que determinada cláusula de garantia possa ser considerada *nula*.

## 12. O custo do tratamento

De forma um pouco surpreendente – nas palavras de Clément<sup>985</sup> – o legislador francês introduziu a obrigação de prestar informação relativa a aspectos financeiros.<sup>986</sup> Este pequeno pormenor vem frisar a dimensão consumerista do direito da saúde. Hipócrates arrepiar-se-ia com tamanha afronta.<sup>987</sup>

No direito alemão este dever está já relativamente consolidado, especialmente quando estão em causa intervenções cosméticas que podem não ser cobertas pelas *Krankenkasse*.<sup>988</sup>

Porém, este aspecto pragmático do tratamento médico é evidentemente susceptível de influenciar a decisão do paciente. E assume especial relevância em Portugal, dado que é o país da OCDE onde as famílias fazem maior esforço financeiro na globalidade dos custos de saúde.<sup>989</sup>

<sup>985</sup> CLÉMENT, *Droits des malades*, 2002, p. 20.

<sup>986</sup> Art. L. 1111-3 – «Toute personne a droit, à sa demande, à une information, délivrée par les établissements et services de santé publics et privés, sur les *frais* auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge. Les professionnels de santé d'exercice libéral doivent, avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son *coût* et des conditions de son remboursement par les régimes obligatoires d'assurance maladie.»

<sup>987</sup> Lembremos a bela pintura de Anne Louis Girodt-Trioson (1767-1824), *Hippocrate refusant les présents d'Artaxerxès*.

<sup>988</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 526.

<sup>989</sup> SIMÕES/ LOURENÇO, “As Políticas Públicas de Saúde em Portugal nos últimos 25 anos”, in BARROS/ SIMÕES (Orgs.), *Livro de Homenagem a Augusto Mantas*, Lisboa, ENSP, 1999, p.126, apresentam um quadro (da responsabilidade da OCDE, 1998) em que mostram que os Gastos Privados em Saúde são em média, na OCDE, de 1,87%, sendo em Portugal de 3,4% do PIB! VASCO REIS, “O Sistema de Saúde Português: donde vimos para onde vamos”, in BARROS/ SIMÕES (Orgs.), *Livro de Homenagem a Augusto Mantas*, 1999, p. 278 e ss. explica que “enquanto se registava uma importante subida dos rendimentos dos portugueses e apesar da gratuitidade que, legalmente e em termos tendenciais mas de facto sem mutações relativamente à última década, imperava (excepto no domínio dos medicamentos e das suas participações), se verificava também uma ainda mais acentuada subida das despesas das famílias em saúde, que mais do que duplicaram em cinco anos no âmbito das suas despesas totais. Movimento que, aliás, conheceu particular incremento na área do medicamento, aquela em que a gratuitidade já não existia há longos anos, graças às participações existentes e periodicamente aumentadas.” Em 1996 as despesas totais de saúde representam 8,2% do PIB, destas 40,24% são despesas privadas e 59,76% são despesas públicas. “Os dados disponíveis evidenciam que o pagamento pelos cidadãos é relevante, cerca de 40% da despesa total em saúde, e é fonte de inequidade, representando um esforço maior para as famílias de menores recursos, cujas alternativas são lesivas das suas justificadas esperanças de atenção e de cuidados de saúde.” – afirma Jorge TORRAL, “Caminhos para uma reforma do Serviço Nacional de Saúde”, in Presidência da República, *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, p. 130. No mesmo sentido, - CORREIA DE CAMPOS, *Yellow light at the crossroads: wait for green or cross the yellow – uncertainties about the future of the Portuguese NHS*, 1996, p. 2 e 6, “A proportion between 38 and 44% of health care has been paid by out-of-pocket spending, as well as other provision outside hospitals: 27% of all medical consultations, 77% of dental care, 44% of X rays examinations, 66% of Lab tests, 79% of physiotherapy treatments, 82% of dialysis treatments were

### 13. Dever de comunicar novos riscos identificados posteriormente à execução de exames de diagnóstico, tratamentos ou acções de prevenção

Trata-se de uma novidade da lei francesa de 4 de Março.<sup>990</sup> Com esta obrigação (*pós-contratual*) a lei demonstra que o processo do consentimento informado não é mero um acto ou formalismo para justificar a intervenção corporal. É um verdadeiro processo, que acompanha todo o tratamento e se estende para além dele. A função comunicacional, informativa do médico é elevada à sua mais alta expressão: não apenas uma exigência, um anexo ao cumprimento das regras da arte, mas uma função primária e autónoma.

No direito português da saúde, note-se, contudo, que já a al. h) do n.º 1, do art. 20º do Estatuto Hospitalar (Decreto n.º 48357 de 27 de Abril de 1968) prescrevia: “a assistência hospitalar não termina, necessariamente, com a alta dos doentes. Os serviços hospitalares devem procurar, tanto quanto possível, manter com eles contacto até que voltem à vida activa e, mesmo depois disso, para efectuar as revisões ou questionários indispensáveis ao conhecimento da evolução do processo clínico.”

Por outro lado, a doutrina portuguesa conhece de há muito a existência de deveres laterais de prestação resultantes da boa-fé, mesmo após o termo do contrato (*responsabilidade pós-contratual*).<sup>991</sup> Trata-se, neste contexto, de aplicar esta doutrina ao contrato médico, afigurando-se tal solução absolutamente justificada, nos termos do art. 239º CC e por *analogia* do referido artigo do Estatuto Hospitalar. Explicitando melhor: o comando da norma deve-se aplicar não apenas ao caso de alta hospitalar, mas a todo o tipo de relações clínicas, independentemente da estrutura (pública ou privada) que tenha por base.

### 14. Dever de comunicar os erros médicos praticados

Segundo alguma doutrina, o médico tem um dever lateral, derivado do contrato médico, de informar o doente acerca dos erros na execução da intervenção ou do tratamento. Esta opinião, contudo, está em contradição com o princípio geral de direito segundo o qual ninguém está obrigado a autoincriminar-se, quer no plano civil, quer penal.

---

performed by private providers and mostly paid by the NHS, in the late 1980's; on the other side, 73% of inpatient care and 88% of child deliveries are provided by NHS hospitals.”

<sup>990</sup> L. 1111-2- “(...) Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.”

<sup>991</sup> Cfr. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, pp. 355-356, Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, pp. 63-64, e MENEZES CORDEIRO, *Da Pós-Eficácia das Obrigações*, Separata dos Estudos em honra do Prof. Doutor Cavaleiro e Ferreira, Lisboa, 1984, pp. 18 e ss.

Todavia, este princípio geral deve aqui sofrer uma excepção. Na verdade, como bem explicam Laufs e Uhlenbruck, a relação médico-paciente é de natureza muito especial, imbuída de uma forte relação de confiança, bem como comandada pelo princípio de ‘*primum nil nocere*’, para além do facto de o médico estar numa *posição de garante* e de ter o dever de diminuição ou de evitar a produção de danos face ao paciente. Tudo isto conduz ao dever de informar o paciente dos erros médicos e, assim, evitar o agravamento dos danos à saúde.

Afirmado o dever, urge retirar a consequência. E esta será a de responsabilizar o médico, não só pelos danos iniciais, mas pelo próprio agravamento dos danos resultantes da omissão da informação devida.

Quanto aos *erros de outros colegas*, entende-se que há um dever de informar, quando se possa evitar o desenvolvimento de danos à saúde através de uma nova intervenção. Este dever não está em contradição com o dever deontológico de respeito pelos outros colegas (*Gebot der Kollegialität*). O bem do paciente prevalece. Por seu turno, a simples suspeita não fundamenta um dever de informar.<sup>992</sup>

### § 39. Critérios valorativos da informação facilitada

Analisei no parágrafo anterior o conteúdo do dever de esclarecimento. A cada passo fui-me defrontando com as dúvidas, os avanços e recuos da doutrina e da jurisprudência, tendo de optar por um sentido, aqui mais autonomista, ali algo mais paternalista, mas sempre com a preocupação de encontrar um equilíbrio sereno e ponderado entre os vários bens jurídicos, interesses e valores que nesta sede interagem e se dinamizam. Sem dúvida que não avancei soluções abstractas, porque precisamente o direito (e aqui de modo muito vincado) só se realiza em concreto. O que esta doutrina oferece são critérios de racionalidade, parâmetros de reflexão problematizante analógica, tópicos argumentativos, ou mesmo, de algum modo, “*séries*” de casos (Schapp, Bronze), que poderão orientar o juízo decisório e permitir a sua sindicância.

Devemos agora perguntar sobre o modo de encarar a informação em função do declaratório. Isto é, não se questiona agora directamente o objecto da informação de modo *estrutural-abstracto*, mas sim a informação numa perspectiva da relação entre a informação e o seu receptor, ou seja, uma valoração *concreto-dinâmica* da mensagem emitida.

Assim, a mensagem, a declaração, será adequada ou suficiente, consoante as três teses em confronto: ou aceitando a perspectiva de um *médico razoável* sobre a informação

---

<sup>992</sup> Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 525.

suficiente para o doente fazer a sua opção e prestar o seu consentimento, ou, numa segunda tese, entender que o dever de informar só está cumprido, se a informação é a bastante ou a devida para um *paciente razoável ou abstracto*, ou, finalmente, exigir que a relação comunicacional que se estabelece ou se encontra verdadeiramente realizada e cumprida caso o médico adeque o seu discurso, as informações e o esclarecimento ao *concreto paciente* que se lhe apresenta na consulta.

### 1. Critério do médico razoável

O critério do “médico razoável” ou “critério da prática profissional” ou da “comunidade científica” considera que a informação é suficiente quando um outro *médico razoável* teria dado essa mesma informação, ou quando esse *quantum* de informação fosse aceitável dentro da *classe médica*.<sup>993</sup>

Tradicionalmente, na Inglaterra, tem sido este o critério dominante.<sup>994</sup> Assim, na sequência da decisão *Sidaway*, da House of Lords, vigora na Inglaterra o modelo do *Bolam-test*,<sup>995</sup> ou o “*prudent doctor standard*”, isto é: “*The standard of information disclosure must relate to the doctor’s legal duty, the duty of care in negligence*”. Assim, a informação prestada cumpre as exigências legais desde que seja uma *opinião médica razoável*, isto é, que um outro médico

---

<sup>993</sup> Nos EUA, este critério foi seguido no caso *Natson versus Kline* (Kansas, 1960). O juiz estabeleceu que “o médico está obrigado a proporcionar uma razoável explicação ao paciente, acerca da natureza e consequências prováveis do tratamento de radiações de cobalto que lhe havia recomendado, após uma mastectomia radical, e também estava obrigado a proporcionar-lhe uma informação razoável acerca dos perigos que, segundo o seu conhecimento, podiam previsivelmente suceder no tratamento que recomendou”. O consentimento foi invalidado neste caso, porque a paciente não tinha sido informada dos riscos colaterais que qualquer “*médico razoável*” teria revelado. Cfr. GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 7. O “*professional standard of disclosure*” consiste em o médico dever revelar o montante de informação que um membro razoável da sua profissão revelaria em semelhante situação. Na explicação de BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, pp. 81-82, “The professional standard holds that a professional community’s customary practices determine adequate disclosure. That is, professional custom establishes the amount and kinds of information to be disclosed. Disclosure, like treatment, is a task that belongs to physicians because of their professional expertise and commitment to the patient’s welfare. As a result, only expert testimony from members of this profession could count as evidence that a physician has violated a patient’s right to information.”

<sup>994</sup> Cfr. MASON & McCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 280.

<sup>995</sup> Em 1957 foi decidido o caso *Bolam versus Friern Hospital Management Committee*. O Sr. Bolam, doente de psicose maniaco-depressiva foi submetido a um tratamento electroconvulsivo, sem que previamente o tenham informado dos riscos inerentes a uma convulsão generalizada, nem que tal estado poderia minimizar-se mediante o emprego de fármacos miorreaxantes. Após a terapia electroconvulsiva, o paciente sofreu de uma fractura pélvica. O tribunal considerou que “*quando um médico trata um doente mental e considera que só pode curar-se submetendo-se a electroconvulsoterapia, não pode ser objecto de censura alguma se não põe ênfase nos riscos e perigos de tal terapia, se estima que os riscos são mínimos*”. Ou seja, para o direito inglês a decisão sobre o respeito pelos deveres de cuidado inteiramente dentro da classe médica: bastava provar que a intervenção era seguido por um “*body of medical opinion*” Essa mesma doutrina era transposta para a questão do consentimento informado: “...it is now widely accepted that ...*non-disclosure* is dealt with under the *Bolam test*”. Cfr. Michael JONES, “Informed Consent and other Fairy Stories”, *Med. L. Rev.*, 7, Summer 1999, pp. 110. Com o caso *Bolitho v. City and Hackney HA* [1997] (4 All ER 771) a House of Lords interpretou o *Bolam test* de forma a deixar “the ultimate judgement on the standard of care to the courts”. A ‘body of medical opinion’ supporting the doctor’s conduct must be ‘reasonable’ and ‘responsible’: *it must be defensible ‘logically’*.”

concordaria ser suficiente. Seguindo Peter de Cruz: “*The English cases suggest that it is still the medical profession which decides how much a patient should be told in order to make a decision as to whether to consent to a particular medical procedure or treatment.*”<sup>996</sup> Todavia, mesmo na Inglaterra parece que este critério está a ser abandonado, em favor de um controlo judicial que tome em consideração as necessidades de informação de um *paciente razoável*, como mostra o caso *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust*, 1998<sup>997</sup>

Com efeito, o *padrão médico* não toma em devida consideração a autonomia do paciente. Considerar as vantagens e os inconvenientes de toda a terapia, após a adequada informação, é um juízo de valor individual, reservado unicamente ao interessado, a quem corresponde a decisão sobre os seus melhores interesses, de acordo com o seu projecto de vida.

## 2 - Critério do paciente razoável

Perante as insuficiências daquele critério, surgiu o *padrão do doente médio* ou *paciente razoável*. “Os elementos relevantes são, pelo menos, aqueles que uma pessoa média, no quadro clínico que o paciente apresenta, julgaria necessários para tomar uma decisão.”<sup>998</sup> Este é o critério dominante na jurisprudência americana.<sup>999</sup> Não é o médico que deve medir o *quantum* de informação, mas sim o *paciente*. Afirma o tribunal que “o dever de revelar de um médico não depende da prática habitual na comunidade médica, mas *vem imposto pelo Direito...* defender o contrário permitiria que a profissão médica determinasse as suas próprias responsabilidades com os pacientes, numa questão considerada de interesse público.”<sup>1000</sup>

<sup>996</sup> CRUZ, *Comparative...*, p. 6.

<sup>997</sup> Nas palavras de Lord Woolf MR: “if there is a significant risk which would affect the judgement of a reasonable patient, then in the normal course it is the responsibility of a doctor to inform the patient of that significant risk, if the information is needed so that the patient can determine for him or herself as to what course he or she should adopt.” Cfr. KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, pp. 707-709. Os autores entendem que o direito inglês se aproxima assim do australiano.

<sup>998</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado”, *Temas...*, p. 67.

<sup>999</sup> Segundo BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 82, este critério é aceite por mais de metade dos estados norte-americanos.

No direito da maioria dos Estados norte-americanos, do Canadá e recentemente da Austrália, a informação deve respeitar “*the patient's need for information in order to make an informed choice about medical care options.*” Cfr. John MOLNAR, “Consent in the 90’s”, *Med Law* (1997) 16:567-579 e Peter FENWICK/ Roy BERAN, “Informed Consent-Should The Bolam Test Be Rejected”, *Med Law* (1996) 16:215-223. CRUZ, *Comparative...*, p. 6, escreve: “In jurisdictions like the USA, Australia and Canada, there is a concept of informed consent which looks to what the reasonable patient, in the plaintiffs’ position, would consider significant enough to warrant a disclosure in order to make a sufficiently informed decision on treatment (the ‘prudent patient’ approach).”

<sup>1000</sup> Esta jurisprudência foi engrossando. *Vide Gray versus Grunnagle* (1966), *Cooper versus Roberts* (1971), *Canterbury versus Spence* (1972), *Cobbs versus Grant* (1972), *Wilkinson versus Vesey* (1973), *Truman versus Thomas*

Também na Austrália, com o abandono do critério *Bolam*, predomina agora o critério do *paciente razoável*. No *leading case*, decidido pelo Supremo Tribunal australiano em 1992, *Rogers versus Whitaker*, o tribunal considerou que o dever de conduta (*standard of care*) do médico não deve ser referido à opinião de um corpo médico. Pelo contrário, compete ao *tribunal* decidir se o médico actuou licitamente face ao paciente, de acordo com o juízo de um paciente razoável colocado na situação daquele concreto paciente.<sup>1001</sup>

### 3 - Critério subjectivo: o paciente concreto

*“The patient has the right to be different. The patient has the right to be wrong.”*<sup>1002</sup>

Os tribunais alemães exigem que os médicos transmitam a informação que o *paciente individualmente* exija.<sup>1003</sup> Mais recentemente também alguma jurisprudência norte-americana passou a seguir o critério do paciente concreto.<sup>1004</sup> Entende-se que cada paciente tem necessidades distintas de informação em virtude das suas peculiaridades e idiossincrasias. Este critério tem por base o que o *paciente concreto queria conhecer* e não o que uma pessoa razoável quererá conhecer. Giesen também defende esta tese: “the objective patient-based standard, then, must be supplemented by a more subjective patient-based standard, better attuned to the values of each person and his or her inalienable right of self-determination, and better able to manage situations beyond the limitations of the objective test.”<sup>1005</sup>

Entre nós, tem sido defendido, com alguma cautela embora, o critério do paciente concreto. Guilherme de Oliveira sustenta que, “em bom rigor, a necessidade de informação deveria chegar ao ponto de considerar aspectos irrelevantes para o comum dos doentes mas que são importantes para o paciente concreto... esta exigência seria apenas um corolário do propósito básico de obter um consentimento esclarecido do doente concreto que está perante o médico.”<sup>1006 1007</sup>

---

(1980) e *Hoandrolius versus Schumacher* (1989). Em 1977 este critério ganhou foros de lei no Texas, no artigo 6.02 do Capítulo F do *Medical Liability and Insurance Improvement Act of Texas*.

<sup>1001</sup> Este entendimento tem sido seguido, tipicamente, noutros países da *Common law*, nomeadamente na Malásia - cfr. BLUM/ TALIB/ CARSTENS/ NASSER/ TOMKIN, “Rights of Patients: comparative Perspectives from Five Countries”, in 14th World Congress on Medical Law”, *Book of Proceedings*, I, p. 39-42. Cfr., ainda, CRUZ, *Comparative...*, pp. 323-357

<sup>1002</sup> *Lepp v Hopp* (1979) 8 CCLT 260.

<sup>1003</sup> Cfr. Basil MARKESINIS, “Réflexions d’un comparatiste...”, *cit.*, p. 82. GLATZ, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung*, p. 247, fala num “*generell-individueller Standard*”

<sup>1004</sup> Por exemplo, com *Scott versus Bradford* (1980), *Bourgeois versus McDonald* (1993). Na literatura, BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 83 apoiam esta doutrina: “The subjective standard is a preferable *moral* standard of disclosure, because it alone acknowledges persons’ specific informational needs.”

<sup>1005</sup> GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, p. 304.

<sup>1006</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “Estrutura jurídica do acto médico...”, *Temas...*, p. 67.

Assume assim especial significado a afirmação da natureza dialógica da relação clínica, de que fala Gadamer, em especial no consentimento informado. Seguindo o seu pensamento: “No diálogo socrático, criado por Platão, a conversação parece ser dirigida por Sócrates. (O interlocutor mal é visível.) Também ali, todavia, a conversação deve levar o outro a ver por si mesmo. A aporia, em que ele acaba por se encontrar, é tal que já não sabe que resposta dar. (...) O diálogo desloca apenas o outro para a possibilidade de despertar a sua própria actividade interna, sem voltar a desorientar-se. A esta actividade interna chama o médico de “colaboração”.”<sup>1008</sup>

Ora, também o médico, que age como um guia, não é alguém que conhece melhor o que é bom, mas alguém que ajuda o paciente a encontrar o que é bom através da comunicação e ponderação. Este modo de ver o médico como um guia que ajuda o paciente a investigar os seus próprios valores e a descobrir outros novos é característico do modelo deliberativo da relação médico-paciente, um modelo que está de acordo com a filosofia hermenêutica de Gadamer que dá a primazia ao alcançar do *entendimento mútuo*. A contribuição deste filósofo é a de permitir abrir novas perspectivas na relação médico-paciente, que nos levem para além da oposição entre paternalismo e autonomia, conceptualizando ambas de uma nova maneira.<sup>1009</sup>

Seguindo esta linha de raciocínio, o processo dialógico que deve caracterizar o consentimento informado leva a que o médico consiga que o paciente revele a sua mundivivência e o seu sistema de valores; desta forma, a informação a prestar pelo médico deve ir acompanhando esse mesmo processo de um “desabrochar” da personalidade do paciente. Ora, todo o processo dialógico exige uma mútua responsabilidade, uma mútua dádiva e descoberta, pelo que não se pode, em abstracto, pré-determinar o *quantum* de informação a prestar.

---

<sup>1007</sup> Em sentido próximo VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 258, escreve: “afigura-se-nos inevitável ter de conjecturar, fora do quadro de abstracção de um paciente médio, as necessidades do *paciente concreto*. Se a paciente é actriz ou cantora, deverá o médico, ciente desse facto, desprezar a informação sobre a existência de um risco colateral à intervenção a propor, que poderá determinar uma alteração desagradável da voz e dicção, que a generalidade das pessoas, não artistas, consideraria irrelevante para os benefícios envolvidos? (...) Este acaba por ser o critério natural da relação privada estabelecida com o médico. Deve-se exigir este critério, pelo menos quando o médico pelo contacto que estabeleceu com o doente se aperceber de qualquer especificidade, dos riscos que interessam àquele concreto doente.”

<sup>1008</sup> Hans-Georg GADAMER, *Über die Verborgenheit der Gesundheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 172. Tradução portuguesa: *O Mistério da Saúde – o cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*, Edições 70, Lisboa, pp. 129-130. GADAMER refere-se ao diálogo socrático como um modelo de comunicação entre o médico e o paciente.

<sup>1009</sup> Cfr. as interessantes análises filosóficas de Vilhjálmur ÁRNASON, “Gadamerian dialogue in the patient-professional interaction” e de WIDDERSHOVEN, “The doctor-patient relationship as a Gadamerian dialogue: A response to Arnason”, ambos em *Medicine, Health Care and Philosophy* 3, 2000, respectivamente pp.17-23 e 25-27.



Assim sendo, deve-se advogar, no plano jurídico, o *padrão do paciente concreto*.<sup>1010</sup> Entendo que há o *dever jurídico* de o médico conduzir o diálogo por forma a apurar os caracteres básicos da *personalidade*<sup>1011</sup> e da capacidade cognitiva do paciente.<sup>1012</sup> Uma informação em abstracto perfeita pode ser inútil se o paciente não perceber o idioma ou se for analfabeto, se não tomar em consideração a religião ou as opções filosóficas profundas do paciente, ou se as consequências laterais ou os riscos, sendo desprezíveis para um paciente abstracto, forem insuportáveis para o concreto paciente, devido à sua profissão. Numa palavra: cada acto médico é irrepetível e único, quer na terapêutica, quer no cumprimento do dever de esclarecimento.

Naturalmente que a posição do médico fica assim mais onerada. Mas nada impede que em sede de litígio o médico lance mão dos mecanismos clássicos da culpa do lesado, da falta de colaboração do paciente, do incumprimento dos deveres do paciente para assim *excluir a sua culpa*.<sup>1013</sup> Assim acontecerá no caso de o paciente não revelar aspectos fundamentais da sua vida pessoal ou profissional, se se recusar a manter um diálogo de recíproca abertura com o seu médico, etc. O juiz poderá considerar que seria *inexigível* ao médico cumprir o seu dever.<sup>1014</sup>

---

<sup>1010</sup> Cfr., já a apontar para este caminho Guilherme de OLIVEIRA, *Temas...*, p. 67. Actualmente no seu ensino, este autor defende que a informação, o esclarecimento, só faz sentido se alcançar aquele paciente concreto que está perante o médico e não um qualquer paciente abstracto. Também COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 397, fala em "orientação para o caso concreto". Cfr. ainda o estudo de GELLER/ STRAUSS/ BERNHARDT/ HOLTZMAN, "Decoding' informed Consent – Insights from women regarding Breast Cancer susceptibility testing", *HASTING CENTER REPORT*, March-April 1997, pp. 28-33. As suas conclusões são as seguintes: "Research with women's reactions to the availability of genetic susceptibility testing for breast cancer dramatically underscores that *informed consent ought to be highly individualized*, taking care to discern what patients believe about the disease and its causes and what role they want their physician to play".

<sup>1011</sup> Cfr. Donald RIDLEY, "Informed Consent, Informed Refusal, Informed Choice - What is it that makes a Patient's Medical Treatment Decisions Informed?", *Med Law* (2001) 20: 205-214, p. 213: "When doctors begin to understand that it is only when their patients' treatment choices are motivated by and consistent with their patients' personal values that such choices are informed in the fullest and most important sense of what it means to be informed, then doctors will begin to truly understand what it means to honor and respect their patients."

<sup>1012</sup> Destacaria aqui algumas recomendações do *General Medical Council* (GMC, *Seeking Patient's Consent: The Ethical Considerations*, 1998). No ponto 3: "Effective communication is the key to enabling patients to make informed decisions. *You must take appropriate steps to find out what patients want to know and ought to know about their condition and its treatment.*" No ponto 6: "*When providing information you must do your best to find out about the patients' individual needs and priorities.* For example: the patient's beliefs, culture, occupation or other factors may have a bearing on the information they need in order to reach a decision. You should not make assumptions about patients' views, but discuss these matters with them, and ask whether they have any concerns about the treatment or the risks it may involve. You should provide patients with appropriate information, which should include an explanation of any risks to which they may attach particular significance. Ask patients whether they have understood the information and whether they would like more before making a decision."

<sup>1013</sup> É esta a doutrina actualmente ensinada por Guilherme de OLIVEIRA.

<sup>1014</sup> Em sentido próximo BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 83: "the physician is obligated to disclose information a particular patient needs to know, if the physician could reasonably be expected to know that patient's informational needs."

Sócrates não teria instruído nenhum pupilo, se estes se mantivessem apáticos, mudos e desinteressados. Ainda assim, é função do médico motivar os seus pacientes, não só para o tratamento, mas sobretudo e desde logo, para a relação de confiança que permitirá o *mútuo entendimento*.

## § 40. Excurso: Dever de Informar nos Ensaios Clínicos

### 1. A experimentação com seres humanos e o consentimento informado

Como vimos (*supra*, Parte I) o consentimento informado teve a sua origem e os grandes impulsos históricos na sequência de escândalos resultantes de experiências médicas feitas com seres humanos. Ainda hoje, a matéria de ensaios clínicos é das que mais polémica levanta e que mais tem ocupado os *fora* internacionais de bioética e direito médico.

O *corpus* normativo é, a nível internacional, efectivamente, muito denso. Começando pelo *Código de Nuremberga* (1947), passando pela *Declaração de Helsínquia* da Associação Médica Mundial,<sup>1015</sup> o PIDCP de 1966 (art. 7), e as *Directivas da OMS (CIOMS)*<sup>1016</sup>.

A nível do Conselho da Europa, contamos com a *Recomendação R (90) 3* sobre investigação médica no ser humano, a *CEDH Bio* (artigos 15º a 17º) e o projecto de Protocolo adicional à CEDH Bio. Em caso de litígio perante os órgãos do Conselho da Europa, o art. 3º da CEDH, que proíbe a *tortura* e os *tratamentos desumanos e degradantes*, poderia aplicar-se nesta situação e fundamentar a procedência de uma queixa.<sup>1017</sup>

No direito comunitário, destaca-se a *Directiva 2001/20/CE, de 4 de Abril*, sobre a condução de ensaios clínicos de medicamentos para uso humano.<sup>1018</sup> Por seu turno, a *Carta*

---

<sup>1015</sup> A *Declaração de Helsínquia*, relativa aos princípios éticos para a investigação médica envolvendo seres humanos, foi adoptada pela 18ª Assembleia Geral em Helsínquia, Finlândia, em Junho de 1964 e revista em Tóquio, Japão, em Outubro de 1975, Veneza, Itália, em Outubro de 1983, Hong Kong, em Setembro de 1989, Somerset West, África do Sul, Outubro de 1996 e finalmente em Edimburgo, Escócia, em Outubro de 2000. Este documento afirmou-se no contexto internacional e é muito respeitado pela classe médica e pelos comités de ética. Cfr. O *Relatório e Parecer 34/CNECV/2001* sobre a Declaração de Helsínquia modificada em Edimburgo (Outubro de 2000), in [www.cnececv.gov.pt](http://www.cnececv.gov.pt) e Erwin DEUTSCH/ Jochen TAUPITZ (Hrgs.), *Freedom and Control of Biomedical Research, The planned revision of the Declaration of Helsinki*, Springer, 1999, obra que contém relatórios de vários países (incluindo o de Portugal) no quadro da discussão prévia às importantes alterações de Edimburgo.

<sup>1016</sup> *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), Geneva 1993, reprinted 1994 and 1999.

<sup>1017</sup> Cfr. LOZANO, *La protección europea...*, p. 70.

<sup>1018</sup> A regulamentação comunitária em matéria de medicamentos compreende ainda, de entre os diplomas mais importantes, a *Directiva 75/318/CEE, de 20 de Maio de 1975*, relativa à harmonização das legislações dos Estados membros respeitantes a normas e protocolos analíticos, tóxico-farmacológicos e clínicos em matéria de ensaios de especialidades farmacêuticas, JOCE L 17 de 9.6.75.

dos *Direitos Fundamentais da União Europeia*, no art. 13º, garante a liberdade de investigação científica.

Ao nível constitucional, o art. 42º reconhece, sem restrições específicas, a liberdade de criação científica. Este direito fundamental está previsto no Título II que consagra os "direitos, liberdades e garantias" que gozam de maior protecção constitucional. O art. 73º CRP acrescenta a obrigação, para o Estado, de incentivar e apoiar a criação e a investigação científicas, estabelecendo assim "uma garantia positiva da liberdade de criação e investigação"<sup>1019</sup>. Aliás, também o art. 81º CRP inclui na lista das prioridades do Estado "assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país". Contudo, que essa liberdade de investigação deverá ser compatibilizada, numa tarefa de concordância prática, com o direito à integridade física e moral dos cidadãos (art. 25º CRP), expressão da intangível dignidade humana.

A comunidade científica portuguesa nunca deixou de estar atenta às normas jurídicas e deontológicas emanadas quer de organizações intergovernamentais, quer dos textos publicados por organizações não governamentais. Dessa forma constata-se que mesmo sem intervenção legislativa houve uma espontânea constituição de Comissões de Ética e que, a dada altura, os próprios promotores de projectos de investigação com recurso a ensaios clínicos em seres humanos começaram a solicitar pareceres a essas mesmas Comissões.<sup>1020</sup>

Contudo, o legislador sentiu necessidade de regulamentar este delicado domínio, tendo destacado no prefácio ao Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril, que "se impõe a salvaguarda dos direitos dos indivíduos envolvidos nos ensaios, designadamente o direito a uma correcta informação como pressuposto de um consentimento livre e esclarecido e o direito à integridade física", considerando ainda — por forma a "garantir a idoneidade da investigação (...) — indispensável o parecer das comissões de ética", que viriam a ser regulamentadas pelo Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio.

Quanto ao Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Maio, atentemos que se estabelece como princípio geral que: "*O bem individual da pessoa deve prevalecer, em qualquer ensaio clínico, sobre os interesses da ciência e da comunidade*" (art. 2º). Este é também um dos pilares filosófico-normativos da Convenção de Oviedo afirmado no art. 2º: "O interesse e o bem estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência".<sup>1021</sup>

---

<sup>1019</sup> CANOTILHO/ MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 363.

<sup>1020</sup> Cfr. infra §51. 3.

<sup>1021</sup> Como afirma Paula MARTINHO da SILVA, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997, p. 35, "os primeiros textos internacionais sobre intervenções no ser

Assim, os ensaios clínicos devem ser precedidos de ensaios em animais<sup>1022</sup> e só podem ser "realizados em seres humanos quando os resultados daquela experimentação permitam concluir que os riscos para a pessoa a submeter ao ensaio são proporcionais aos benefícios que para essa pessoa se apresentam como previsíveis" (art. 4º, nº2).

Embora a nossa lei não aponte, de forma clara, para *o carácter imprescindível da investigação*, Guilherme de Oliveira defende que tal requisito se impõe, fundamentando-o no pilar da "dignidade humana" e de o n.º 1 do art. 4º do Decreto-Lei n.º 97/94 afirmar que a realização dos ensaios clínicos deve ter lugar "em... escrupuloso respeito pela integridade física e psíquica das pessoas envolvidas". "Há um imperativo de reduzir ao mínimo imprescindível toda a experimentação em seres humanos".<sup>1023</sup>

O art. 4º, nº 2, aponta, para a exigência da *ponderação risco/benefício*. E qual a natureza dos benefícios? A doutrina entende que naquela ponderação devem poder incluir-se benefícios clínicos indirectos para o doente.<sup>1024</sup> Tanto mais que, noutra parte da lei (art. 10º, nº 4), se faz a distinção, admitindo apenas as experiências que possam proporcionar "benefício clínico directo para o sujeito", quando se trate de menores e incapazes.<sup>1025</sup>

Numa análise sucinta das principais especificidades dos ensaios clínicos em matéria de consentimento informado, destacaria: a distinção entre experimentação terapêutica e não terapêutica; a utilização do placebo e a gratuidade dos ensaios clínicos.

## 2. A utilização de placebo e o dever de informação

No direito português devemos estabelecer a distinção entre *experimentação pura* e *experimentação terapêutica*. Assim, o regime legal da experimentação terapêutica não preenche o tipo legal de crime contra a integridade física, pois cai no âmbito do art. 150º<sup>1026</sup>. Tal

humano não se referem expressamente a esse princípio. No Código de Nuremberga (1947), por exemplo, refere-se que o ensaio "deve ser susceptível de fornecer resultados importantes para a sociedade."

<sup>1022</sup> Cfr. Decreto-Lei n.º 129/92, de 6 de Julho: transpõe a Directiva n.º 86/609/CEE, do Conselho, de 24 de Novembro de 1986, relativa à protecção dos animais utilizados para fins experimentais e outros fins científicos.

<sup>1023</sup> Guilherme de OLIVEIRA, "O direito da investigação biomédica", in *Temas...*, p. 191.

<sup>1024</sup> WALTER OSSWALD, "Avaliação Ética dos Ensaios Clínicos", in PATRÃO NEVES (Coord.), *Comissões de Ética...*, p. 172, constata o facto de cada vez mais se tornar evidente a necessidade de realizar ensaios em indivíduos idosos, sendo, na sua opinião, incontornável ter de aceitar a realização de ensaios nesta população. Luís ARCHER, "Dimensões Éticas da investigação Biomédica", *A Excelência da Investigação...*, p. 49, afirma que "Em situações de doenças graves com previsão de desenlace fatal e em que não há tratamento alternativo válido, poderão aplicar-se terapêuticas em fase experimental que possam envolver riscos. É o caso, por exemplo e actualmente, dos ensaios de terapia génica do cancro."

<sup>1025</sup> Guilherme de OLIVEIRA, "O direito da investigação biomédica", in *Temas...*, p. 194.

<sup>1026</sup> Aqui se incluindo os casos em que, "à falta de tratamento devidamente testado e cientificamente convalidado, o médico se vê compelido a utilizar — no interesse do paciente — meios terapêuticos cujas consequências não é possível antecipar nem controlar com segurança." COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 469. No mesmo sentido, Paula FARIA, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, p. 53.

conduta apenas poderá configurar um crime contra a liberdade (*intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*), quando realizada sem o consentimento do paciente (art. 156º). A experimentação pura, por seu turno, consiste numa ofensa à integridade física, cuja ilicitude apenas poderá ser afastada pelo consentimento do lesado (art. 38º e 149º). Esse consentimento, como vimos, está limitado pela cláusula dos *bons costumes*. Os requisitos ao nível do dever de informação serão muito mais exigentes neste segundo caso.

A utilização do placebo coloca grandes desafios aos princípios agora enunciados. Efectivamente, na realização de ensaios clínicos com seres humanos, recorrendo à utilização de um placebo, deveremos tomar em conta aspectos diferentes e antagónicos entre si. Por um lado, o preceito fundamental da Declaração de Helsínquia (na versão anterior a 2000) consiste em *o bem da pessoa ser superior ao interesse da ciência* (I, n.º 5) e ainda que "*no decurso de qualquer estudo clínico o doente deverá beneficiar dos melhores meios de diagnóstico e de terapêutica disponíveis*" (II-3º). Por outro lado, "os ensaios clínicos com dupla ocultação (*double blind*), em que nem o médico nem o sujeito conhecem a natureza real do tratamento a que este último se sujeita, são necessários, como é sabido, sempre que se esteja em presença de sintomas ou manifestações mórbidas em que o factor subjectivo não se exclui ou desempenhe mesmo importante papel." Acrescentando ainda que "é hoje impensável realizar um ensaio clínico de um tranquilizante de um hipnótico, de um antidepressor, mas também de um anti-asmático ou de um antipruriginoso sem recorrer à técnica da dupla ocultação, comparando de forma anónima dois tratamentos diferentes — o novo, que se pretende estudar, face a outro, já conhecido, ou à hipótese zero, ou seja de "tratamento" com o placebo, um não medicamento."<sup>1027</sup> Ou seja, devemos distinguir entre a *dimensão terapêutica*, na qual o placebo surgirá como um método lícito, por exemplo, de diagnóstico, e a pura investigação, onde se deverá restringir a utilização desta técnica. O compromisso entre as necessidades de investigação e os direitos fundamentais da pessoa revela-se, portanto, imperioso.

A Declaração de Helsínquia, modificada em Edimburgo (em Outubro de 2000), vem "limitar o uso de placebos apenas às situações em que não existam meios eficazes e exigem a continuação do uso ("compassivo") do tratamento que se tenha revelado mais eficaz e mais seguro em todos os sujeitos do ensaio."<sup>1028</sup> Destaque-se ainda que a

---

<sup>1027</sup> Walter OSSWALD, "Avaliação Ética dos Ensaio Clínicos", *cit.*, p. 170.

<sup>1028</sup> Relatório e Parecer 34/CNECV/2001. Transcrevendo o art. 29: "Os possíveis benefícios, riscos, custos e eficácia de todo procedimento novo devem ser avaliados por comparação com os melhores métodos preventivos, diagnósticos e terapêuticos disponíveis. Isso não exclui que se possa usar um placebo, ou nenhum tratamento, em estudos para os quais se não dispõem de procedimentos preventivos, diagnósticos ou terapêuticos provados."

Declaração propõe a publicação de todos os resultados de uma investigação ou ensaio (ou pelo menos que sejam postos à disposição do público), independentemente da sua natureza “positiva” ou “negativa” – trata-se de uma garanta procedimental de publicidade *a posteriori* que pode ser muito importante, visto que o *bom nome* e a *reputação* dos investigadores e da indústria que suporta o projecto é nesta área de extrema importância, pois é algo que os acredita cientificamente e no mercado (nomeadamente o bolsista).

Resumidamente, por um lado, *não deveremos abdicar do consentimento do sujeito*, pois só assim se pode evitar a instrumentalização da pessoa.<sup>1029</sup> Este pressuposto vem naturalmente limitar bastante o recurso a um placebo quando os sujeitos do ensaio são menores ou incapazes, uma vez que relativamente a estes "*só é permitida a realização de ensaios clínicos quando resultar benefício clínico directo para o sujeito*" (art. 10º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 97/94).

Deve ser frisado, pois, que a aprovação de um projecto pelo Conselho de Ética não permite, de forma alguma, que se prescindia do consentimento do sujeito.<sup>1030</sup> E, uma vez obtido esse consentimento, só será razoável recorrer-se a um placebo, como termo de comparação: *a) sempre que haja dúvidas acerca da real eficácia de uma terapêutica*, isto é, quando se não sabe se o pretense medicamento é ou não superior a um placebo; *b) quando a intensidade dos sintomas não cause demasiado desconforto ao sujeito e a duração do tratamento não seja demasiado longa*.<sup>1031</sup>

### 3. A gratuidade e o consentimento livre

Também com vista a evitar qualquer tipo de coerção ou indução – nomeadamente por motivos económicos - ao consentimento, *a remuneração* do sujeito do ensaio clínico é *absolutamente proibida*. Porém, admite-se o reembolso das despesas ou prejuízos que o sujeito haja suportado pela sua participação nos ensaios (art. 13º, n.ºs 1 e 2). Para acautelar o princípio da não remuneração dos sujeitos de ensaios clínicos, prevê-se que, quando tenha lugar essa compensação de despesas ou prejuízos, os respectivos montantes e a sua justificação devem ser comunicados, periodicamente, por escrito, à entidade competente para conceder a autorização e à comissão de ética (art. 13º, n.º 3).<sup>1032</sup>

<sup>1029</sup> Cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 86.

<sup>1030</sup> Na Alemanha, defende-se que a randomização está excluída aos incapazes, já que só o consentimento voluntário e esclarecido pode suportar a instrumentalização daqueles que se submetem à utilização do placebo. O *consentimento presumido* também não pode ser usado. O que vai ganhando cada vez mais importância é a utilização das *directivas antecipadas* e da nomeação de *procuradores de cuidados de saúde*. Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 525.

<sup>1031</sup> Acompanhamos OSSWALD, "Avaliação Ética dos Ensaio Clínicos", *cit.*, p. 171.

<sup>1032</sup> Diferentemente, a lei prevê que "*o sujeito do ensaio clínico tem direito a ser indemnizado pelos danos sofridos, independentemente da culpa*" (art. 14º, n.º 1 Decreto-Lei n.º 97/94). E "*para efeitos do disposto no número anterior, deve ser criado um seguro obrigatório, suportado pelo promotor*" (artigo 14º, n.º 2).

#### 4. Distinção entre ensaios clínicos e inovações terapêuticas

Ao contrário do que poderia, à primeira vista, parecer, os princípios éticos e jurídicos não rejeitam antes apoiam o avanço e o estudo da medicina. Não será admissível o aventureirismo, mas será de admitir a realização de ensaios clínicos devidamente controlados<sup>1033</sup> e, inclusivamente, as inovações terapêuticas.

O próprio *princípio da precaução* pode impor o dever de correr alguns riscos. Afirma Sargos que: “Si l'état du malade est tel que son pronostic vital est en jeu et qu'il n'existe pas de traitement validé, c'est à dire conforme aux données acquises de la science, susceptible de le guérir, ou au moins de le soulager, la précaution consiste non pas à s'abstenir, mais à faire appel à un traitement ou à un médicament non encore validé, mais dont certains indices raisonnables font penser qu'il peut être efficace.”<sup>1034</sup>

Deste modo, sendo as inovações terapêuticas lícitas em sede de controlo da boa prática médica, o que se impõe especialmente acentuar é o *dever de esclarecimento* quando o médico recorra a estes métodos ousados e ainda não consagrados nos standards internacionais. Ou seja, um consentimento informado *reforçado* vem colmatar ou compensar as dúvidas que poderiam residir em sede de *leges artis (stricto sensu)*.

---

Também a Directiva 2001/20/CE faz a exigência de que o promotor tenha contratado um seguro para pagar as indemnizações devidas aos sujeitos dos ensaios (art. 3º). Esta nova hipótese de responsabilidade objectiva, no direito português, é de difícil inserção dogmática. Na verdade, nem a *teoria do risco*, nem a *teoria do garante*, permitem explicar satisfatoriamente este caso. Pelo que – entende SINDE MONTEIRO [cfr. SINDE MONTEIRO/ COSTA ANDRADE/ FARIA COSTA, with the collaboration of André DIAS PEREIRA, “Country Report Portugal”, in DEUTSCH/ TAUPITZ (Hrsg.), *Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki*, Springer, 2000, p. 154 e SINDE MONTEIRO/ ANDRÉ PEREIRA, “Landesbericht Portugal”, in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 837] –, sendo o fundamento de tais normas *premiar* as pessoas que aceitam correr riscos em nome da *colectividade* (ou de *outrem*, no caso da transplantação de órgãos), será na *teoria da assunção voluntária de um risco* que estará a explicação para este regime de responsabilidade objectiva, ressarcindo-se, assim, o lesado que se sujeita a um ensaio clínico.

Em Portugal não vigora o regime da lei francesa de 1988, que consagra uma hipótese de responsabilidade objectiva apenas nos casos de experimentação puramente científica, quedando-se por uma presunção de culpa no caso de ensaios clínicos com fins terapêuticos para o paciente.

Já em 1993, na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, relativa à Doação de órgãos, o legislador havia consagrado que “o doador tem direito a assistência médica até ao completo restabelecimento e a ser indemnizado pelos danos sofridos, independentemente de culpa.” (art. 9º n.º 1, criando no seu n.º 2 também uma hipótese de seguro obrigatório de responsabilidade).

<sup>1033</sup> Cfr. OSSWALD, “Avaliação ética dos Ensaios Clínicos”, *cit.*, p. 167. Cfr. sobre esta matéria, DOYAL / TOBIAS (Eds.), *Informed Consent in Medical Research*, London, BMJ Books, 2001, *passim*.

<sup>1034</sup> SARGOS, *Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient*, JCP, 10 mai 2000. «En matière du SIDA, certains des médicaments employés (en trithérapie notamment) n'ont pas eu d'autorisation de mise sur le marché, pourtant ils sont utilisés car en l'état de nos connaissances le choix n'est qu'entre l'évolution mortelle de la maladie ou son ralentissement par ces produits aux effets secondaires parfois pernicieux. Mais la précaution est de les utiliser – naturellement si le patient y consent – pour empêcher ou retarder la mort.»

## Secção V - Modo de transmissão da informação

### § 41. O modo de transmissão da informação

#### 1. Oral

Nos termos do art. 219º do CC, a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir. É essa, naturalmente, também a regra na relação médico–paciente.

#### 1.1. O direito a ser informado numa língua que o paciente compreenda

A *Declaração dos Direitos dos pacientes* (OMS, 1994) recomenda que a informação seja comunicada ao paciente numa forma adaptada à sua capacidade de compreensão, com um mínimo de termos técnicos de difícil compreensão. “Quando o paciente não fala a língua corrente, será necessário providenciar-lhe uma interpretação dessa informação (2.4.)”

Assim, os pacientes estrangeiros representam um grupo que merece especial protecção ao nível do consentimento informado, e com crescente relevância em Portugal.<sup>1035</sup> Neste sentido deve-se recorrer ao apoio de familiares do paciente que compreendam a língua (portuguesa) ou de tradutores.

Naturalmente que, da parte dos médicos, se exige que estes dominem a *língua portuguesa*. O que não é uma evidência, dado o crescente número de profissionais estrangeiros, sobretudo espanhóis, aos quais naturalmente são exigidas provas de aptidão, não só científica, mas também *linguística*.<sup>1036</sup>

#### 1.2. Direito a ser informado numa linguagem acessível a leigos

O médico deve comunicar com o paciente utilizando linguagem compreensível e adequada ao nível sócio-económico e profissional do paciente. A mensagem deve ser entendida pelo seu receptor.<sup>1037</sup>

---

<sup>1035</sup> Hoje em dia cerca de 6% das crianças nascidas em Portugal são filhos de imigrantes. Embora, a maior comunidade estrangeira seja brasileira, os concidadãos do leste da Europa têm uma expressão bastante significativa. E para estes últimos as dificuldades de comunicação, por vezes, fazem-se sentir.

<sup>1036</sup> Cfr. Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho, nos seus artigos 64º e 65º que regulam as provas dos internatos complementares. Cfr. sobre a livre circulação de médicos na União Europeia, Pedro CABRAL, “Da livre Circulação de Cuidados Médicos na União Europeia”, *Direito e Justiça*, Vol. XIV Tomo 1, 2000, pp. 89-114. Para a doutrina alemã, vide LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 528.

<sup>1037</sup> É elucidativo da necessidade de adequação da linguagem em função do interlocutor, este relato de uma enfermeira (*in* Graça CARAPINHEIRA, *Saberes e Poderes nos Hospitais*, p. 195): “...Se eu vou dizer determinados termos ali ao Sr. José que vive lá na aldeia, ele sabe lá o que é evacuar, mas se eu lhe disser “se costuma dar de corpo” todos os dias, ele sabe. A gente tem de se adaptar, Já tem acontecido com estes médicos mais novitos que não estão “despertos” perguntarem: “O senhor tem evacuado?”, e o doente



## 2. Escrito

Em Portugal, o único caso em que a informação deve ser dada por escrito está previsto para a realização de *ensaios clínicos* em seres humanos, nos termos do art. 9º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/94.

Na prática, já começa a ser frequente que os médicos entreguem aos pacientes brochuras com informação, ou os próprios formulários para obtenção do consentimento. A burocratização do consentimento informado será objecto da nossa atenção (*infra* § 55). Desde já, urge salientar que é fundamental que essa informação seja personalizada (formulários individualizados).<sup>1038</sup>

## 3. Momento em que se transmite a informação

A informação deve ser prestada com antecedência por forma a não colocar o doente numa situação de pressão para decidir. A jurisprudência alemã tem decidido que a explicação de possíveis riscos graves ou consequências laterais desvantajosas não deve ser feita imediatamente antes da intervenção, antes deve ser dada com a antecedência necessária para que o paciente reflecta, pense nos *prós e contras*, eventualmente discuta o problema com familiares, etc.<sup>1039</sup> Por outro lado, no caso de pequenas intervenções ou dos perigos de uma anestesia menor, o esclarecimento pode ser prestado imediatamente antes da operação.<sup>1040</sup>

## Secção VI – Limites ao dever de informar

O dever de informar conhece um pequeno número de excepções: (1) desde logo, o caso de *urgência*; (2) em segundo lugar, o paciente pode *renunciar* ao seu direito a ser informado, configurando-se inclusivamente um direito de sentido oposto, o *direito a não saber*; (3) uma figura próxima é autonomizada pela doutrina germânica: o caso do *paciente*

---

responder: Não senhor, não tenho?”, e quando eu pergunto se tem ido à casa de banho, se tem feito cócó, ele diz que tem feito todos os dias. Ele não sabia o que era evacuar.”

<sup>1038</sup> Para mais desenvolvimentos, vide VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 245-248, analisando o caso de *documentação para doentes* existentes em alguns hospitais portugueses; o Despacho n.º 668/87 da Ministra da Saúde (DR, II.ª Série, de 20-7) que institui o “*Guia do Diabético*”, e a *Carta dos direitos e deveres dos doentes*. Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 104, defende que, no âmbito das técnicas de PMA, se deveria recorrer à informação escrita.

<sup>1039</sup> ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 99. Cfr. ainda FAURE/ KOZIOL, *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, p. 7 (Caso 1).

<sup>1040</sup> Cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 98, com indicação de jurisprudência alemã.

*resoluto (entschlossener Patient)*<sup>1041</sup>; (4) em quarto lugar, coloca-se a hipótese do *paciente que já está informado*, em razão da sua profissão (médico, enfermeiro) ou da sua experiência com a doença de que padece (*v.g.*, doente crónico que se apresenta a uma intervenção de rotina)<sup>1042</sup>; e, finalmente, (5) o privilégio terapêutico.<sup>1043</sup>

Consideremos, neste momento, o caso do *privilégio terapêutico* e o caso do *direito a não saber* – que são específicas exceções ao dever de informar –, reservando a situação de urgência para o enquadramento geral das exceções ao dever de obter o consentimento. O caso do *paciente já informado*, pela sua simplicidade não carece de desenvolvimento autónomo, embora tenha relevância específica quanto ao dever de verificar o esclarecimento.

Note-se, desde já, que os bens jurídicos protegidos por cada um destes institutos são diferentes: o privilégio terapêutico tem em vista proteger o direito à integridade física e à saúde<sup>1044</sup>; o direito a não saber é uma nova expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

## § 42. O Privilégio Terapêutico

### 1. Noção. Direito Comparado.

Verifica-se uma certa clivagem entre o pensamento dos países latinos e a cultura anglo-saxónica no entendimento do privilégio terapêutico<sup>1045</sup>. Funda-se isto em razões históricas e culturais muito profundas.

Em 1952, afirmava com virilidade Marañon: “devemos declarar *heroicamente* que o médico não só pode, mas que *deve mentir*”, e que “*na Medicina não há praga mais odiosa que a dos médicos que dizem quase por sistema a verdade*”.<sup>1046</sup> Louis Portes, ao tempo Presidente da Ordem Nacional dos Médicos de França, afirmava em 1950: “Tout patient est et doit être pour lui

<sup>1041</sup> Cfr. ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 223; EISNER, *Die Aufklärungspflicht des Arztes...*, p. 98. Trata-se de uma figura próxima da renúncia à informação, devendo aplicar-se *mutatis mutandis* a doutrina nessa sede explanada.

<sup>1042</sup> Cfr. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 400, falando em *tratamentos de rotina*. ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 221.

<sup>1043</sup> Cfr., *v.g.*, GRISSO/ APPELBAUM, *Assessing...*, p. 6.

<sup>1044</sup> TAUPITZ, “El derecho a no saber en la legislación alemana”, *Rev Der Gen H* 8/1998, p. 115.

<sup>1045</sup> Note-se, porém, que neste domínio o casuísmo impera. Assim, em *Canterbury versus Spence* (Columbia, 1972), a jurisprudência americana estabeleceu que “só ocasionalmente os pacientes estão tão doentes ou emocionalmente perturbados, que as revelações possam obstaculizar a possibilidade de uma decisão racional.” Por outro lado, no caso *Natason versus Kline* (1960) o tribunal declarou que “uma revelação completa dos riscos pode alarmar tanto o paciente, que, de facto, constituiria má prática médica”. Mais recentemente, WEAR, *Informed Consent*, 1998, p. 22, põe em causa o próprio instituto. Segundo o Autor, o argumento do dano psicológico é a expressão do paternalismo e nos casos verdadeiramente graves que poderiam justificar a não revelação de certas informações, poderiam inserir-se na exceção da urgência do tratamento.

<sup>1046</sup> MARAÑON, G., *El médico y su ejercicio profesional en nuestro tiempo*, Ed. Nacional, Madrid, 1952.

(le médecin) comme un *enfant à apprivoiser*, non certes à tromper – *un enfant à consoler*, non pas à abuser – *un enfant à sauver*, ou simplement à guérir”.<sup>1047</sup>

Analisando os Códigos deontológicos dos países latinos, conclui-se que, na orientação tradicional, o médico deve modular a informação em função do estado de saúde do paciente e permite deixar os doentes em estado de ignorância de um diagnóstico ou de um prognóstico grave (França) ou, em função do seu nível de compreensão, a informação deve ser fornecida de modo sereno (Itália).<sup>1048</sup> O Código deontológico dos médicos italianos estabelece claramente a regra que a informação, no caso de prognóstico grave ou reservada, deve ser dada com cautela e evitando terminologia traumatizante.<sup>1049</sup> A doutrina fala da necessidade de se estabelecer uma “*bioétique de contrat ou d’alliance thérapeutique*” entre paciente e médico para encontrar a dois a verdade, para alcançar uma confiança partilhada (“*confiance partagée*”), de sorte que a verdade que o médico poderá comunicar ao paciente será modelada pelas capacidades reais de compreensão e das suas exigências.”<sup>1050</sup> O mesmo se passa na jurisprudência.<sup>1051</sup>

A família é por vezes chamada a assumir um papel de ‘filtro’ na transmissão da informação ao doente. Assim, o art. 35º do Código deontológico francês permite que: “Un pronostic fatal ne peut être révélé qu’avec introspection, *mais les proches doivent en être prévenus*, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.” O Supremo Tribunal Federal suíço também entende

<sup>1047</sup> PORTES, *A la recherche d’une éthique médicale*, Paris, Masson, 1964, 155-176, *apud* RAMEIX/ROUPIE, “Du Paternalisme à l’autonomie...”, *cit.*, 1995, p. 9.

<sup>1048</sup> C. BYK, “Le consentement à l’acte médical...”, *cit.*, p. 32. Para um estudo comparado dos Códigos de Ética, *vide* COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA “Comparazione tra i vari Codici Deontologici Europei in “informazione e consenso all’atto medico”, 10 giugno 1992, p. 37.

<sup>1049</sup> SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, p. 30.

<sup>1050</sup> Giorgio Di MOLA, “La communication avec le patient en fin de vie”, *Journal International de Bioéthique*, Décembre 1997, n.º 4, p. 61.

<sup>1051</sup> Recentemente, o Tribunal Supremo espanhol manteve uma compreensão ampla do privilégio terapêutico (Decisão da *Sala Tercera del Tribunal Supremo*, de 4-4-2000): “El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada – puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente – y en un *padecimiento innecesario para el enfermo*. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica – no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión - sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.”

A *Cour de Cassation* francesa (23-5-2000) decidiu, com apoio no antigo Código deontológico médico francês, que o médico que ocultou informação ao paciente no âmbito do privilégio terapêutico não cometeu nenhum ilícito. Neste caso o paciente estava afectado com uma psicose maniaco-depressiva, cuja evolução deveria ser avaliada ao longo de vários anos. Tendo em conta a alternância de fases melancólicas e de excitação, o interesse do paciente justificava a limitação da informação sobre o diagnóstico do seu processo, que deveria ser realizado com muita prudência.

que o médico pode informar os familiares próximos do paciente, nestes casos mais problemáticos.<sup>1052</sup>

Já na tradição anglo-saxónica, Bard defendia, já em 1769, que havia a *obrigação de dizer a verdade ao paciente*, argumentando que “o engano é realmente cruel, pois o golpe da morte é sempre tanto mais forte quanto mais inesperado, e a horrível tirana pode em geral ser desarmada dos seus terrores, e fazer-se familiar ao mais tímido e apreensivo.”<sup>1053</sup> Hooker, destacado impulsor da *American Medical Association*, considerava “absolutamente evidente que o bem que pode produzir o engano, em alguns casos, quase não é nada, comparado com o mal que causa em muitos casos...”<sup>1054</sup>

Numa posição de compromisso, a *Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa* dispõe que “a informação pode ocultar-se aos pacientes, *excepcionalmente*, quando exista uma razão suficiente para crer que esta informação, em vez de efeitos positivos, poderá causar danos graves” (art. 2, n.º3).

A CEDH Bio deu pouco relevo à *excepção médica*. No texto do art. 5º não há sequer espaço para o chamado “privilégio terapêutico”. Apenas num outro artigo, num outro capítulo,<sup>1055</sup> poderemos encontrar este instituto e com carácter meramente facultativo. Na verdade, segundo o relatório explicativo, compete à lei nacional, de acordo com a sua tradição cultural, resolver o conflito entre o direito à informação e a protecção da saúde do doente. Em suma: a Convenção aposta no modelo autonomista. Alguns autores afirmam mesmo que o direito à autodeterminação é o *núcleo forte* da Convenção.<sup>1056</sup>

Segundo o Relatório explicativo (parágrafo 68), em casos excepcionais, as leis nacionais podem fixar restrições ao direito a saber ou a não saber no interesse da saúde do paciente (por exemplo, um prognóstico de morte que se transmitisse imediatamente poderia piorar sensivelmente o seu estado de saúde), pelo que, tendo em conta o enquadramento social e cultural, se pode justificar que o médico retenha, por vezes, parte da informação ou, que a revele com cautela.<sup>1057</sup>

<sup>1052</sup> Cfr. PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztliche Aufklärung*, p. 82.

<sup>1053</sup> BARD, *A discourse upon the duties of a physician*, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 303.

<sup>1054</sup> Worthington HOOKER, *Physician and Patient*, Nova Iorque, 1989, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 303. WHITE, *Competence to Consent*, pp. 32-33, defende que não deve haver lugar a uma *intervenção paternalista*: “Paternalism, which usurps a patient’s decisional authority ‘for his own good’ and allows another to choose for him so as to promote his own best interests.”

<sup>1055</sup> Artigo 10º, n.º3, no Capítulo III: Vida Privada e direito à informação.

<sup>1056</sup> Herman NYS, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Rev Der Gen H*, 12/2000, 67-87.

<sup>1057</sup> O Relatório Explicativo parece defender que haja neste caso um controlo judicial. Ora, se se pretende com isto significar um *controlo prévio*, não concordo com tal solução que se me afiguraria extremamente burocratizante e pesada. Aliás, o Relatório Explicativo não faz interpretação autêntica pelo que não vincula o intérprete.

As legislações recentes têm consagrado em termos bastantes restritivos este instituto,<sup>1058</sup> sendo de salientar o facto de se consignarem certos requisitos procedimentais. Por exemplo, a *Ley 3/2001*, de 28 de Maio, da Galiza, exige que o médico deixe *registro escrito*; a lei belga de 22 de Agosto de 2002 estabelece que a informação não será fornecida ao paciente no caso de estas causarem um prejuízo grave à saúde do paciente e na condição de *o médico ter consultado um colega* e posteriormente deve *deixar registro* no *dossier* clínico do paciente e deve informar a pessoa de confiança eventualmente designada pelo paciente (Art. 7, § 4).

## 2. Direito Português

Na lei penal portuguesa, o *privilegio terapêutico* foi expressamente acolhido. O CP 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*" (art.157º, *in fine*).

Trata-se de uma formulação bastante restritiva. Na verdade, por um lado, só há privilégio para as intervenções terapêuticas, isto é, aquelas que passam no apertado crivo do art. 150º CP e não para as intervenções médicas que constituem ofensas corporais (cirurgia estética pura, experimentação pura, doação de órgãos, etc.). Assim, para as intervenções não terapêuticas ou que não sigam a medicina académica não seria lícito invocar o privilégio terapêutico. A seu favor joga o elemento sistemático, visto que está previsto apenas em sede de intervenções arbitrárias (artigos 156º e 157º) e, mais decisivamente, o argumento teleológico. Só face a intervenções terapêuticas se justifica este instituto de cunho paternalista, visto que está em causa a salvaguarda da saúde do doente. *Doente* que só em sentido amplo existe nas intervenções não terapêuticas (esterilização pura, doação de órgão, experimentação pura, etc.); efectivamente, perante uma intervenção não terapêutica não se afigura provável que *o esclarecimento* de determinado risco ou consequência acarrete perigo para a vida ou grave dano à saúde, física ou psíquica do paciente.<sup>1059</sup>

Na verdade, mesmo em países, como a Bélgica, em que se não distingue, tão claramente, as intervenções médicas terapêuticas das não terapêuticas, afirma a doutrina que não pode, em regra, ser invocado o privilégio terapêutico para *operações "d'agrément"*,

---

<sup>1058</sup> O art. 448.3 do Código Civil holandês determina que o médico pode reter a informação, somente quando o seu fornecimento possa produzir, manifestamente, um prejuízo grave para o paciente.

<sup>1059</sup> Cfr. VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 62.

como a cirurgia estética, esterilizações, doações de órgãos ou ensaios clínicos, devendo o paciente dispor de todos os elementos para tomar uma decisão esclarecida.<sup>1060</sup>

Em segundo lugar, o legislador restringiu o âmbito do privilégio terapêutico em 1995. A antiga redacção admitia a excepção terapêutica, quando “...isso [a informação] implicar o esclarecimento de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, seriam susceptíveis de lhe *provocar perturbações comprometedoras da finalidade visada*.” Actualmente só o risco para a *vida* ou o grave dano para a *saúde física ou psíquica* justificam o não cumprimento do dever de informar.<sup>1061</sup> E não se esqueça que este mesmo legislador de 1995 ampliou o dever de esclarecimento ao acrescentar o dever de comunicar o *diagnóstico* (art. 157º, 1ª parte). Tudo sinais evidentes de um *ethos* claramente mais autonomista no direito português.

Um outro argumento no sentido de uma visão restritiva do privilégio terapêutico é o facto de a CEDH Bio, como vimos, ser pouco aberta a este instituto, pelo que, pelo menos para efeitos de direito civil, o art. 157º CP deve ser *interpretado em conformidade com o direito internacional convencional*, dada a sua superior hierarquia normativa.

Totalmente inválido é, conseqüentemente, o art. 40º do CDOM, na medida em que afirma que o médico não deve levar ao conhecimento do paciente o prognóstico, o diagnóstico e a terapia “por motivos que e sua consciência julgue ponderosos” e não o deve fazer, em princípio, perante um prognóstico fatal.”<sup>1062</sup>

Assim, devemos sublinhar certos critérios fundamentais. Por um lado, não há um *direito à mentira*,<sup>1063</sup> por outro, não seria admissível omitir uma informação importante com o objectivo de *evitar que o paciente recuse uma intervenção ou não fique desencorajado de se lhe submeter*.<sup>1064</sup> A utilização da excepção terapêutica exige que a utilidade terapêutica da intervenção seja grande e, sobretudo, só é legítima quando está em causa *risco para a vida* do paciente ou *grave dano à saúde, física ou psíquica* do mesmo.<sup>1065</sup>

<sup>1060</sup> Cfr. LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>1061</sup> Do mesmo modo a jurisprudência alemã. “Der BGH judiziert “sehr streng und engherzig”. Das Gericht lässt die Pflicht zur Aufklärung nur entfalten, wenn diese Leben oder Gesundheit ernstlich gefährdetete.” LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 520.

<sup>1062</sup> Mais brando na censura a este art. é VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 88, em nota, que apela para uma leitura da norma em conformidade com o art. 157º CP. Todavia, parece-me que quer a letra, quer a *ratio* do art. 40º estão nos antípodas do direito médico moderno. Há um claro apelo ao paternalismo clínico que devemos - precisamente em sede de privilégio terapêutico - combater. Para além do mais, o CDOM é um texto com uma força normativa baixa, que o intérprete pode (fundamentadamente, porém) postergar, como aqui proponho.

<sup>1063</sup> Cfr., no mesmo sentido, GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 194. Cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*<sup>5</sup>, p. 284 defendem a primazia da regra da verdade (*veracity*).

<sup>1064</sup> Assim, LELEU/ GENICOT, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>1065</sup> É bastante expressivo, o exemplo que colhemos dos profissionais da cardiologia: os pacientes que sofrem de um *enfarte do miocárdio* estão em iminente perigo de morte, pelo que a revelação do exacto

Concluindo com as palavras de dois médicos: “Este ‘privilégio terapêutico’ deve ser evitado ao máximo, reservando-se a sua utilização para casos verdadeiramente excepcionais, como algumas doenças psiquiátricas ou cardíacas que, pela sua natureza, sejam agravadas com a transmissão da informação.”<sup>1066</sup>

### § 43. O “direito a não saber”

Aristóteles afirmava que todos os homens eram por natureza movidos por um desejo de saber.<sup>1067</sup> Todavia, verifica-se que mesmo entre famílias com elevado risco de sofrer de uma malformação genética, muitos indivíduos optam por não saber.<sup>1068</sup> Se o ‘conhecimento é poder’, ‘a ignorância é uma benção’. Alguns indivíduos, pelas mais diversas razões podem preferir, em consciência, não ser informados relativamente a certos aspectos da sua saúde.<sup>1069</sup>

O paciente pode renunciar à informação. Neste caso, não tem de haver esclarecimento quando o paciente declara ao médico que aceitará tudo o que ele venha a decidir ou que, simplesmente, prefere não tomar conhecimento da gravidade da sua situação. Temos, assim, a afirmação do *direito a não saber*, como dimensão do princípio da autonomia da pessoa humana, e que se encontra expressamente previsto no art. 10º, n.º 3 da CEDH Bio.

No direito comparado, diversos são os ordenamentos jurídicos que expressamente admitem este direito, nomeadamente em Espanha<sup>1070</sup>, na França<sup>1071</sup> e na Bélgica<sup>1072</sup>. Também a Declaração dos Direitos dos Pacientes (OMS, 1994) reconhece que “Os pacientes têm o direito de não serem informados, a seu exposto pedido.”

alcançe do seu diagnóstico poderia ser fatal; impõe-se aqui, pois, que a *arte clínica* acalme o paciente, podendo mesmo omitir informações. Por outro lado, ensina a boa prática médica, que se deve comunicar, com brevidade, com a família, por forma a que esta se inteire da extrema delicadeza da condição do paciente: trata-se de um caso de esclarecimento terapêutico, a meu ver legítimo quando devidamente cumprido.

<sup>1066</sup> Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, p. 125.

<sup>1067</sup> Cfr. CHADWICK/ LEVITT/ SHICKLE, *The right to know and the right not to know*, p. 1.

<sup>1068</sup> CHADWICK/ LEVITT/ SHICKLE, *ob. cit.*, p. 2, onde é citado o estudo de TYLER *et al.*, segundo o qual os centros do Reino Unido para realização do teste pré-sintomático da doença de Huntington, entre 1987 e 1990, registaram uma afluência muito reduzida. Se numa sondagem prévia entre 56% e 66% das pessoas em risco desejariam realizar o teste predictivo, quando este estivesse acessível, na prática apenas 248 testes foram realizados nos primeiros cinco anos de actividade, numa população estimada em 10.000 pessoas com o risco de 50% de sofrerem da doença.

<sup>1069</sup> Os domínios mais relevantes de aplicação deste instituto são o das análises de provas genéticas, o diagnóstico pré-natal, o teste da SIDA, etc..

<sup>1070</sup> Art. 9, n.º 1. da Ley 41/2002, de 14 de Novembro. No direito espanhol autonómico a Ley 21/2000, de 29 de Dezembro, da Catalunha e a Ley 10/2001, de 28 de Junho, da Estremadura, estabelecem que é necessário respeitar a vontade de uma pessoa a não ser informada.

<sup>1071</sup> L 1111-2: La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

<sup>1072</sup> Art. 7º, § 3 da Lei de 22 de Agosto de 2002.

Embora a renúncia possa ser *expressa* ou *tácita*, esta deve ser *clara e inequívoca*, pois como julgou o Supremo Tribunal Austríaco (OGH, 1983), não é correcto “que o médico, só com base na ausência de perguntas por parte do paciente, deduza, de forma concludente, um desejo de não receber mais informações”. Exige-se uma “recusa informada”. O paciente deve ter um conhecimento, ao menos em abstracto, do âmbito de conhecimentos em questão, de tal forma que se encontre em condições de poder ponderar, adequadamente, os riscos da falta de conhecimento.<sup>1073</sup> Como explica Jochen Taupitz, o direito a não saber tem que ser *ativado* pelo sujeito para que deste derivem certos direitos de defesa ou de indemnização. Em princípio, portanto, o médico pode revelar as informações.<sup>1074</sup>

O problema fundamental do direito a não saber é *o conhecimento da possibilidade de conhecimento*. Só estando ciente da possibilidade de conhecer determinadas informações, pode o sujeito autodeterminar-se no sentido de as recusar. De qualquer modo, não se exige aqui uma “recusa informada” no sentido de uma “recusa com plena informação”; caso contrário, o direito a não saber ficaria vazio de conteúdo. Contudo, é necessário que haja um conhecimento ao menos em abstracto por parte do afectado do âmbito de conhecimentos em questão. Se este conhecimento falta, não é correcto, regra geral, privar o afectado de certa informação básica invocando o direito a não saber. Esta *informação básica*, que em todo o caso deve transmitir-se com a conveniente delicadeza, deve ser suficiente para pôr o afectado em condições de poder ponderar adequadamente os riscos da falta de conhecimento. Só em casos excepcionais se pode *presumir* que o paciente quer exercer o direito a não saber; este será o caso, especialmente, quando com base na atitude e concepção vitais do afectado noutros campos ou em virtude de manifestações expressas feitas no passado que indiquem claramente uma vontade de defesa que se refira, inclusivamente, às informações de carácter básico.<sup>1075</sup>

No plano jurídico, a justificação desta prerrogativa encontra-se no direito à reserva da vida privada<sup>1076</sup>, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na integridade e autodeterminação do sujeito. Os contra-argumentos baseiam-se, sobretudo, na solidariedade e na responsabilidade.<sup>1077</sup>

---

<sup>1073</sup> Assim, a maioria da doutrina alemã, *vide* ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p.108, com referências doutrinárias.

<sup>1074</sup> TAUPITZ, “El derecho a no saber...”, *Rev Der Gen H* 9/1998, p. 166.

<sup>1075</sup> TAUPITZ, “El derecho a no saber...”, *Rev Der Gen H* 9/1998, p. 173.

<sup>1076</sup> LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>1077</sup> *Vide* CHADWICK/ LEVITT/ SHICKLE, *ob. cit.*, p. 8 e *passim*, para uma análise pluridisciplinar do direito a saber e a não saber no domínio da genética.



O filósofo Gilbert Hottois, todavia, considera, no plano ético, que: “o valor kantiano da autonomia do sujeito postula e protege o direito a saber e acalenta a obrigação de saber, já que a autonomia do sujeito só é possível e só se acrescenta com o conhecimento, que ilumina a vontade e a liberdade. A pretensão de defender um direito a não saber e valorizar o não saber fatalista, reivindicando o princípio da autonomia do sujeito, constitui uma contradição e um contra-senso, uma utilização abusiva e inclusivamente absurda do conceito de autonomia. O *não saber* e o *culto do não saber* unicamente podem destruir a autonomia do sujeito. Só o direito de saber e o dever de saber se articulam positivamente com o princípio da autonomia, já que o poder de autodeterminação deve exercer-se com conhecimento de causa, isto é, baseando-se em toda a informação pertinente disponível que possa aumentar a capacidade de escolha de um sujeito. O não querer saber limita a capacidade de autonomia real do indivíduo e leva a um abandono na heteronomia do acaso ou à vontade e ao saber de outro.”<sup>1078</sup>

Também numa análise económica do direito não existe outra concepção válida da pessoa do que a que constitui a pessoa como ser capaz de extrair as correctas conclusões económicas em cada situação.<sup>1079</sup> O não saber é, pois, anti-económico e por este prisma deveria ser rejeitado o direito a não saber.

A doutrina maioritária entende, porém, que se trata aqui de um direito a “ser respeitado como indivíduo autónomo, capaz de uma decisão de vontade”, que radica no direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato à dignidade humana.<sup>1080</sup> “De facto, frequentes vezes o doente não quer saber toda a verdade acerca do seu estado, e é *inadmissível não respeitar este seu direito a não ser informado*.”<sup>1081</sup> No fundo, como afirmam Beauchamp e Childress, a autonomia é um direito e não um dever, e o paciente também exerce a sua autonomia querendo afastar-se do processo de decisão.<sup>1082</sup>

De todo o modo, tal como sucede com o direito à informação, o direito a não saber não é absoluto. Pode sofrer *restrições* tanto no interesse do próprio paciente (informá-lo da

---

<sup>1078</sup> Gilbert HOTTOIS, “Información y saber genéticos”, *Rev Der Gen H*, 11, Jul-dez 1999, pp. 25-53. Noutro escrito, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, p. 160, HOTTOIS afirma: “Ces développements constituent, selon nous, les passages les plus réactionnaires, obscurantistes, contraires à la philosophie des droits de l’homme et à l’éthique. Du point de vue du discours éthique, il faudra parler exclusivement “d’un droit de savoir” et même d’un “devoir de savoir” afin de tirer de ce savoir toutes les conséquences utiles pour sa propre santé et pour celle d’autrui, et même, au delà, utiles à la gestion éclairée et responsable de l’existence individuelle”.

<sup>1079</sup> Cfr. TAUPITZ, “El Derecho a no saber en la legislación alemana”, *Rev Der Gen H*, 8, 1998, p. 110.

<sup>1080</sup> TAUPITZ, “El derecho a no saber...”, *Rev Der Gen H* 9/1998, p. 177.

<sup>1081</sup> OSSWALD, “A Morte Anunciada”, *Cadernos de Bioética*, 12, Out. 1996, p. 57.

<sup>1082</sup> Cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*<sup>5</sup>, p. 63.

predisposição para uma patologia grave, para que adopte medidas preventivas face à mesma) como para protecção de terceiros (informá-lo, por exemplo, de uma doença infecto-contagiosa, como sucede com a SIDA, para evitar a transmissão a terceiras pessoas ou aos seus familiares). Tais excepções estão previstas na CEDH Bio, nos artigos 10º, n.º 3 e 26º.<sup>1083</sup>

## Secção VIII - O dever de verificar o esclarecimento do doente

### § 44. O dever de verificar o esclarecimento do paciente – situações mais relevantes

Entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas. Este aspecto é realçado por Guilherme de Oliveira, segundo o qual "sem satisfação deste dever, nada garante que o consentimento foi realmente esclarecido, embora o médico tenha aparentemente cumprido a obrigação de informar."<sup>1084</sup> No mesmo sentido Hottois e Parizeau, afirmam: "o pedido de consentimento obriga o médico a algumas iniciativas complementares: *verificar se a informação ao doente foi bem compreendida*, formulando algumas perguntas; suscitar questões complementares por parte do doente; avaliar o grau de ansiedade do doente e tentar remediá-lo; obter o acordo verbal do doente para dar início ao tratamento."<sup>1085</sup>

<sup>1083</sup> O n.º 3 do art. 10º da CEDH Bio prevê: "a título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos estabelecidos no parágrafo 2º". Cfr. ainda o Relatório explicativo, parágrafo 70.

Neste sentido, dispõe o art. 449 do Código Civil holandês que "se um paciente deu a conhecer que não quer receber informações, deve-se omitir a prestação de informações, salvo quando o interesse que o paciente tenha em não saber, não compense o prejuízo que possa derivar daí *para si próprio* ou *para terceiros*". A lei espanhola afirma que "la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso" (art. 9, n.º1). A lei belga introduz alguns requisitos procedimentais no caso de o médico entender não deve respeitar o direito a não saber: "Les informations ne sont pas fournies au patient si celui-ci en formule expressément la demande à moins que la non-communication de ces informations ne cause manifestement un grave préjudice à la santé du patient ou de tiers et à condition que le praticien ait consulté préalablement un autre praticien professionnel à ce sujet et entendu la personne de confiance éventuellement désigné dont question au § 2, alinéa 3. La demande du patient est consigné ou ajouté dans le dossier du patient" (art. 7, § 3).

Em França, prescreve o art. 35, n.º 2 do *Code de Déontologie médicale*: "...Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, *un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination*. DUPUY, *L'information médicale*, 2002, p. 60, inclui nesta última secção – que constitui uma excepção ao privilégio terapêutico, no fundo, uma excepção à excepção (!) - o caso da revelação do diagnóstico de HIV+, pelo que este último se impõe sempre aos médicos franceses.

<sup>1084</sup> Tal dever ganha maior relevo nos casos de trabalho de grupo, como, p. ex., nos complexos tratamentos contra o cancro.

<sup>1085</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p. 91.

Este dever é tanto mais importante quanto, frequentemente, se recorre a *formulários pré-elaborados*, a que o paciente se limita a apor a sua assinatura.

Por outro lado, verifica-se que na *medicina de equipa* há uma repartição de tarefas e, por vezes, o dever de esclarecer é cumprido por um assistente do cirurgião principal, o que parece ser de aceitar. Ora, aquando da intervenção cirúrgica este dever de cuidado adicional, a cargo do chefe de equipa, afigura-se razoável e legítimo.

Na jurisprudência estrangeira encontramos casos em que o *paciente não compreende o idioma*<sup>1086</sup>, ou em que *o paciente é surdo*<sup>1087</sup>. Casos que acabaram com a condenação dos médicos, não porque não tivessem prestado informações, mas porque não averiguaram se os pacientes as tinham minimamente percebido. Podemos ainda inserir aqui, com especial aquidade, os casos de *paciente resoluta*, em que o paciente está decidido a levar por diante uma determinada intervenção e não pretende obter mais informação. Outro grupo de casos em que este dever assume relevância especial prende-se com aqueles doentes, que em razão da sua profissão (médicos ou enfermeiros) ou em razão da sua experiência ao nível dos tratamentos (doentes crónicos, recidivas operatórias, tratamentos continuados de radio ou quimioterapia, etc.) não carecem de (tanta) atenção ao nível do cumprimento do dever de informar. Ora, é nestoutro momento que se deve juridicamente defender a sua autodeterminação, assegurando que o médico que leva a cabo a intervenção verifica se está perante um consentimento livre e esclarecido.<sup>1088</sup>

Todavia, os tribunais norte-americanos não exigem propriamente que o paciente tenha compreendido a informação que lhe foi transmitida. Efectivamente isso seria já bastante oneroso para o médico. O que se exige é que a informação seja transmitida de forma acessível, que o jargão profissional seja traduzido para um nível de linguagem compreensível por parte de um leigo.<sup>1089</sup>

Wear assinala que a doutrina tem posto muito ênfase no debate sobre a capacidade para consentir e na informação que deve ser revelada<sup>1090</sup> e muito pouco na voluntariedade ou na plena liberdade para consentir. Efectivamente, na relação clínica estabelece-se uma relação humana que leva a possíveis situações de manipulação e coacção que viciam a vontade do paciente. Por outro lado, a “hiper-informação” pode conduzir o paciente à confusão e à perda da noção de perspectiva, a qual é necessária para decidir – como diz o já aforismo inglês “*too much information is bad information!*” Ora, este dever de verificar o

---

<sup>1086</sup> Cfr. FAURE/ KOZIOL, *Cases on Medical Malpractice*, p. 7, Caso 2.

<sup>1087</sup> Vide MALICIER et al., *ob. cit.*, p. 54.

<sup>1088</sup> LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 519.

<sup>1089</sup> GRISSO/ APPELBAUM, *Assesing...*, p. 8.

<sup>1090</sup> WEAR, *Informed Consent*, 1998, p. 19.

esclarecimento do paciente pode ter também este outro sentido: o profissional de saúde tem a obrigação de criar as condições para que o paciente tome uma *decisão livre e isenta de vícios*.

Por outro lado ainda, esta etapa do processo do consentimento informado pode servir para o médico *reavaliar a capacidade para consentir* do paciente.<sup>1091</sup> Assim, podemos afirmar que há uma relação de mútua dinâmica entre os elementos do consentimento informado: a capacidade e a informação: o médico deve prestar informação ao paciente se o julga capaz, mas à medida que estabelece esse contacto vai-se apercebendo da real capacidade de entendimento e decisão do doente, podendo, a final, vir a considerá-lo incapaz, com as devidas consequências jurídicas: terá que procurar o seu representante.

---

<sup>1091</sup> KUHLMANN, *Einwilligung in die Heilbehandlun alter Menschen*, p. 102.

## CAPÍTULO III – O CONSENTIMENTO

“*nulla injuria est quae in volentem fiat*”

Ulpiano, (D. 47.10 de inj 1 § 5)

### Secção I – O Consentimento

#### § 45. Modalidades da declaração de consentimento

##### 1. Consentimento expresso e consentimento tácito

Entre nós vigora o princípio da *liberdade declarativa*.<sup>1092</sup> Assim, o consentimento relevante para excluir a ilicitude da lesão tanto pode ser *expresso* como *tácito*, mas neste último caso terá de deduzir-se de factos que "com toda a probabilidade" revelem tal consentimento (art. 217º do CC), ou seja, terá de decorrer de factos concludentes, que se reportem à específica e concreta lesão consentida.<sup>1093</sup>

##### 1.1. Casos em que se exige consentimento expresso

Há alguns casos, na legislação portuguesa, em que se exige um consentimento expresso, ou explícito, afastando-se, pois, a regra geral que admite o valor declarativo das declarações tácitas. “Quando a lei obriga a uma declaração expressa parece de entender que ela quis referir-se a uma declaração tanto quanto possível *inequívoca* – a uma declaração que se preste a poucas dúvidas, a uma declaração *explícita e segura*”.<sup>1094</sup> A prestação de um *consentimento expresso* significa, assim, para o agente médico, a obtenção de uma manifestação

---

<sup>1092</sup> Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, p. 129; Carlos MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 424.

<sup>1093</sup> Vide FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 704 e ss. Afirma o Autor (p. 712) que “o critério adoptado para a distinção entre o expresso e o tácito baseia-se pois na avaliação objectiva da finalidade do enunciante, isto é, na compreensão dessa finalidade segundo os cânones definidos pelos art.ºs 236 ss.”

Não se estranhe o facto de se estar a aplicar as normas relativas aos negócios jurídicos ao consentimento (*tolerante*) que, como vimos, é um *simplex acto jurídico*. O art. 295º CC permite este método, na medida em que a analogia das situações assim o justifique, até porque estamos perante *quase-negócios jurídicos*.

<sup>1094</sup> Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, p. 130. O autor apresenta as doutrinas que permitem distinguir a declaração expressa da tácita. Para mais desenvolvimentos cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, pp. 704-712.

de vontade inequívoca decorrente da declaração correspondente do paciente através de um meio directo e explícito.<sup>1095</sup>

O legislador impõe este tipo de declaração nos casos de intervenções mais graves, que correspondem, em grande parte, a intervenções não terapêuticas, ou que se revestem de riscos graves ou de possíveis consequências laterais muito desvantajosas. O legislador privilegiou, pois, a segurança jurídica, como instrumento de reflexão, decisão amadurecida e de prova fácil<sup>1096</sup>. Este mesmo raciocínio vale, de forma acrescida, para a exigência da forma escrita, sendo que a maior parte dos casos em que se exige declaração expressa estão associados à prescrição da forma escrita.<sup>1097</sup> Dogmaticamente, porém, são duas realidades distintas.

Vejamos, então, os casos do direito português.<sup>1098</sup>

É indubitável a hipótese de consentimento para a participação em ensaios clínicos, já que a própria lei afirma que este deve ser livre, esclarecido, *expresso* e dado por escrito (art. 10º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 97/94).

O exercício do direito ao *co-consentimento* dos menores e incapazes deve, também, ser declarado de forma *expressa*. Na verdade, os elementos *literal* e *sistemático* da interpretação apontam nesse sentido, já que o art. 10º, n.º5, do Decreto-Lei n.º 97/94, exige o “consentimento”, o que, no enquadramento sistemático do art. 10º, parece dever ser lido como sendo um consentimento acompanhado pelos requisitos do n.º1 (livre, esclarecido e *expresso*). Mais decisivamente, a *ratio legis* contribui para este entendimento, uma vez que o instituto do *co-consentimento* se aplica quando o incapaz (negocial) é capaz para consentir e, tratando-se de uma intervenção tão crítica como a participação em ensaios clínicos, pretende-se evitar ao máximo a *heteronomia*, buscando por todas as formas a manifestação da autonomia do sujeito que participa na experimentação. E isto valerá, com valor reforçado, quando se vier a admitir a experimentação *pura* em incapazes, admitida pela

---

<sup>1095</sup> “A declaração é expressa quando feita por palavras, escrito ou quaisquer outros meios directos, frontais, imediatos de expressão da vontade e é tácita quando do seu conteúdo directo se infere um outro, isto é, quando se destina a um certo fim, mas implica e torna cognoscível, *a latere*, um autoregulamento sobre outro ponto – em via oblíqua, mediata, lateral.” Carlos MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 425.

<sup>1096</sup> Na verdade, a distinção entre enunciado tácito e *silêncio* nem sempre é fácil. Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, p. 714

<sup>1097</sup> Nem sempre é assim: veja-se os testes de biologia molecular em adultos (art. 3, n.º1, al. d) e 4º, n.º 2, al. a) do Despacho n.º 9108/97, o regime do consentimento para transplante *inter vivos* antes da entrada em vigor da CEDHBio e o que diremos sobre o *co-consentimento* dos incapazes nos ensaios clínicos e nos transplantes. Em todos estes casos exige-se uma declaração expressa mas não se exige qualquer forma.

<sup>1098</sup> Não é por acaso que estes exemplos se encontram na chamada medicina não terapêutica, de foro experimental, altruístico ou diagnóstico. É nestes domínios que mais se impõe a protecção da integridade física e moral dos pacientes.

Directiva 2000/31/CE. Com efeito, a declaração expressa é o modo mais seguro e *inequívoco* de obter a verdadeira manifestação de vontade do declaratório.

Contrariamente, o *direito de veto* dos menores ou incapazes (art. 17º, n.º1, v) da CEDH Bio) pode ser deduzido de *factos que, com toda a probabilidade, a revelam*.<sup>1099</sup> Regem aqui, inversamente, os argumentos substanciais invocados a propósito do co-consentimento. Pretende-se, pois, oferecer a mais ampla possibilidade de o incapaz transmitir a sua *vontade de não participar* em actividades arriscadas e de duvidosa eficácia terapêutica.

No caso de doação de órgão ou tecidos, após a entrada em vigor da CEDH Bio no ordenamento jurídico interno, nenhuma dúvida resulta de que a declaração terá de ser expressa. A Convenção veio exigir que o consentimento *seja prestado de forma expressa e específica, quer por escrito quer perante uma instância oficial* (art. 19º, n.º2 CEDH Bio). Já antes, porém, a lei estabelecia que o consentimento devia ser *inequívoco* (art. 8º, n.º 1 da Lei 12/93, de 22 de Abril).

Também a *concordância* dos menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade deve ser *expressa* (art. 8º, n.º4 da referida Lei). E isto por força dos argumentos materiais aduzidos a propósito do co-consentimento em ensaios clínicos e que aqui, no domínio dos transplantes, valem com força redobrada. Já o exercício do *direito de veto* (art. 20º, 2, v) da CEDH Bio) poderá ser *tácito*.

Outro caso de consentimento expresso é o da realização de intervenções psicocirúrgicas, que exigem, além do *prévio consentimento escrito*, o parecer escrito favorável de dois médicos psiquiatras designados pelo Conselho Nacional de Saúde Mental (art. 5º, n.º 2 da LSM). Ora todo este procedimento não me parece compatível com um consentimento que tenha na base apenas declarações tácitas. O mesmo se diga da prática de electroconvulsoterapia (art. 5º, n.º1, al. d) da LSM).

No caso de testes genéticos, o consentimento expresso também é exigido. Assim se prevê para os exames de diagnóstico do estado de heterozigotia, o diagnóstico pré-sintomático e os exames de biologia molecular em crianças<sup>1100</sup>. O diagnóstico pré-natal, quando implique a utilização de técnicas invasivas, carece de um consentimento *sempre que possível por escrito* (art. 3 al. c) do Despacho n.º 5411/97, de 6 de Agosto). Esta bizarra formulação não pode deixar dúvidas de que o que sempre se exigirá é uma *declaração expressa*, não sendo suficientes meros comportamentos concludentes, dada a gravidade da

---

<sup>1099</sup> A CEDH Bio fala em manifestar a sua oposição, mas essa *manifestação* pode ser feita por qualquer meio e até por pessoas “sem capacidade de entendimento e de manifestação de vontade”.

<sup>1100</sup> Cfr. artigos 3º, n.º2, al. d), 4º, n.º 2, al. a) e 7º, n.º1 do Despacho n.º 9108/97, de 13 de Outubro.

intervenção em causa (que tem alguma probabilidade (cerca de 1%) de causar o aborto do feto).

Finalmente, a esterilização voluntária tem de ser feita mediante declaração escrita, contendo a *inequívoca* manifestação de vontade de que deseja submeter-se à necessária intervenção (art. 10º, n.º 1 da Lei n.º 3/84, de 24 de Março).

## 2. Forma do consentimento

### 2.1. A regra da liberdade de forma

Nos termos do art. 219º vigora no direito civil português o princípio da liberdade de forma. Do mesmo modo também no contrato médico a regra é a da oralidade.<sup>1101</sup>

### 2.2. Casos em que o consentimento deve ser prestado por escrito

Existem, contudo, algumas intervenções médicas para as quais a lei impõe requisitos formais.<sup>1102</sup> Assim acontece em matéria de: *interrupção voluntária da gravidez* (art. 142º, n.º3, al. a) do CP); *esterilização* (art. 10º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março); no *diagnóstico pré-natal*, (al. c) do art. 3º do Despacho n.º 5411/ 97, de 6 de Agosto); *testes de biologia molecular* em crianças e adolescentes (art. 7º, n.º1 do Despacho n.º 9109/97, de 13 de Outubro)<sup>1103</sup>; no âmbito da Lei de Saúde Mental exige-se o consentimento escrito para a prática de electroconvulsoterapia e de intervenções psicocirúrgicas (art. 5º, n.º1, al. d) e n.º 2 da LSM); no domínio dos *ensaios clínicos em seres humanos*, o art. 10º do Decreto-Lei n.º 97/94 exige que o consentimento seja *dado por escrito*.<sup>1104 1105</sup> Igualmente no âmbito dos

<sup>1101</sup> Cfr., para o direito alemão, KATZENMEIER, *Arzthaftung*, Mohr Siebeck, 2002, p. 342. O autor afirma que a jurisprudência germânica encara com cepticismo a utilização de formulários no processo do consentimento informado.

<sup>1102</sup> Cfr., desenvolvidamente, VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 428-431.

<sup>1103</sup> Cfr., também o Projecto de Lei n.º 28/IX relativo à informação genética pessoal e informação de saúde, no art. 20º, n.º 5 exige o consentimento informado escrito para a obtenção e utilização de material para um banco de produtos biológicos.

<sup>1104</sup> O exercício do co-consentimento, na forma escrita, por parte do incapaz (negocial) pode não ser possível em certos casos. Deve ficar sempre salvaguardado o carácter livre, esclarecido e *expresso* deste consentimento e, sempre que possível, deve o incapaz declarar por escrito a sua concordância com o ensaio clínico. Porém, em casos de incapacidade total (senilidade, doentes mentais profundos, pequena infância) não será possível exigir, frequentemente, uma declaração escrita. Assim sendo, deve-se entender que o consentimento do incapaz em forma escrita é um requisito não essencial, até porque a lei não impede a realização de experimentação (terapêutica, sendo que a CEDH Bio e a Directiva 2000/31/CE admitem mesmo a experimentação não terapêutica) em incapazes para consentir.

<sup>1105</sup> O art. 2º, al. j) da Directiva 2001/20/CE define “Consentimento esclarecido” como: a decisão, *obrigatoriamente por escrito*, datada e assinada, de a pessoa participar num ensaio clínico, expressa livremente, após ter sido devidamente informada sobre a natureza, o alcance, as consequências e os riscos e ter recebido documentação adequada, por uma pessoa com capacidade para dar o seu consentimento ou, se se tratar de uma pessoa que não esteja em condições de o fazer, pelo seu representante legal; se a pessoa em causa não puder escrever, poderá excepcionalmente dar o seu consentimento oral na presença de, no mínimo, uma testemunha, como previsto na legislação nacional.” Cfr. também o art. 3º, n.º 2, al. d).



testes de seropositividade os serviços de saúde exigem o consentimento por escrito. No caso de *procriação assistida* os diversos projectos têm vindo a prever a exigência de consentimento escrito.<sup>1106</sup>

Quanto à *transplantações entre vivos*, a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril não exigia forma escrita<sup>1107</sup> Tal solução suscitou a estupefação de alguma doutrina<sup>1108</sup>. Contudo, afirmava Faria Costa, "o bom senso e a normal jurisprudência das cautelas farão com que o médico que fizer a recolha de órgão se queira sentir confortado pela presença de um documento escrito onde se veja, sem margem para dúvidas, a expressão de um consentimento."<sup>1109</sup> Se a lei não exigia a forma escrita, obrigava, porém, que o consentimento fosse prestado perante médico designado pelo director clínico do estabelecimento onde a colheita se realizasse e que não pertencesse à equipa de transplante (art. 8º, n.º 2). Com a entrada em vigor da CEDHB, o consentimento deve ser "*prestado de forma expressa e específica, quer por escrito quer perante uma instância oficial*" (art. 19º, n.º2). Enquanto o legislador não clarificar este ponto do regime, defendemos que *o consentimento deve ser prestado por escrito*, visto que "um médico designado pelo director clínico que não pertença à equipa de transplante" não médico parece que deva ser interpretado como uma "instância oficial", para efeitos da Convenção.

### 2.2.1. Exigência de forma no caso de intervenções invasivas?

No direito comparado encontramos, por vezes, a exigência de forma quando se está perante uma intervenção invasiva.

A Ley 41/2002, de 14 de Novembro (Espanha), estatui que a regra geral é o consentimento verbal. Mas reserva o modo escrito - tal como, já antes, se prescrevia nas legislações das comunidades autónomas da Galiza, Catalunha, Navarra e La Rioja - às *intervenções cirúrgicas, procedimentos diagnósticos invasivos* e procedimentos que envolvam *riscos notórios e previsíveis*.

Entre nós o CDOM é sensível à exigência de forma nos casos de intervenções mais arriscadas. Assim, este Código aponta (titubiantemente) para a forma escrita em várias situações: se o médico qualificar os métodos de diagnóstico ou de terapêutica como

---

<sup>1106</sup> Olhando apenas ao mais recente: o Projecto de Lei n.º 90/IX, veja-se o art. 11º, n.º 1.

<sup>1107</sup> Já a Recomendação (78) 29 do Conselho da Europa, referia no art. 3º a necessidade do consentimento ser prestado por *escrito*.

<sup>1108</sup> FARIA COSTA, "O Valor do Silêncio do legislador Penal", in *Transplantações - Colóquio Interdisciplinar*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - n.º 3, Coimbra, 1993, p. 117, nota 43. Paula RIBEIRO de FARIA, *ob Cit.*, p. 260. "parece poder afirmar-se como altamente defensável o estabelecimento de exigências específicas de forma relativamente ao consentimento em geral".

<sup>1109</sup> FARIA COSTA, "O Valor do Silêncio...", *cit.*, p. 118, nota 43.

*arriscados*, deverá obter previamente o consentimento do paciente ou dos seus representantes, se for caso disso, e *preferencialmente por escrito* (art. 39º CDOM); para os tratamentos *vedados* ou *condicionados* (cf. art. 45º CDOM) em que se visam evitar *tratamentos com elevados riscos* por não estarem cientificamente comprovados ou fundamentados, bem como evitar a experimentação temerária, etc., exigindo-se “o consentimento formal (...) *preferencialmente por escrito*”; para a utilização de terapêutica que implique risco de interrupção da gravidez, deverá ser colhido o consentimento *por escrito* (art. 48º CDOM).

A Circular Informativa da DGS n.º 15/DSPCS, de 23.03.98, veio recomendar a utilização de formulários escritos, em especial quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente. Esta última, como o nome indica, tem mero valor *informativo* e não normativo, pelo que não cria uma obrigação legal de respeitar esta forma (art. 219º, *in fine* do CC).

Mais delicada é a questão de saber se o CDOM, nesta matéria, é vinculativo. A verdade é que, como VAZ RODRIGUES bem analisou<sup>1110</sup>, a sua terminologia é incerta e os comandos normativos pouco claros, optando o Código frequentemente pela inconclusiva expressão “preferencialmente por escrito”!

Assim, devemos distinguir entre as intervenções médicas também reguladas na lei, prevalecendo sempre esta última, dos casos apenas previstos no CDOM e que são os previstos nos artigos 39º e 45º. Ora nestes casos o Código apenas *incita* o médico a lançar mão da forma escrita, pelo que não há verdadeira exceção ao princípio da liberdade de forma (art. 219º).

Em suma, na relação médico-paciente vigora, em regra, o princípio da liberdade de forma e esta não é afastada, mesmo nos casos de *intervenções invasivas*.<sup>1111</sup>

### 3. Intervenção de outras entidades no processo do consentimento informado

Por vezes a lei exige a intervenção de terceiras entidades no processo complexo e dinâmico de formação do consentimento informado. Estamos perante situações que configuram as formas mais agressivas de intervenção médica e em que, concomitantemente, o paciente carece de maior protecção em virtude da sua especial debilidade.

<sup>1110</sup> Acompanho as críticas de VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 90.

<sup>1111</sup> Também na Áustria, segundo BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, 1999, p. 37, o consentimento *escrito* é exigido para: ensaios clínicos, inseminação artificial (exigindo-se o consentimento escrito de ambos os cônjuges), intervenções psicocirúrgicas e nas análises ao genoma, ou seja, à parte estes casos excepcionais a regra é a *liberdade de forma*.

Assim, por vezes,<sup>1112</sup> a lei apela à *intervenção do tribunal*. Paradigmático é o caso da doação *inter vivos* de substâncias regeneráveis quando o doador é um incapaz adulto (art. 8º, n.º5, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, e al. *iv*) do n.º 2 do art. 20º CEDH Bio). Outro caso em que se exige autorização judicial será, seguindo a proposta aqui defendida (cfr. supra §28, 5.), o da esterilização de incapazes adultos.

Outras vezes, a lei procura controlar este processo através do *envolvimento de vários médicos*. Assim, o consentimento para transplante *inter vivos* é prestado perante médico designado pelo director clínico do estabelecimento onde a colheita se realize e que não pertença à equipa de transplante (art. 8º, n.º1 da Lei 12/93, de 22 de Abril).<sup>1113</sup>

O processo de verificação da morte cerebral está sujeito a um rigoroso controlo.<sup>1114</sup> Com efeito, “na verificação da morte não deve intervir médico que integre a equipa de transplante” (art. 13º, n.º 2 da Lei 12/93) e “no caso de sustentação artificial das funções cárdio-circulatória e respiratória a verificação da morte deve ser efectuada por dois médicos” (art. 4º, n.º4 da Lei 141/99, de 28 de Agosto).

Por seu turno, a realização de intervenção psicocirúrgica carece de parecer escrito favorável de dois psiquiatras designados pelo Conselho Nacional de Saúde Mental.<sup>1115</sup>

A prática da interrupção voluntária da gravidez está sujeita a um controlo procedimental, no qual se exige a certificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico *diferente* daquele por quem ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada (art. 142º, n.º 2).

No domínio dos ensaios clínicos as *Comissões de Ética para a Saúde* assumem um papel de extrema importância. Embora já desde 1986 se registre a actividade de algumas Comissões de Ética no nosso país<sup>1116</sup>, foi a publicação do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de

---

<sup>1112</sup> No contexto do direito comparado, o direito português da medicina lança mão relativamente poucas vezes da intervenção moderadora e fiscalizadora do tribunal. Isso deve-se a duas razões: por um lado, só agora se começa a tomar consciência que a actividade médica pode lesar os direitos fundamentais do cidadão e, por outro, o legislador tem consciência de que os tribunais estão ainda mais preparados para lidar com as questões de direito patrimonial ou com o direito criminal, do que com a actividade de apoio e assistência aos incapacitados, nomeadamente no que respeita ao acesso aos cuidados de saúde. Aliás, em Portugal tem-se verificado um movimento de esvaziamento dos tribunais desta função, passando-a para as mãos do MP.

<sup>1113</sup> Por seu turno, o art. 19º, n.º2 CEDH Bio apela para a participação de uma instância oficial.

<sup>1114</sup> Art. 4º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, e Declaração da Ordem dos Médicos, de 1 de Setembro de 1994.

<sup>1115</sup> Não há qualquer exigência especial no caso de transexualismo (cfr. art. 55º CDOM), mas talvez fosse de exigir um processo complexo com intervenção de *psiquiatras* não pertencentes à equipa médica que leva a cabo a cirurgia de mudança de sexo.

<sup>1116</sup> Com a criação da *Comissão de Ética do Hospital da Universidade de Coimbra*, em 1986, surgiu, pela primeira vez em Portugal uma comissão, cujo objectivo era o de contribuir para a resolução dos conflitos éticos suscitados pela prestação de cuidados de saúde, oferecendo assistência ética a pacientes e a profissionais de saúde. Esta e as outras comissões de ética, que posteriormente se foram constituindo nos

Abril, (sobre ensaios clínicos de medicamentos) no qual se afirma a exigência de obtenção de parecer favorável por parte da Comissão de Ética, e do Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio, (relativo à composição, constituição e competências das Comissões de Ética para a Saúde) que permitiu estabelecer o quadro legal de actividade destas mesmas Comissões. Este regime veio provocar uma mutação na natureza das Comissões de Ética, visto estas gozarem, actualmente, de competência para se "pronunciar sobre os protocolos de investigação científica, nomeadamente os que se refiram a ensaios de diagnóstico ou terapêutica e técnicas experimentais que envolvam seres humanos e seus produtos biológicos, celebrados no âmbito da instituição ou serviço de saúde respectivo", bem como "pronunciar-se sobre os pedidos de autorização para a realização de ensaios clínicos da instituição ou serviço de saúde respectivo e fiscalizar a sua execução, em especial no que respeita aos aspectos éticos e à segurança e integridade dos sujeitos do ensaio clínico" (alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio). Ora, estas são as competências típicas das chamadas Comissões de Ética de Investigação Clínica (congêneres europeias das americanas *Institutional Review Boards*).<sup>1117</sup>

A sua face de "*Institutional Review Board*" tem permitido que as CES se venham dedicando sobretudo à *elaboração de pareceres sobre ensaios clínicos de medicamentos*.

Os seus pareceres, como resulta do n.º 2 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio, não têm, em regra, carácter vinculativo. Todavia, no domínio das consultas relativas a *ensaios clínicos* em seres humanos, *o parecer favorável é pressuposto essencial para a concessão da autorização do projecto de investigação*.

Assim, com vista à realização de ensaios clínicos, o promotor do projecto de investigação terá de requerer uma Autorização, a conceder pelo órgão da Administração da Instituição. Contudo, tal decisão depende de parecer favorável da *Comissão de Ética* e do *director do serviço* onde se pretende realizar o ensaio, no caso de instituição e serviço de saúde públicos; e caso se trate de unidades privadas de saúde, mediante parecer favorável da Comissão de Ética (Cfr. art. 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril). A importância do parecer da CES para a autorização e subsequente realização dos ditos

---

principais centros hospitalares do país, seguiam o modelo de Comissões de Ética Assistencial, criado pelo pioneiro "*God's Comitee*" de Seattle, em 1962.

<sup>1117</sup> Assim, em Portugal — à semelhança, aliás, da maior parte dos países europeus — as Comissões de Ética para a Saúde (CES), sendo de tipo assistencial, reúnem também as competências comumente atribuídas às Comissões de Ética para a Investigação Científica. A sua *dimensão assistencial* lança raízes, não apenas na sua origem histórica, mas também no Decreto-Lei 97/95, de 10 de Maio, que no seu art. 6.º dispõe que compete às CES: "a) Zelar, no âmbito do funcionamento da instituição de serviço de saúde respectivo, pela salvaguarda da dignidade e integridade humana; b) Emitir, por sua iniciativa ou por solicitação, pareceres sobre questões éticas no domínio das actividades da instituição ou serviço de saúde respectivo; e g) Promover a divulgação dos princípios gerais da bioética pelos meios mais adequados...".

projectos resulta também do facto de "nos estabelecimentos ou unidades de saúde onde não exista Comissão de Ética não pode ser autorizada a realização de ensaios clínicos" (art. 7º, nº 2, do Decreto-Lei n.º 97/94). Deste artigo, bem como de outras normas desta legislação, resulta claramente que as CES devem funcionar junto de cada unidade hospitalar.<sup>1118</sup> Porém, este princípio de que cada CES deve autorizar o ensaio clínico no respectivo estabelecimento de saúde vem a ser posto em causa pela Directiva 2001/20/CE. Aqui pretende-se a formulação de um *parecer único* por cada Estado-membro interessado, com vista a diminuir o prazo até ao início de um ensaio. O legislador comunitário confia que esta alteração não põe em risco o bem-estar dos participantes no ensaio, nem exclui a possibilidade da recusa da sua realização em determinados centros de ensaio.

#### § 46 Tempo do consentimento

O consentimento do paciente deve ser prestado antes do acto médico que se pretende levar a cabo e deve subsistir durante todo o tratamento, de tal forma que o consentimento seja modulado ao longo de todo o processo terapêutico no caso de doenças crónicas que precisam de tratamento em fases distintas, com o que se protege o direito à liberdade do paciente.<sup>1119</sup> Com efeito, "trata-se de uma prestação de trato sucessivo ou de execução continuada, e não de trato único".<sup>1120</sup>

---

<sup>1118</sup> Do artigo 8º da lei sobre ensaios clínicos, e das alíneas e) e f) da lei sobre as CES resulta ainda uma outra função para as CES: a *função fiscalizadora*. Esta fiscalização poder-se-à analisar em dois momentos distintos. Em primeiro lugar, temos a avaliação de um projecto, no qual se inclui o controlo do Protocolo apresentado pelo promotor, que deverá incluir todos os elementos previstos na lei, tais como o montante da remuneração a atribuir ao investigador, denominação genérica do medicamento, sua composição e identificação da entidade que preparou as amostras tipo e definição do ensaio clínico, técnica seleccionada e seus objectivos, etc. (art. 6º do Decreto-Lei 97/94), e também, entre outros aspectos, a avaliação das qualificações e experiência do investigador e seus colaboradores, as condições técnicas e assistenciais em que decorre o ensaio, a observância dos compromissos éticos assumidos no protocolo ou resultantes das normas, nacionais ou internacionais, por que se rege a realização de ensaios clínicos, (art. 8º). Em segundo lugar, a lei prevê que a CES fiscalize a própria execução, "em especial no que respeita aos aspectos éticos e à segurança e integridade dos sujeitos do ensaio clínico", sendo que tal controlo poderá levar a CES a "pronunciar-se sobre a suspensão ou revogação da autorização para a realização de ensaios clínicos" (art. 6º, nº 1, al. e) do Decreto-Lei n.º 97/95 e art. 8º, nº 2, al. e) Decreto-Lei n.º 97/94). De tudo o que vai dito resulta, que se as CES gozam de poderes de controlo dos ensaios clínicos em seres humanos, tal controlo reduz-se ao *controlo ético*, pelo que subscrevemos as palavras de OSSWALD, "Comissões de Ética: uma justificação para a sua criação", in PATRÃO NEVES (Coord.), *Comissões de Ética - das Bases Teóricas à vida quotidiana*, 2ª edição, Coimbra, 2002, p. 127, "A CES saberá respeitar a sua área de competência, não invadindo outras, tais como a *científica*, a administrativa, a assistencial ou a disciplinar. (...) O seu campo específico é o da ética das relações humanas, enunciando princípios, analisando situações, projectos e procedimentos à luz desses princípios..."

<sup>1119</sup> KUHLMANN, *Die Einwilligung in die Heilbehandlung...*, p. 15.

<sup>1120</sup> GALÁN CORTÉS, *ob.cit.*, p. 113, que, em abono desta tese, invoca a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol (de 31-7-1997 e de 24-5-1999) e também da *Audiencia Provincial de Barcelona* (de 1-12-1999): "este dever de informação não se esgota num momento determinado, como poderia ser o inicial ou aquele em que se formula o diagnóstico; pelo contrário, percorre todo o *iter* por que atravessa a prestação da actividade médica e só pode prescindir-se deste dever quando a urgência da intervenção do médico seja tal que não permita perder uns minutos com esta informação prévia para salvar uma vida".

Esta informação deve ser fornecida ao paciente com o tempo suficiente para que este possa reflectir sobre a sua decisão (“prazo de reflexão”), de modo que a decisão seja adoptada com a necessária serenidade.

Isto é de especial importância no caso de pacientes idosos que reagem mal a situações de pressão. Pelo contrário, se lhes for dado tempo e atenção, muitas vezes, a sua capacidade de compreensão e discernimento é semelhante à de um jovem.<sup>1121</sup>

Por vezes a lei exige o respeito por determinado prazo de reflexão. Assim acontece, entre nós, com a interrupção voluntária de gravidez, cujo consentimento é prestado “com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção” (art. 142º, n.º3, al. a) CP); defendi também que em matéria de esterilização pura se deveria legislar no sentido de impor um prazo, que deveria ser de alguns meses de reflexão, à semelhança do que acontece em França (cfr. *supra* §28, 1.)

## § 47. Renúncia ao direito de consentir

### 1. Renúncia

Tal como o paciente tem o direito de recusar a informação, também pode renunciar ao direito de consentir na intervenção prevista.<sup>1122</sup> Essa vontade pode ser respeitada, mas com uma certa prudência. O médico deve assegurar-se da validade da renúncia, que deve emanar de uma pessoa capaz e na posse das suas faculdades mentais, que tenha verdadeiramente manifestado a sua vontade e que não tenha sido induzida em erro ou incitada a renunciar. Por outro lado, o médico não deve contentar-se facilmente com essa atitude do doente, devendo procurar que o paciente colabore no tratamento.

Esta renúncia não pode ser cega, pelo que alguns autores, correctamente, não a admitem para actos *sem finalidade terapêutica*, susceptíveis de causar graves danos ou que apresentem riscos sérios e desconhecidos, nomeadamente a experimentação médica e a cirurgia estética.<sup>1123</sup>

Aliás, em todos os casos em que se exige consentimento expresso, não me parece admissível a renúncia ao consentimento, já que tal situação defraudaria o escopo da lei.

### 2. O Consentimento ‘em branco’

O consentimento em branco consiste numa intervenção sem o consentimento informado do paciente no caso de este decidir, voluntária e conscientemente, confiar

---

<sup>1121</sup> Cfr. KUHLMANN, *Die Einwilligung...*, p. 104.

<sup>1122</sup> SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, p. 31.

<sup>1123</sup> LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 79.

integralmente no seu médico.<sup>1124</sup> Pensamos que esta situação se identifica, no essencial, com a *renúncia ao direito de consentir* e, no plano do direito ao esclarecimento, ao *direito a não saber*. Não se trata propriamente de uma excepção à obrigação de obter o consentimento, mas sim um exercício próprio do seu direito à autodeterminação. Contudo, deverá o médico ser especialmente cauteloso ao nível da documentação deste consentimento em branco e dos seus próprios limites, ou seja, deve ao longo do processo terapêutico ir alertando o paciente para que este pode exercer o seu direito ao consentimento informado ou à recusa informada.

Na doutrina deparamos com grande resistência à hipótese de “*Blankoverzicht*”, enquanto uma renúncia geral a toda a informação. O doente tem, pelo menos, que ser informado em traços largos da intervenção; no fundo ele tem que estar consciente do que está a renunciar.<sup>1125</sup> Wear afirma inclusivamente que “para que esta excepção seja legítima, o paciente deve ser recordado de que tem direito ao esclarecimento e ainda assim deve dar *um prévio consentimento genérico ao tratamento*.”<sup>1126</sup>

#### § 48. Revogação do consentimento

O consentimento do paciente é revogável sem sujeição a formalidade alguma. É importante que o paciente conheça tal possibilidade de revogação, para obviar, na medida do possível, a qualquer pressão psicológica que possa desencadear uma suposta irrevogabilidade da decisão que haja tomado.

A CEDH Bio dispõe, no parágrafo 3 do art. 5, que “em qualquer momento a pessoa afectada poderá retirar livremente o seu consentimento”. Neste sentido, o ponto 38 do *Relatório Explicativo* assinala que “a liberdade de consentir implica que o consentimento pode ser retirado a qualquer momento e que a decisão da pessoa interessada deve respeitar-se uma vez que tenha sido completamente informada das suas consequências. Contudo, este princípio não significa, por exemplo, que a retirada do consentimento do paciente durante uma intervenção deva respeitar-se sempre. As normas de conduta e obrigações profissionais, assim como as regras aplicáveis em tais casos, de acordo com o art. 4º, podem obrigar o médico a continuar com a operação para evitar que a saúde do paciente sofra um grave prejuízo”.

<sup>1124</sup> Cf. VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 352-353.

<sup>1125</sup> Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 519, ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 104-109. KUHLMANN, *Die Einwilligung...*, p. 11, considera nulas as declarações em que globalmente se aceitam todas as intervenções, considerando, todavia, possível que se prestem vários consentimentos de uma só vez, como por exemplo no caso de uma operação que envolve várias intervenções.

<sup>1126</sup> WEAR, *Informed Consent*, p. 23

O art. 81º, n.º 2 do CC prevê a livre revogabilidade da limitação aos direitos de personalidade. Sendo o consentimento que estamos a analisar um consentimento tolerante, não há lugar a ressarcibilidade de quaisquer danos. Efectivamente, esta norma prevê que a possibilidade de se ser *obrigado a indemnizar* os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte; todavia, o pressuposto típico desta obrigação é que se tenha causado prejuízo às *legítimas expectativas* da outra parte.<sup>1127</sup>

O que nos leva a colocar a questão de saber quais estas possam ser em matéria de direito médico? No caso de ensaios clínicos e de transplantes, casos em que mais facilmente se afigura a existência de expectativas para terceiros, a obrigação de indemnizar não existe, quer pela análise do elemento *literal* (em ambos os casos<sup>1128</sup> não se faz referência a essa possibilidade), quer pelo argumento *sistemático* (trata-se e uma lei *especial* face ao art. 81º do CC), quer sobretudo pela *teleologia* do regime jurídico destas matérias: trata-se de duas das ofensas mais graves que se podem realizar sobre o corpo humano, pelo que se criou legislação específica.

Nas demais intervenções médicas, de fim terapêutico ou não, não se afigura a existência de (legítimas) *expectativas* da outra parte. Apenas, a cobrança dos honorários do médico e/ ou da instituição de saúde: quanto a essa matéria, o paciente tem a obrigação de pagar os honorários ao médico, apesar de não cumprir o tratamento, desde que não avise “com um mínimo de antecedência” (art. 81º, n.º 3 CDOM).

Finalmente, no caso de o doente não comparecer a uma intervenção médica programada, não pode haver lugar à execução específica<sup>1129</sup>, nem à aplicação de uma *sanção pecuniária compulsória* (art. 829º-A CC). Desde logo, se entendermos que não há um dever jurídico de cumprir as prescrições do médico; ou por outro lado, porque isso criaria uma situação de coerção incompatível com a natureza dos bens jurídicos em causa. Neste sentido, aliás, poderíamos aplicar *por analogia* a exclusão que a própria lei faz quando a prestação tem por base as capacidades científicas e artísticas do devedor.

Por outro lado, se aplicarmos as regras do mandato ao contrato médico, verificamos que nos termos do art. 1170º, o mandato é, em princípio, livremente revogável.<sup>1130</sup>

---

<sup>1127</sup> Tecnicamente, deve-se frisar que esta obrigação de indemnização não é uma *condição* do exercício do direito de revogar; trata-se de um caso de responsabilidade por factos lícitos.

<sup>1128</sup> Art. 8º, n.º 6 Lei 12/93, de 22 de Abril, e art. 10º, n.º 3 do Decreto-Lei 97/94, de 9 de Abril.

<sup>1129</sup> Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 212.

<sup>1130</sup> A hipótese do mandato de interesse comum ou de terceiro (art. 1170º, n.º2) a permitir o regime excepcional da irrevogabilidade, deve aqui ser preempitoriamente afastado. Cfr. sobre esta matéria em geral, Irene GIRÃO, *O mandato de interesse comum...*, cit., *passim*.



A renúncia ao direito de revogar, deve ser sancionada com a nulidade: estamos em face de direitos de personalidade, os direitos à integridade física e à liberdade de autodeterminação logo essa renúncia constituiria uma violação da *ordem pública* (art. 280º CC), já que o ordenamento jurídico português, salvo casos excepcionais, pretende que o cidadão conserve a sua liberdade positiva e negativa até ao último momento.

Deve-se advogar, por outro lado, que o facto de o paciente recusar uma intervenção ou revogar o consentimento é o exercício legítimo de um direito pelo que lhe devem continuar a ser fornecidos cuidados de saúde da máxima qualidade.<sup>1131</sup>

#### § 49. O consentimento presumido

Em primeiro lugar, deve ser assinalado que o consentimento presumido (art. 340, n.º 3 do CC) é uma *outra* causa de justificação: distinta quer do consentimento (verdadeiro), quer do estado de necessidade. Esta causa de justificação é de aplicação *subsidiária* face ao consentimento propriamente dito.<sup>1132</sup>

Mobilizamos este instituto nos casos em que o paciente está *inconsciente* ou por outra razão *incapaz de consentir* e não está representado por um representante legal, a intervenção é urgente ou no caso de alargamento do âmbito da operação.

No plano das fontes das obrigações, o consentimento presumido tem o seu paralelo no instituto da *gestão de negócios sem representação* (art. 471º), tendo então que se provar se a intervenção médica está de acordo com os interesses objectivos do inconsciente e se corresponde à vontade subjectiva expressa ou presumida do paciente.<sup>1133</sup>

O recurso ao consentimento presumido é preferível a apelar ao direito de necessidade, visto que o primeiro expressa melhor a vontade presumida do paciente. O médico deve esgotar todos os recursos para saber qual a vontade real ou presumida do paciente. Para isso pode perguntar aos familiares próximos ou analisando documentos escritos do paciente. Deve-se frisar que os familiares próximos não são chamados a decidir, eles apenas devem dar informações sobre a vontade hipotética do paciente. Para além dos *familiares* pode-se ouvir um *representante* que, embora não tenha capacidade para representar o incapaz num caso de intervenções médicas (*v.g.*, o curador no instituto da assistência) ou mesmo o *médico de família* ou o *médico assistente* e, sobretudo, devem-se consultar os *testamentos*

<sup>1131</sup> Neste sentido, na Bélgica, a *Loi relative aux droits du patient*, de 22 de Agosto de 2002, art. 8, § 4.

<sup>1132</sup> KUHLMANN, *Die Einwilligung...*, p. 124.

<sup>1133</sup> Cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 83 e KUHLMANN, *Die Einwilligung...*, p. 124.

de paciente (se não se lhes reconhecer o valor de consentimento antecipado ou um substituto de consentimento (*Einwilligungsersatz*)).<sup>1134</sup>

O recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente *inadiável*. Caso contrário deve-se aguardar até que o paciente retome a consciência ou que seja nomeado um representante legal pelo tribunal.<sup>1135</sup>

A vontade hipotética que se busca respeitar é a vontade do paciente e não do representante, por isso não se deve considerar o consentimento presumido como um instituto da representação.<sup>1136</sup> Assume aqui grande importância o conhecimento do sistema de valores (*Wertsystem*) do paciente para que o médico possa formular um juízo que com ele se adequa.<sup>1137</sup>

No direito penal vale o art. 39º do CP<sup>1138</sup> e, no caso de intervenções terapêuticas, o art. 156º, n.º 2 do CP<sup>1139</sup>. Esta norma legitima a intervenção sem consentimento, quando este "a) só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; e *não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*". Assim, "para se punir um médico não será bastante supor razoavelmente (art. 39º, 2) que o consentimento seria recusado, antes *terá de se produzir prova que permita concluir com segurança que o consentimento seria recusado*."<sup>1140</sup> A intervenção medicamente indicada está de acordo com os interesses objectivos do paciente; em regra, podemos também aceitar que o paciente, sobre o qual nada ao certo se sabe, estaria de acordo com essa intervenção. Isto vale, especialmente, para os casos em que se tem que acudir à vítima de um acidente que perdeu a consciência.

Orlando de Carvalho sustenta, porém, que os casos de consentimento presumido em termos penais só podem isentar de responsabilidade civil se preencherem os requisitos

<sup>1134</sup> KUHLMANN, *Die Einwilligung...*, p. 127.

<sup>1135</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 83.

<sup>1136</sup> KUHLMANN, *Die Einwilligung...*, p. 126.

<sup>1137</sup> Cfr. WHITE, *Competence to Consent*, pp. 19-20

<sup>1138</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Textos...*, 2001, p. 275. No direito penal português segue-se a doutrina da direcção da vontade, isto é, "do que se trata seria de uma equiparação de um facto no qual o lesado teria presumivelmente consentido se tivesse conhecido a situação a um consentimento real e eficazmente prestado." Para o Direito Penal: "*Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado*" (art. 39º, n.º 2). Os pressupostos do consentimento presumido são, assim: (1) a disponibilidade dos interesses (tal como no consentimento efectivo); (2) a necessidade de acção; a impossibilidade de esta ser tomada pelo lesado e (3) a situação ser tal que torne razoável supor, segundo um *juízo de prognose póstuma*, que o titular do interesse lesado, conhecendo a verdadeira situação das coisas teria eficazmente consentido (Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Sumários...*, 1975).

<sup>1139</sup> Acto médico em sentido próprio, tal como definido no art. 150º CP. Para os casos que preenchem o tipo de ofensas corporais (por exemplo: experimentação pura, operações estéticas, castração, etc.), só valerá o regime menos benévolo do art. 39º.

<sup>1140</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 382.

do consentimento presumido do art. 340º, n.º 3 do CC, ou de outras causas de exclusão da ilicitude.<sup>1141</sup> Esta norma exige para a presunção do consentimento que a lesão se tenha dado "*no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível*". Com efeito, "a lei civil tem aqui regulação autónoma, os pressupostos são diversos e a lei penal só pune as ofensas mais graves".<sup>1142</sup> Em suma, para efeitos de direito civil o médico deve realizar todos os esforços para se inteirar da *vontade hipotética do paciente* e só se pode valer desta causa de justificação quando a intervenção vise satisfazer um interesse do paciente.

### § 50. Alcance do consentimento – “*Extended operations*”

No ordenamento jurídico português a discussão do problema do alcance do consentimento tem necessariamente de ter como referência fundamental a opção do legislador penal, expressa no art. 156º, n.º 2, alínea b) do CP.<sup>1143</sup> A intervenção do médico, sem o consentimento do paciente, não é punida quando, com intenção terapêutica e de acordo com as *leges artis*, tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a *vida*, o *corpo* ou a *saúde*, e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

Quando o médico não está seguro da evolução da intervenção cirúrgica, deverá previamente informar o paciente que uma modificação ou uma extensão do plano operatório será necessário. Da mesma forma, o médico deverá informar o paciente dos riscos possíveis da intervenção e o modo de os resolver. Este diálogo legitima uma eventual extensão do plano da operação.<sup>1144</sup>

Casos mais problemáticos são aqueles em que o paciente consentiu numa determinada intervenção, mas durante a operação, o médico descobre outros problemas que carecem de tratamento, ou complicações que obrigam a modificar o plano operatório projectado ou realizar uma operação de natureza diferente. *Quid juris?*

---

<sup>1141</sup> Orlando de CARVALHO, *TGDC*, Coimbra, 1981, p. 194

<sup>1142</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 221, nota 447.

<sup>1143</sup> Também o art. 1162º, al. a), relativo ao contrato de mandato, pode ser mobilizado quando estejamos perante um contrato civil médico, já que segundo esta norma o mandatário pode afastar-se das instruções se pudesse julgar que o mandante aprovaria a sua conduta. No mesmo sentido também o art. 8º da CEDHB. Cfr., ainda, o parágrafo 59 do Relatório Explicativo.

<sup>1144</sup> Por exemplo: o tumor detectado no seio da paciente pode ser um simples quisto, fácil de retirar, ou um tumor canceroso que implica a ablação do seio inteiro. Se o cirurgião tiver previamente prevenido a sua paciente desta possibilidade, poderá lícitamente proceder à ablação do seio se tal se mostrar necessário.

A doutrina e jurisprudência francesas tradicionais têm, em regra, uma visão ampla da extensão da operação. Geralmente admitem que o médico modifique o plano operatório, desde que isso seja *razoável para o interesse do paciente*, ou dito de outro modo, desde que fosse irrazoável levar a cabo uma segunda operação para tratar o mal descoberto no decurso da primeira. Os tribunais franceses nem sempre exigem a necessidade, a urgência ou a existência de um perigo imediato; remetem-se sobretudo ao *bom senso* do cirurgião, e consideram que o paciente deu implicitamente o seu acordo à intervenção. A jurisprudência mais recente, porém, tem uma visão mais restrita, exigindo que a intervenção seja “imposta por uma *necessidade evidente* ou por um *perigo imediato*”.<sup>1145</sup> Todavia, nos casos em que o paciente exprime claramente a sua vontade de recusar um acto diferente do previsto, o médico deve, regra geral, respeitar a decisão do doente.<sup>1146</sup>

Vanswevelt considera que a visão ampla do consentimento coloca em perigo o direito à livre disposição do seu corpo. Na sua opinião, o médico só pode estender ou modificar a operação sem o consentimento do paciente em caso de *estado de necessidade* no sentido penal do termo, ou seja, quando um *perigo grave e iminente* para o paciente justifique esta extensão ou modificação da operação.<sup>1147</sup>

Quando não haja qualquer perigo *imediato*, o médico confrontado com um mal suplementar imprevisível deve interromper a intervenção para informar o paciente e recolher de novo o seu consentimento. Só a ele compete tomar a decisão de aceitar ou não a intervenção complementar, mesmo que ela seja no seu interesse (por exemplo a ablação de um órgão que não é rigorosamente indispensável tendo em conta o estado do paciente).<sup>1148</sup>

O direito português (art. 156º, nº2, al. b do CP) não exige que o perigo seja *grave* ou *iminente*. Porém, exige, ainda assim, que o alargamento da operação vise evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde. E, será inadmissível, ao menos no plano civil, que com

---

<sup>1145</sup> *Cour de Cassation*, 11-10-1988, *apud* LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 83. Já a antiga decisão do Tribunal de Douai (10-7-1946) considerou o seguinte caso: uma paciente que consultou o seu médico por apresentar um engrossamento no seu braço esquerdo há já vários anos. Foi diagnosticado um tumor benigno, de origem muscular, indicando-lhe o médico a necessidade de efectuar uma operação simples e isenta de riscos, dando o paciente autorização para tal intervenção. Não obstante, no decurso da operação, o cirurgião descobre a existência de um tumor a um nível mais profundo. Dado o seu aspecto maligno, o médico decide extirpar o tumor sem pedir consentimento. Resultou uma sequela funcional importante do seu braço esquerdo, por lesão do nervo radial. O tribunal considerou que o médico não cumpriu o seu dever, ao não ter advertido a paciente das complicações pós-cirúrgicas que derivariam da sua actuação e por ter empreendido uma operação dessa índole, que *não era imposta pela urgência* ou uma *necessidade absolutamente inadiável*.

<sup>1146</sup> Cfr. MALICIER et al., *ob. cit.*, p. 60, e Tribunal de Apelação de Paris, em 23-11-1989.

<sup>1147</sup> Cfr. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, n.º265-269.

<sup>1148</sup> Os tribunais condenaram os médicos que realizaram uma ligadura das trompas de Falópio da paciente durante um parto por cesariana (*Conseil d'État*, de 29-1-1988 e Tribunal da Cassação, de 11-10-1988) ou durante uma apendectomia (Tribunal de Bruxelas, 24-12-1992) ou que esterilizaram uma mulher durante um aborto (Tribunal de Gand, 11-3-1992).

base num *potencial* perigo para o corpo ou para a saúde o médico realize uma intervenção não urgente ou que, pelo menos, possa razoavelmente aguardar pelo consentimento informado do paciente. Como ensina Laufs, o médico deve interromper a operação quando a sua continuação acarrete consequências tão negativas quanto a sua repetição, isto é, deve-se dar prioridade à possibilidade de escolha do paciente face à incomodidade de se repetir a intervenção.<sup>1149</sup>

No plano probatório, recai sobre o paciente provar que o seu consentimento estava limitado a uma determinada operação inicialmente prevista e que o médico ultrapassou as suas funções. Este deverá fazer prova da existência das condições que legitimem a intervenção complementar<sup>1150</sup>, quais sejam: (1) os conhecimentos e a experiência da medicina impunham estoutro tratamento; (2) o qual teve em vista evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde, (3) não se verificavam circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado e (4), ao menos no plano civil, a interrupção da operação e subsequente repetição importaria mais danos do que a sua continuação.

## Secção II – O Dissentimento

### § 51. A Recusa de Tratamento/ O Dissentimento

#### 1. Direito de recusar o tratamento

No plano dos direitos fundamentais, reconhece-se um direito à recusa de tratamentos médicos, mesmo que surja como irrazoável, que se funda quer na *liberdade de consciência* (art. 41º, nº 1 CRP), quer no *direito à integridade física e moral* (art. 25º, nº 1 CRP), quer ainda na *liberdade religiosa* (art. 41º CRP)<sup>1151</sup>.

Haverá ainda um específico *direito a morrer*, se por este se entender – *de jure condito* - o direito à abstenção (omissão) dos profissionais de saúde, verificados certos pressupostos. Assim sendo, no plano penal, não é auxílio ao suicídio a *recusa de tratamento* por parte de um doente, mesmo quando a recusa pode provocar a morte do paciente.<sup>1152</sup> *O médico que, respeitando a vontade do paciente, não intervém e não o salva, não comete a infração.*<sup>1153</sup>

<sup>1149</sup> LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 518.

<sup>1150</sup> Cfr. LELEU/GENICOT, *ob. cit.*, p. 84.

<sup>1151</sup> João LOUREIRO, "Metáfora do Vegetal...", *cit.*, p. 37-38.

<sup>1152</sup> Sobre o problema das *Do-not-resuscitate orders*, vide BMA, *The Older Person*, Recomendação 13.

<sup>1153</sup> No mesmo sentido COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 386; CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 206, nota 400: "O doente pode recusar uma operação e desse modo suportar um encurtamento da sua vida."

O direito a recusar o tratamento vem sendo defendido por toda a Europa e nos EUA<sup>1154</sup>. A Declaração dos Direitos dos Pacientes reconhece que “um paciente tem direito a recusar um acto médico ou a interrompê-lo.” Mesmo na Europa do Sul, de tradição católica, este princípio oferece poucas dúvidas. Assim, o CDOM exige apenas, em caso de perigo de vida, que a recusa do tratamento seja feita *expressamente* (art. 38º, n.º4). Em Espanha, a Ley 41/2002, de 14 de Novembro, consagra o direito à recusa do tratamento, mas estabelece a exigência de que esta recusa seja passada a *escrito*.<sup>1155</sup> Na Itália, a jurisprudência tem entendido que a recusa de tratamento por parte da pessoa deve ser respeitada, independentemente da valoração que o profissional de saúde faça sobre essa decisão.<sup>1156</sup> O Supremo Tribunal irlandês, no caso *In Re a Ward of Court* (1995) declarou: “there is an absolute right in a competent person to refuse medical treatment even if it leads também death”.<sup>1157</sup>

## 2. Recusa de transfusões sanguíneas ou outros tratamentos vitais

Esta problemática anda essencialmente associada à recusa de receber transfusões sanguíneas por parte de certos grupos religiosos. No mundo ocidental são, fundamentalmente, duas as confissões religiosas que se opõem a certo tipo de tratamentos: as *Testemunhas de Jeová*<sup>1158</sup> e a *Christian Science*.<sup>1159</sup> Mas, como bem salienta Kern, este não é um problema exclusivamente de liberdade religiosa, sendo a questão de princípio válida

<sup>1154</sup> Vide Robert MILLER, *Problems in Hospital Law*, pp. 251 e ss. O direito de recusa tem fundamento na *Common Law*, na legislação (*statutes*) e na Constituição (o ‘*right to privacy*’ e ‘*freedom of religion*’). Cfr., ainda, Elizabeth WICKS, “The Right to Refuse Medical Treatment under the Convention on Human Rights”, *Med.L.Rev.*, 9, Summer, 2001, pp. 17-40, que analisa este problema à luz do *Human Rights Act 1998*, que introduziu no direito interno inglês a CEDH.

<sup>1155</sup> Artículo 2, 4: “Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. *Su negativa al tratamiento constará por escrito.*”

Este paradigma vai sendo consagrado pela jurisprudência de muitos países. Impressiona a argumentação do Tribunal Constitucional da Colômbia, segundo a qual: “considerar a pessoa como autónoma tem as suas consequências inevitáveis e inexoráveis, e a primeira e mais importante de todas consiste em que os assuntos que apenas dizem respeito à pessoa, só por ela devem ser decididos; decidir por ela é arrebatar-lhe brutalmente a sua condição ética, reduzi-la à condição de objecto, coisificá-la, convertê-la em meio para fins que fora dela se elegem”. Deste modo negou a pretensão de se impor a obrigação de se tratar medicamente a quem sofresse de uma enfermidade grave.

<sup>1156</sup> IAPICHINO, *Testamento Biológico e Direttive Anticipate*, p. XIV

<sup>1157</sup> Cfr. Mary DONNELLY, *Consent: Bridging the Gap between Doctor and Patient*, Cork, Cork University Press, 2002, p. 11.

<sup>1158</sup> Os seus praticantes consideram que a ingestão de sangue ou de hemoderivados está proibida por ordem divina, plasmada na Bíblia em *Levítico*, XVII, 10: “E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma que comer sangue, eu porei a minha face e a extirparei do seu povo.”

<sup>1159</sup> Também recusam os tratamentos hemotransfusionais, mesmo em situações de perigo para a sua vida, mas vão muito para além dessa proibição, pois consideram que qualquer doença só se pode curar através da oração, sendo ilícito o recurso a quaisquer tratamentos médicos, apenas aceitando alguns o uso de analgésicos para mitigar a dor.

para qualquer pessoa. O autor dá o exemplo de uma grávida que se recusa a consentir na interrupção da gravidez, correndo assim o risco sério de vir a falecer, ou um doente do foro oncológico que se recusa a submeter-se a um determinado programa terapêutico, etc.<sup>1160</sup> Trata-se de uma polémica interminável entre o direito à liberdade, à autodeterminação e à dignidade individual e a protecção da vida e a saúde da pessoa.

Outros tratamentos vitais que normalmente são alvo de recusa são a *ressuscitação cardio-torácica*<sup>1161</sup> e a *nutrição e hidratação*. Esta última tem sido considerada por quase todos os tribunais superiores dos EUA como tratamentos médicos e consequentemente admite-se o direito a *recusar* este tipo de intervenções nos mesmos termos que os restantes tratamentos.<sup>1162</sup>

A opinião hoje dominante é a de que qualquer pessoa adulta tem direito de recusar os tratamentos propostos por mais irrazoável e estúpido que possa parecer aos olhos do médico.<sup>1163</sup> E é a que prevalece em Portugal. Para Costa Andrade, “a obediência à vontade do paciente – que se opõe a um tratamento indicado para lhe salvar ou prolongar a vida, ou reclama a interrupção do tratamento já iniciado e indispensável para assegurar a sua sobrevivência – não colide com a incriminação do homicídio a pedido da vida (art. 134º CP).”<sup>1164</sup> Num caso concreto, que mereceu apreciação do *Contencioso da Ordem dos Médicos*, concluiu-se, de igual modo, que: “age de forma deontologicamente correcta o médico que se abstém de efectuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após este ter sido devidamente esclarecido

---

<sup>1160</sup> KERN, *Limimierte Einwilligung*, p. 4.

<sup>1161</sup> Para recusar este tratamento alguns defendem a utilização dos DNR (*Do-Not-Resuscitate Orders*). Cfr. BMA, *The Older Person: Consent and Care*, pp. 29 e 51; Robert MILLER, *Problems in Hospital Law*, p. 264.

<sup>1162</sup> MILLER, *Problems in Hospital Law*, p. 264: “Courts have ruled that there is no legal difference between artificial breathing with a respirator and artificial feeding with a tube. (...) The American Medical Association has recognized that refusal of artificial nutrition and hydration is appropriate in some cases. Courts have enforced refusals of this treatment by competent patients and by patient representatives on behalf of patients who are terminally ill or irreversibly unconscious.” O Autor relata que na única acusação contra médicos por interrupção de nutrição e hidratação artificiais de um doente terminal, um tribunal de apelação da Califórnia (em 1984) ordenou a absolvição (de crime de homicídio) dos dois médicos envolvidos. O tribunal entendeu que a alimentação artificial é tratamento, e não funções naturais, pelo que não há um dever de continuar o tratamento, quando este se torna ineficaz. Os médicos não podem ser responsáveis por uma decisão profissional tomada em concertação com a família quando o paciente estava inconsciente e com uma doença terminal, “*with virtually no hope of significant improvement*”.

<sup>1163</sup> Segundo GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, 1988, este princípio geral é reconhecido a nível jurídico em numerosos estados como a Inglaterra, Escócia, Irlanda, Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do Sul e Zimbábwe, França, Bélgica Alemanha, Suíça e Áustria. SANTOSUOSSO, *ob. cit.*, p. 35, afirma que a decisão do Tribunal de Florença de 1990, posteriormente confirmada pelas jurisdições superiores, veio reconhecer esse mesmo princípio no ordenamento jurídico italiano. Christian BERGER e Ina HAARHOFF, “Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens”, in TAUPITZ (Hrsg.), *Das Menschenrechtsübereinkommen...*, 2002, p. 132, num estudo mais recente e que envolve países dos cinco Continentes, afirmam que a recusa de tratamento, na generalidade dos países em análise, mesmo que acarrete a morte do paciente, deve ser respeitada, com as excepções do Brasil e de Israel.

<sup>1164</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 385.

das consequências da recusa do tratamento. Os médicos têm a obrigação deontológica de respeitar as opções religiosas dos doentes. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito. O seu comportamento é, inclusive, punível nos termos da lei penal.”<sup>1165</sup>

Por todo o mundo existe bastante jurisprudência sobre esta matéria. Em alguns casos decide-se pelo princípio da autodeterminação<sup>1166</sup>, noutros dá-se ainda a primazia ao direito à vida e à saúde.<sup>1167</sup> Esta questão tem consequências de direito penal, civil, constitucional e mesmo de segurança social<sup>1168</sup> e direito dos seguros.<sup>1169</sup>

Ao nível do dever de informação face a um paciente com um consentimento condicional ou limitado estabelece-se aqui uma especificidade: deve-se informar quais os *tratamentos alternativos* (sem utilização de produtos hematológicos) e quais os estabelecimentos que melhor atende as exigências destes doentes.<sup>1170</sup>

As recentes leis promulgadas em países de cultura católica apontam no sentido claramente autonomista. Assim, a lei francesa de direitos dos pacientes faz apelo à relação de confiança e de diálogo entre o médico e o paciente, no sentido de este tomar as decisões mais racionais para a sua saúde<sup>1171</sup>; todavia, o médico deve respeitar a vontade da pessoa

<sup>1165</sup> Paulo SANCHO, *Revista da Ordem dos Médicos*, Junho de 1997, p. 44-45.

<sup>1166</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se, na *Decisão de 14-10-1999*, pela violação do consentimento informado, resultante da administração de tratamentos obrigatórios a membros de uma seita, maiores de idade, que foram retidos e submetidos, durante 10 dias, a um tratamento médico contra a sua vontade. No sentido da autodeterminação, *vide*: a legislação colombiana (art. 50 do Decreto 1571 de 1993) e a jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano; em Espanha (Juzgado de 1ª instância e Instrucción de Llerena, de 25-5-1999, *Audiencia Provincial de Las Palmas*, de 7-9-1999 e outras decisões do *Juzgado de Instrucción nº 4* de Gijón, de 21-12-1990, *Audiencia Provincial de Granada*, de 9-6-1998, *Audiencia Provincial de Salamanca*, de 8-10-1998). Na Itália várias decisões favorecem a autodeterminação do paciente (*v.g.*, Roma, 3-4-1997, Messina, 11-7-1995). No Canadá, em *Malette v Shulman* (1990), o médico foi condenado por ter salvo a vida de um paciente *Testemunha de Jeová*, mas usando meios claramente proibidos num cartão que o paciente trazia consigo. Os tribunais ingleses (em *Re F* [1992]) também dão indicações de que decidiriam da mesma forma [cfr. BMA, *The Older Person...*, p. 33].

<sup>1167</sup> Tribunal Constitucional Espanhol (20 de Junho de 1984); Tribunal Administrativo de Apelação de Paris (9-6-1998). O *Conseil d'État* (26-10-2001) pronunciou-se sobre este problema. O Tribunal absolveu o arguido, sendo sensível à argumentação paternalista do médico, mas também foi bastante claro ao afirmar que o médico não tinha o dever de salvar o paciente; pelo contrário o seu dever era respeitar a opinião do mesmo. Em anotação concordante a esta decisão, Louis DUBOIS, “Le refus de soins: qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu?”, *RDS*, 2002, pp. 43-49, concorda que “deixar aos médicos um certo poder de apreciação constitui uma boa resposta do direito” – trata-se de um “*espace de libre respiration étique*”. Esta doutrina parece ter sido postergada pela lei de 4 de Março de 2002.

<sup>1168</sup> A Decisão do Tribunal Constitucional espanhol, Sala 2ª, n.º 166/1996, de 26-10, decidiu que “não é contrário ao direito de liberdade religiosa denegar a reintegração de gastos médicos ocasionados pelo tratamento numa clínica privada devido a não se poder praticar na Segurança Social um tratamento adequado às crenças religiosas do paciente e que excluía a transfusão de sangue. Tão-pouco viola do direito à igualdade, que não legitima para exigir trato desigual. Tão-pouco viola o direito do médico que se nega a realizar a intervenção sem transfusão sanguínea por estar justificada tal recusa.”

<sup>1169</sup> Cfr. KERN, *Limitierte Einwilligung*, pp. 102 ss, com uma análise de direito austríaco e europeu.

<sup>1170</sup> Cfr. KERN, *Limitierte Einwilligung*, pp. 167.

<sup>1171</sup> Assim, segundo o art. L. 1111- 4, da *loi du 4 mars*, ‘*toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu’il lui fournit, les décisions concernant sa santé.*’



após a ter informado das consequências das suas escolhas. Se a vontade da pessoa de recusar ou interromper um tratamento *coloca a sua vida em perigo*, o médico deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance para a convencer a aceitar os tratamentos indispensáveis. A lei belga, de 22 de Agosto de 2002, prescreve: «Si lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir *par écrit* qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même.»

Numa palavra, o médico deverá respeitar as *más* decisões do paciente (Dworkin). Todavia, não deve abandonar o paciente, por vezes dominado pela ignorância ou medos irracionais, e deverá intensificar os seus deveres de informar e de o esclarecer.<sup>1172</sup>

### 3. Tratamento coercivo para evitar tentativa de suicídio

Ao contrário dos casos gerais de recusa de tratamento, Costa Andrade entende que, a partir do momento em que o suicida está inconsciente, houve um *corte comunicacional*, pelo que podemos saber a vontade *anterior*, mas não a sua vontade *actual*. Conclui, pois, pela "*impossibilidade de referenciar com segurança, a postura definitiva do paciente.*"<sup>1173</sup> Nos termos do art. 154º, n.º 3, al. b) do CP não é punível por *coacção* o agente que actua para "evitar suicídio". Também deverá aproveitar da eficácia dirimente desta *autorização legal* o médico que, face a uma tentativa falhada de suicídio, leva a cabo tratamentos para salvar a vida do "suicida"<sup>1174</sup>, "*mesmo que este continue de forma perfeitamente lúcida e consciente, a opor-se ao tratamento que o pode salvar.*"<sup>1175</sup> Com a adopção deste regime, a lei penal portuguesa acaba de aderir à tese de um tratamento *diferenciado* do suicida face ao paciente "normal."<sup>1176</sup>

Também na doutrina juscivilística, Capelo de Sousa levanta o problema e saber se se pode licitamente impedir ou violar a vontade de outrem que se queira suicidar. Para o Autor, "há aqui colisão de direitos: o direito de liberdade de acção de salvar a vida de outrem e o direito de ser deixado sozinho (*right to be let alone*) do candidato a suicida, parecendo que, face ao art. 335º, n.º 2, do CC, deve, em regra, prevalecer o primeiro

---

<sup>1172</sup> VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 353.

<sup>1173</sup> COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 457.

<sup>1174</sup> FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 56, advogam "a não punição (em princípio) do médico que actua para salvar um suicida em estado de inconsciência".

<sup>1175</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 391.

<sup>1176</sup> Para COSTA ANDRADE, esta solução não implica a imposição ao médico um dever de agir, no sentido de que a sua omissão implicaria a responsabilização do médico por eutanásia passiva.

direito, a não ser que o salvador empregue meios de tal modo violentos que ofendam a dignidade humana do suicida ou valores essenciais da sua integridade física."<sup>1177</sup>

*Brevitatis causa*, na minha opinião, o tratamento arbitrário de um suicida pode ser justificado por aplicação do art. 154º n.º 3, al. b) do CP. Todavia, não me parece defensável a afirmação de um dever de salvar a vida do suicida.

## § 52. O direito a morrer com dignidade: eutanásia e cuidados paliativos

### 1. O caso limite do paciente em estado vegetativo crónico

Quando a pessoa se encontra em estado vegetativo crónico levantam-se de forma especialmente crítica alguns problemas relativos à autonomia do indivíduo no final da vida. Ponto de partida, para a doutrina dominante, é assumir que "o paciente em estado vegetativo crónico está vivo"<sup>1178 1179</sup>, gozando de tutela constitucional e legal<sup>1180</sup>, não estando ferido de qualquer *capitis deminutio*.<sup>1181</sup>

<sup>1177</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 206, nota 401. Em sentido equivalente, João LOUREIRO, "Metáfora...", *cit.*, p. 38, nota 38, afirma que a interrupção do suicídio por terceiro não é fonte de uma obrigação de indemnização.

<sup>1178</sup> Imaginemos que o paciente se encontra em tal situação, em virtude de um acidente causado por outrem. Qual o bem jurídico atingido? CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 208, nota 404, entende que numa ponderação juscivilística de um pedido de indemnização ou de providências adequadas nesses casos, *se deve ultrapassar a mera concepção de ofensas à integridade física, pois o núcleo essencial da vida foi parcialmente atingido*. Tal doutrina, a meu ver, encontra algum arrimo na lei, visto que o art. 495º equipara a lesão corporal à morte para efeitos de atribuir direito de indemnização a terceiros, quer por despesas com o socorro do lesado, das despesas com o tratamento e assistência (art. 495º, n.º 2), quer para pagamento de alimentos (art. 495º, n.º 3).

No plano criminal, FARIA COSTA, no Congresso de Homenagem a Albin Eser, Coimbra, 2002, apresentou a inovadora hipótese de se proteger um novo bem jurídico: *a integridade pessoal*.

O estado vegetativo permanente ou o estado de coma é um dano em si, e deve ser inserido na categoria dos danos não patrimoniais. O seu conteúdo traduz-se no dano de não ter gozado a vida durante o período que esteve em coma, para além da violação do bem jurídico integridade pessoal (FARIA COSTA). Se a pessoa ainda está em coma, parece que a natureza mista da responsabilidade civil (ressarcitória e sancionatória) justifica que um representante do lesado exerça, em seu nome, o direito à compensação.

Questão diferente é a da compensação dos danos não patrimoniais dos familiares em caso de graves lesões causadas à vítima directa (*dano de afeição*), que tem vindo a ser negado pela jurisprudência portuguesa (cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 26-10-93 [BMJ 430, p. 527]; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2-11-1995 [CJ, IV, 35]. Porém, o Acórdão do STJ, de 25-11-98, (BMJ 481, p. 470) compensou os danos morais dos pais resultantes de o seu filho, um bebé de 7 meses, ter sofrido grave desfiguração e lesões nas mãos, apontando como fundamento o poder paternal (e o art. 69º CRP). Recentemente o Acórdão do STJ, de 21-3-2000, contrariando a decisão da Relação de Lisboa, voltou a recusar indemnização aos pais de um jovem que sofreu graves ferimentos em acidente com uma mota de água. Já no caso de lesão corporal - impotência, SOUSA DINIS, "Dano Corporal em Acidentes de Viação", *CJ (STJ)*, Ano IX, 2001, Tomo I, p. 12, defende que não apenas o lesado tem direito a indemnização, mas também *a própria mulher*. No direito português a relação matrimonial é fonte do 'débito conjugal', a que corresponde um direito do cônjuge a ter com o outro um relacionamento sexual normal. "Logo, a sexualidade, pelo menos dentro do casamento, pode ser encarada como um direito de personalidade."

<sup>1179</sup> Afastam-se assim as teses de autores como ENGLEHARDT (*The Foundations of Bioethics*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1986), que considera que os indivíduos cujos centros cerebrais superiores estejam mortos não têm vida mental, não sendo, por isso, *sujeitos morais* e muito menos *peçoas*.

<sup>1180</sup> Paula FARIA, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, p. 101: "O médico que, no intuito de proceder a uma colheita de órgãos, faz recuar a fronteira da morte em relação a um determinado paciente, ainda que terminal, afirmando a sua ocorrência com base num critério de morte cerebral parcial, comete jurídico-penalmente um homicídio".

Assim, "a tutela da personalidade humana individual implica a protecção não só no apogeu físico e racional da vida de um indivíduo mas também do seu decaimento em situações de vida humana dita "vegetativa".<sup>1182</sup> Vida esta que, como Pedro Almodovar distintamente captou em "Fala com Ela", pode ser uma vida de insuperável beleza estética e moral. Mais a mais, há notícia de que alguns pacientes recuperam a consciência mesmo depois dos 12 meses de estado vegetativo crónico.<sup>1183</sup>

Todavia, em vários países tem-se colocado a hipótese de deixar morrer os pacientes em *estado vegetativo crónico*, tendo para tanto vindo a ser apontados fundamentalmente os seguintes caminhos. No caso *Cruzan* (EUA, 1990), o tribunal permitiu a suspensão da respiração e/ou nutrição artificial de acordo com o *living will* deixado pelo paciente ou de

---

Em termos civilísticos, nascerá uma obrigação de indemnizar a favor dos familiares da vítima, nos termos dos artigos 496º, nº 2 (e eventualmente 495º) do CC? *Prima facie*, nada parece obstar a essa solução. Mas se aceitarmos a tese de CAPELO DE SOUSA, exposta em nota anterior, segundo a qual o (hipotético) dano indemnizável deveria estar mais próximo da ofensa à vida, poderemos ser tentados a advogar uma ponderação relativa do estado de saúde do paciente para efeito do cálculo do dano, concedendo agora uma indemnização mais baixa. Não se trata de afirmar que haja vidas com menos valor que outras. Ao direito civil compete ressarcir os danos efectivamente sofridos, podendo tomar em consideração as indemnizações anteriormente recebidas.

Não concordo portanto com a posição de alguns autores (LEITE DE CAMPOS, "A vida, a morte e a sua indemnização", *BMJ*, 365º, p. 15, e SOUSA DINIS, "Dano Corporal em acidentes de Viação", *CJ-STJ*, I (2001), p. 7) seguida por alguma jurisprudência, segundo a qual *o dano da morte deve ser igual para todas as pessoas, em nome da igualdade entre os homens*. Parece-me um argumento demagógico e sem fundamento legal. Ou se nega a possibilidade de ressarcir o 'dano da morte', como aliás acontece na maior parte dos países, e aí todos serão tratados por igual, ou trazendo para o domínio da compensação civil este dano, deveremos seguir as regras gerais e parece-me justo e correcto que o tribunal tome em consideração *as concretas circunstâncias de vida do defunto*. Uma fundamentação filosófica da posição que defendo pode encontrar-se em Ronald DWORKIN, *Life's Dominion*, pp. 86 e ss.: "I am now asking, then, not about justice or rights or fairness, but *about tragedy and the waste of life*, and therefore *the insult to the sanctity of life*, on different occasions? (...) ... the death of a young woman in an airplane crash is worse than the death of an old man would be. The young woman would probably otherwise have had many more years left to live. (...) But how bad this is - how great the frustration - depends on the *stage of life* in which it occurs, because the person has made a *significant personal investment* in his own life, and less if it occurs after any investment has been *substantially fulfilled*, or as substantially fulfilled as is anyway likely."

Faço minhas, portanto as palavras de CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral (apontamentos policopiados)*, 2003, "para a tutela eficaz da personalidade humana importará ter em conta o conjunto, as fases e as intensidades de todo o processo histórico do ser de cada homem. A título de exemplo, é razoável e aceite que, em caso de homicídio, a respectiva indemnização civil pelos danos sofridos pelos familiares, ou pelo dano da própria perda da vida, tenha em conta não apenas a situação do lesado aquando da ofensa mas também a sua *esperança de vida*." O autor cita vária jurisprudência. *Vide*, ainda, mais recentemente, o *Acórdão do STJ*, de 25-1-2002, [CJ-STJ], I, (2002), 62] que sentencia: "estando-se perante a morte de uma jovem de 24 anos, com uma esperança de vida longa e com um futuro promissor à sua frente, que frequentava o curso de Engenharia Agro-alimentar, não é merecedora de censura a decisão que fixou a indemnização pela supressão do direito à vida em 10.000.000\$00."

<sup>1181</sup> João LOUREIRO, "Metáfora do Vegetal", *cit.*, p. 34.

<sup>1182</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 204.

<sup>1183</sup> Cfr. TSUKAMOTO, The irreversibility of the Persistent Vegetative State, Persistent vs Permanent Vegetative State, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 76, cita os seguintes estudos: Higashi (1981) realizou um estudo de 110 pacientes PVS e encontrou uma senhora de 61 anos que recuperou após 36 meses; Lewin (1991) seguiu 650 doentes em PVS com graves lesões cerebrais: 52% de 84 doentes acompanhados recuperaram ao fim de um mês e 6% recuperou entre os 12 e os 24 meses. Deste modo é difícil afirmar a irreversibilidade do PVS mesmo após um ano. Uma rapariga de 18 anos, na Holanda, recuperou ao fim 17 meses e é agora capaz de falar e comunicar com familiares.

acordo com a vontade manifestada perante pessoas íntimas.<sup>1184</sup> No caso *Bland* (1993, Reino Unido), o tribunal efectuou um juízo de substituição de acordo com os melhores interesses (*best interests*) do paciente em estado vegetativo crónico. Finalmente, outros alegam os interesses públicos de boa distribuição dos recursos, sendo tal perspectiva normalmente legalmente vedada.<sup>1185 1186</sup>

Joga aqui um papel preponderante, o *princípio do respeito pela vulnerabilidade*, como um dos recentes princípios da bioética europeia, que vem colocar alguns limites ao exercício da autonomia e reconhece a importância da beneficiência na actuação clínica.<sup>1187</sup>

## 2. O "Direito de morrer (direito a não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida)"

Quando o *tratamento é considerado inútil ou desproporcionado*, é boa prática clínica a suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento quando estes sejam comprovadamente ineficazes. Se estamos perante um doente terminal, espera-se o recurso a uma medicina paliativa, admitindo-se a utilização de fármacos que, visando minorar a dor, acabam por ter como efeito secundário o encurtamento da vida do paciente. Leite Campos

---

<sup>1184</sup> A favor da suspensão da alimentação por tubos na fase avançada de demência, em respeito pelo valor ético do respeito pelo processo de morrer e contra a obstinação terapêutica, GASTMANS, "Tube feeding in Patients with advanced dementia . A clinical ethical approach", 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p.66.

<sup>1185</sup> Airedale NHS Trust v. Bland, 1 All ER p821, 1993. No caso *Bland*, o Lord GOFF lançou mão do documento da BMA (*British Medical Association*) sobre 'treatment of Patient in Persistent vegetative state' que exige as seguintes condições antes de suspender os meios de suporte vital: (1) devem ser realizados todos os esforços de reabilitação pelo menos durante 6 meses após a agressão; (2) o diagnóstico de PVS irreversível não deve ser declarado antes de 12 meses após a agressão, com o efeito de que qualquer decisão de suspender os meios de suporte vital não terá lugar antes desse período; (3) o diagnóstico deve ser confirmado por outros dois médicos; (4) geralmente, os desejos da família próxima do paciente terão grande peso.

<sup>1186</sup> Em 1994, o Comité de Ciência do Japão produziu o relatório "*on death with dignity*" (Science Council of Japan: Report of the Council for Death and Medicine: On death with Dignity, May 26, 1994), no qual fundamentalmente segue a concepção norte-americana, isto é, admite-se parar a nutrição nos casos em que o paciente tenha escrito ou um *living will* e se o estado vegetativo persistente é *irreversível*. [TSUKAMOTO, "The irreversibility of the Persistent Vegetative State", *cit.*, p. 75.] Todavia, tendo em conta que no Japão, o *living will* é pouco utilizado, esta solução dificilmente pode ser posta em prática.

A irreversibilidade também é crucial para o juízo de *best interest* no Reino Unido. Neste país há algumas decisões judiciais que consideram que a irreversibilidade da consciência torna-se *permanente* quando esse estado dura mais de 12 meses. Chamam a estes pacientes "permanent vegetative state patient" (TSUKAMOTO, "The irreversibility of the Persistent Vegetative State", *cit.*, p. 75). A diferente nomenclatura *persistente/ permanente* pode assim ter consequências jurídicas. Se para um grupo (estado vegetativo *persistente*) não se aceita a eutanásia passiva, já para o segundo grupo (estado vegetativo *permanente*) esta pode ser aceite, nas condições referidas. TSUKAMOTO é bastante céptico perante esta categorização. Prefere uma análise individual, em função da duração mas também da severidade do estado vegetativo crónico, a doença de que derivou esse estado, a idade do doente e outros factores.

<sup>1187</sup> Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, "Consentimento Informado na Prática Clínica", *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, p. 122. Sobre os chamados "Princípios Kemp", *vide* João LOUREIRO, "The Kemp Principles: a Bio-legal perspective", *BFD* 75 (1999), p. 575-589.

fala, expressivamente, de um "*Direito de morrer (direito a não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida)*", como um direito especial de personalidade.<sup>1188</sup>

Problema diferente é o colocado pelos pacientes que tendo perdido irremediavelmente a consciência, embora não sejam doentes terminais, desejam um prolongamento artificial da vida. Alguns autores, invocando o respeito pelas minorias e pelas vozes discordantes, defendem a prossecução dos cuidados, num *prolongamento distanásico da vida*, dado ser esta a vontade do paciente.<sup>1189</sup> Noutro sentido, João Loureiro entende que não se poderá alicerçar um direito a prestações que não correspondam ao *telos* da prática médica tal como ela é, profissional e socialmente, entendida. "A "idolatria médica" (McCormick), fruto da crença na quase onipotência da Medicina ou, no outro extremo, a atitude religiosa que confia na possibilidade de uma intervenção miraculosa de Deus, contra toda a esperança, devendo ser respeitada, não pode obrigar, moral e legalmente, o médico à prossecução do tratamento<sup>1190</sup>, nem fundar uma pretensão do cidadão contra o Estado-Comunidade que forneça os recursos para a manutenção dessa condição. Do mesmo modo, nos casos de existência de um seguro de saúde, salvo estipulação em contrário, ter-se-á de entender que os outros segurados não devem ser onerados por este desejo."<sup>1191</sup>

Concluo com Fernando Araújo, para quem "a sacralização do simples suporte biológico que determina a pertença à nossa espécie, se é um critério tão intuitivo como nobre, revela a sua insuficiência perante aquelas situações extremas em que a escassez dita a necessidade de escolha: ela é, insistamos, um atavismo de uma época pré-tecnológica em que, com maior impotência da medicina, era mais difícil nascer e mais fácil morrer, e em que, portanto, era maior a coincidência entre a vida que sobrevivia e o conceito de vida "com qualidade". Ou, dito de outro modo, quando inventámos métodos para instrumentalizar os sinais de vida para além dos limites da vida com qualidade — da vida com personalidade — perdemos colectivamente o direito de vivermos de acordo com um

---

<sup>1188</sup> LEITE de CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXVII, 1991, p. 185.

<sup>1189</sup> Cfr. LOPES CARDOSO, "Alguns Aspectos da Eutanásia", *BMJ*, 401, 1990, p. 21, considerando ser *ilícita* a interrupção dos actos médicos.

<sup>1190</sup> Também com análise crítica face à filosofia *vitalista*, cfr. Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, pp. 115-127. Cfr., ainda, Paula FARIA, *Aspectos...*, p. 91.

<sup>1191</sup> João LOUREIRO, "Metáfora...", *cit.*, p.49-50. Dado o potencial de conflitualidade que aqui se aflora e que o pensamento médico, da sua prática, bem conhece, vão surgindo algumas sugestões de recurso a instâncias mediadoras. *Vide* Rui NUNES, "Humanização na Doença Terminal", *Comissões de Ética*, p. 137: "Se a decisão couber a um familiar, espera-se que este se ponha no lugar do doente, decidindo de acordo com aquilo que se sabe ser a sua vontade. Quando existir desacordo óbvio entre a equipa médica e o representante legal, entendemos ser o melhor curso dos acontecimentos, a consulta de entidades responsáveis intra-institucionais, muito em particular à Comissão de Ética hospitalar."

código moral mais simples.<sup>1192</sup> No fundo, como afirma o *Conseil National d'Étique pour les Sciences de la Vie* devemos devolver o direito a cada indivíduo de se “réappropriar sa mort”.

### 3. Eutanásia *versus* Cuidados Paliativos (?)

A OMS define os *cuidados paliativos* como: “cuidados activos totais de doentes em que a doença não responde ao tratamento curativo. O controlo da dor, de outros sintomas, e ainda de problemas de ordem psicológica, social ou espiritual, é primordial. O objectivo dos cuidados paliativos é a consecução da melhor qualidade de vida dos doentes e das suas famílias.” O Hospício de Saint Christopher, em Londres, foi pioneiro neste novo tipo de medicina, que se associa tipicamente a doenças como o Cancro e a SIDA. O Direito, por seu turno, já reconheceu a importância desta actividade médica, nomeadamente através da *Recomendação do Conselho da Europa* (Maio de 1999) que visa assegurar aos doentes incuráveis e aos moribundos o *direito aos cuidados paliativos*.<sup>1193</sup>

No direito comparado vão surgindo propostas para um morte mais digna.<sup>1194</sup> A *Lei francesa sobre os Cuidados Paliativos* (de 9 de Junho de 1999) concede o direito de os trabalhadores, durante o horário de trabalho, acompanharem um paciente em fim de vida. Seja o doente um parente, seja numa base de mero voluntariado (embora neste caso se exija que a pessoa tenha formação específica e pertença a uma associação reconhecida). Para além do exemplo francês<sup>1195</sup>, penso que se deve defender, ao nível da segurança social e ao nível fiscal, o apoio aos idosos no próprio domicílio; bem como criar novas especialidades hospitalares: psicólogos, enfermeiros especialistas em cuidados paliativo, etc. Outra exigência de um sistema de saúde moderno é a promoção de uma medicina de proximidade.

A questão continua, todavia, em aberto. Os cuidados paliativos afastam a eutanásia? Segundo alguns, o paciente que solicita a eutanásia o que na realidade deseja é mais assistência e melhor tratamento dos sintomas, em primeiro lugar da *dor*. Fornecida essa assistência e estes cuidados paliativos o problema da eutanásia estaria resolvido de raiz.<sup>1196</sup> Segundo outros, a administração dos cuidados paliativos vai ter o efeito de reduzir a

<sup>1192</sup> Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 174.

<sup>1193</sup> Cfr. no direito interno a Resolução do Conselho de Ministros 7/99, de 9 de Fevereiro.

<sup>1194</sup> Cfr. a *Declaração dos Direitos dos Pacientes* (1994) que afirma: “Os pacientes têm o direito de receber cuidados paliativos humanos e morrer com dignidade” (5.11.).

<sup>1195</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos, o *Avis n.º 63*, 27 janvier 2000 do *Conseil National d'Étique pour les Sciences de La Vie*, in [www.ccne-ethique.org/francais/avis/a\\_063.htm](http://www.ccne-ethique.org/francais/avis/a_063.htm). O nosso Conselho Nacional também produziu um documento – Parecer sobre aspectos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida (11/CNECV/95), publicado em *Documentação*, Vol. III (1995-1996), Presidência do Conselho de Ministros, 1996, Lisboa, pp. 15 e ss..

<sup>1196</sup> É a posição da *European Association for Palliative Care*, cfr. SANTOSUOSSO, *ob. cit.*, p. 105.

procura da eutanásia, mas não pode eliminá-la: haverá sempre uma parte dos casos nos quais se vai continuar a solicitar a eutanásia.

Com Santosuosso coloco a seguinte questão: “será possível que a medicina contemporânea, que dá relevo aos aspectos psicológicos da doença e da saúde de tal modo que justifica em seu nome intervenções como a cirurgia plástica, a fecundação artificial, a interrupção da gravidez e mesmo a mudança de sexo, ignore e volte as costas ao sofrimento físico e psíquico extremo de quem, na proximidade da morte e fisicamente incapaz de o fazer sozinho, pede ajuda ao médico para a antecipar?”<sup>1197</sup>

#### 4. A Eutanásia no Direito

*“Making someone die in a way that others approve, but he believes a horrifying contradiction of his life, is a devastating, odious form of tyranny.”*

Ronald Dworkin<sup>1198</sup>

Reduzindo a complexidade do debate<sup>1199</sup>, penso que se pode hoje circunscrever esta polémica pelas seguintes coordenadas: em primeiro lugar, é consensual a recusa do “encarniçamento terapêutico”; este é um dado adquirido quer na deontologia (art. 49º do CDOM)<sup>1200</sup>, quer no próprio direito penal. No plano religioso o Papa Pio XII pronunciou-se nesse sentido em 1957, o que foi reafirmado em 1980 na *Declaração sobre a Eutanásia da Congregação para a Doutrina da Fé*. Em segundo lugar, a morte é hoje definida como a

---

<sup>1197</sup> SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, pp. 105-106. Atente-se ainda na reflexão de Rev. P. Dr. FERREIRA e SILVA, “Conceito e Momento da Morte, aspectos teológico-morais”, in *As Técnicas Modernas de Reanimação*, Porto, 1973, p. 20, “Desde já se anota a desproporção que existe entre este esforço a favor da vida (restos de vida), numa sociedade tecnológica, e a não protecção à vida humana, precisamente nos seus começos mais prometedores (o caso do aborto) e na fase mais produtiva (caso das guerras e certas competições desportivas) ou mais jovem e rica (caso das drogas).”

<sup>1198</sup> *Life's Dominion*, p. 217.

<sup>1199</sup> Está fora desta discussão a consideração da proposta formulada por Karl BINDING e Alfred ROCHE, *Die Freigabe der Vernichtungslebensunwerten Lebens* (Leipzig, 1920), apud FERREIRA e SILVA, “Conceito e Momento da Morte, aspectos teológico-morais”, *cit.*, p. 26, e a sua resolução histórica nos campos de extermínio nazis... É argumentativamente ilegítimo e demagógico carrear para esta problemática esse horror.

<sup>1200</sup> Art. 49º: 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 do 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.” O *Código Deontológico do Enfermeiro* dedica um artigo especificamente aos deveres subordinados ao respeito pelo doente terminal (art. 87º), preconizando que: “O enfermeiro, ao acompanhar o doente nas diferentes etapas da fase termina assume o dever de: a) Defender e promover o direito do doente à escolha do local e das pessoas que deseja o acompanhem na fase terminal da vida; b) Respeitar e fazer respeitar as manifestações de perda expressas pelo doente em fase terminal, pela família ou pessoas que lhe sejam próximas”. Veja-se, também, a este propósito a sugestiva redacção do Código Deontológico italiano de 1995 (Art. 36): “In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta e pervenute alla fase terminale, il medico può limitare la sua opera, se tale è specifica volontà del paziente, all’assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutile sofferenza, fornendogli i trattamenti appropriati e conservando per quando possibilite la qualità di vita. In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire la terapia di sostegno vitale finché ragionevolmente utile”.

“cessação irreversível das funções do tronco cerebral”<sup>1201</sup>, pelo que os grandes debates decorrentes dos estados de morte cerebral estão ultrapassados em quase todos os países.<sup>1202</sup> Por outro lado, a eutanásia passiva ou ortotanásia<sup>1203</sup>, bem como a ministração de medicamentos paliativos que lateralmente encurtem a vida (a chamada *teoria do duplo efeito*) são aceites como lícitas pela doutrina dominante.<sup>1204</sup>

As divergências mais profundas encontram-se ao nível do debate sobre a eutanásia voluntária activa.<sup>1205</sup> Em Portugal, o CP pune não só a prática da *eutanásia involuntária*<sup>1206</sup> como também a *eutanásia voluntária*<sup>1207</sup>.

<sup>1201</sup> A Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, determina que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”. A lei (art. 3.º, n.º 2 da Lei 141/99, e art. 12.º, n.º 1 da Lei 12/93) remete a fixação dos critérios de verificação da morte cerebral para a Ordem dos Médicos, ouvido o Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida. Nestes termos a Ordem dos Médicos emitiu a *Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994*.

<sup>1202</sup> Vide BAIRD/ ROSENBAUM, *Eutanásia: as questões morais*, Bertrand Editora, que apresentam os casos que animaram os grandes debates dos anos 70 nos EUA.

<sup>1203</sup> Na literatura nacional, ainda hoje fundamental, FIGUEIREDO DIAS, “O problema da Ortotanásia: introdução à sua concepção jurídica” e José BELEZA, “A Ortotanásia como problema jurídico-penal”, in *As Técnicas Modernas de Reanimação*, Porto, 1973.

A 22 de Março de 2002, a House of Lords, em acção proposta pela própria paciente, autorizou que fosse suspenso o sistema de respiração artificial, invocando o direito a recusa de tratamento.

<sup>1204</sup> No ordenamento jurídico português, advoga-se a não punibilidade da “*eutanásia passiva*”, que consistirá na renúncia pelo médico de medidas que visem conservar ou prolongar a vida (por exemplo: tratamento medicamentoso ou cirúrgico, oxigenação, reanimação) de doentes em estado terminal (moribundos, pessoas em coma profundo e irreversível ou estados análogos). Nesta categoria insere-se o caso de desligar um aparelho de reanimação (em momento anterior à morte cerebral). [FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, cit., p. 13 e COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 68-69, que advogam a doutrina da “comissão através da acção” (“*Unterlassen durch Tun*” (ROXIN)). Já não assim, advertem se se tratar de um terceiro que não o médico responsável pelo tratamento. Segundo Paula FARIA, *Aspectos...*, p. 96, nota 45, alguma doutrina alemã coloca em lugar do “*Unterlassen durch das Tun*” um outro critério de recurso frequente por parte do direito civil e que é o *fim de protecção da norma*. “A protecção jurídico-penal dispensada ao bem jurídico vida encontra o seu limite onde já não se trate de uma manutenção dessa mesma vida mas de um prolongamento da morte. O médico, apesar de ter causado a ocorrência da morte num momento temporalmente mais recuado que aquele que a utilização exaustiva dos mecanismos de reanimação permitiria, não lesa o bem jurídico vida. Falta aqui um interesse juridicamente protegido na manutenção da vida. Não existe uma obrigação jurídica de manter funções vitais irremediavelmente perdidas por meios artificiais, contra a qual tenha actuado.”] Já poderá haver responsabilidade quando o doente solicite ao médico que prossiga a intervenção, enquanto mantiver a consciência ou for ainda previsível que a recupere. Se o doente recusa ou proíbe a continuação da intervenção ou utilização de certos meios conservatórios haverá responsabilidade penal por intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156.º CP) [FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, p. 13]. Penso mesmo que, em certos casos, haverá *má prática* médica, pelo que não se verificam os pressupostos do art. 150.º, caindo essa acção no âmbito dos crimes contra a integridade física e, no plano civil, violação do seu direito à autodeterminação e à integridade física e moral (art. 70.º, n.º 1 do CC). A eutanásia activa “indirecta” ou *ortotanásia* também não acarreta responsabilidade penal e civil do médico. Com efeito, a utilização de meios destinados a minorar dores e sofrimentos insuportáveis — ainda que tenha como consequência lateral e indesejada o encurtamento do período de vida do moribundo — é considerada pela doutrina como justificada. A causa de justificação advogada, dependendo dos Autores, será o direito de necessidade ou o *risco permitido* [FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, p. 14, e COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 60.] Cfr. ainda sobre este tema LOPES CARDOSO, “Alguns Aspectos da Eutanásia”, *BMJ*, 401, 1990, p. 21.

<sup>1205</sup> *Contra* a eutanásia voluntária activa são apontados vários argumentos. Um primeiro grupo de argumentos prende-se com a invalidade ou ineficácia do consentimento: assim, por um lado, a vida é um bem jurídico indisponível, pelo que o consentimento é absolutamente irrelevante; por outro, há dificuldades em determinar a voluntariedade do consentimento. Outros apontam para as limitações e os avanços da medicina, isto é, se, por vezes, se corre o risco de erro no diagnóstico médico, outras vezes, haverá a possibilidade de



A experiência jurídica internacional mostra-nos que nos últimos anos têm sido dados alguns passos de maior abertura face ao direito à eutanásia. Esta conduta médica foi despenalizada nos Países Baixos<sup>1208</sup> e, mais recentemente, na Bélgica<sup>1209</sup>, estando

novas descobertas médicas; outros ainda entendem que as novas drogas de controlo da dor tornam injustificado o recurso à eutanásia. Para muitos existe a preocupação de os pacientes terminais poderem ser muito sensíveis ao estado de angústia dos familiares e poderem desejar poupar os próximos ao sofrimento, com um pedido que não corresponde ao seu desejo mais profundo. Finalmente, o clássico argumento de que a legalização da eutanásia voluntária activa poder ser uma brecha no sistema jurídico com resultados imprevisíveis.

A favor da eutanásia voluntária activa invoca-se o direito de morrer em dignidade, a implicar reconhecer um direito a quem pede a eutanásia. Por outro lado, a tentativa de suicídio não é punida, pelo que a vida é um bem disponível para o próprio titular. A eutanásia passiva não é punida e para estes autores não há diferença ética entre a acção e a omissão. Finalmente invocam o direito à autodeterminação da pessoa em final de vida e o direito ao controlo sobre a própria morte. DWORKIN, *Life's Dominion*, p. 182, cita um estudo publicado no *American Journal of Public Health*, segundo o qual 64% dos inquiridos eram favoráveis à legalização de alguma forma de eutanásia.

<sup>1206</sup> Artigo 133º (Homicídio privilegiado): “Quem matar outra pessoa dominado por...compaixão..., que diminuem sensivelmente a culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.”

<sup>1207</sup> Artigo 134º (Homicídio a Pedido): “Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expreso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.” Aqui haverá responsabilidade mesmo que o efeito letal seja prosseguido com a intenção de pôr fim às dores ou ao sofrimento do moribundo e ainda mesmo quando nesse sentido se tenham verificado o consentimento ou até as reiteradas súplicas do paciente. Essa situação configurará, verificados os seus pressupostos, o crime de *Homicídio a pedido da vítima* (artigo 134º), que constitui uma forma privilegiada do crime fundamental de Homicídio, radicando esse regime de privilégio no “*pedido sério, instante e expreso*” da vítima, que determina a *redução do ilícito* (menor desvalor de acção) e a *redução da culpa*.

<sup>1208</sup> Os Países Baixos constituem, ao nível europeu e mundial, um caso raro com legislação liberal relativamente à Eutanásia. Tudo terá começado quando em 1973 se formam Sociedades em Defesa da Eutanásia Voluntária na Holanda. Uma década depois, em 1981, O Tribunal de Roterdão vê-se confrontado com um arguido médico que defende, em consciência, que praticara um acto médico piedoso e o Tribunal decide que a ajuda ao suicídio e a eutanásia voluntária não serão objecto de prossecução criminal, mediante certas condições. Em 1984, O Supremo Tribunal dos Países Baixos veio aceitar esta doutrina e declara que a eutanásia voluntária é aceitável, desde que se respeitem as 10 condições definidas. Em 1990, A Real Associação Médica e o Ministério da Justiça acordam com um *procedimento de notificação*, que os médicos deverão cumprir e que lhes garantirá a imunidade perante uma acusação de eutanásia. Alguns anos depois, em 1994, realizam-se alterações pelo *Burial Act* que incorporam o processo de notificação, conferindo-lhe estatuto legal formal. Finalmente, no ano de 2001, dá-se a aprovação da lei que despenaliza a eutanásia [cfr. Francisco VEIGA/Fátima MONTEIRO/Natália TELES/ Teresa GUERREIRA, “Eutanásia – pelo Direito de Morrer em Paz”, *Cadernos de Bioética*, Ano XI, nº 24, Dezembro de 2000, p. 97 ss.; cfr. ainda JURRIAN DE HAAN, “The New Dutch Law on Euthanasia”, *Medical Law Review*, 10, Spring 2002 pp. 57-75] Esta lei exige que se verifiquem as seguintes condições: a) O médico deve preencher os requisitos do dever de cuidado médico (este dever de cuidado médico está previsto na lei. O médico deverá: (1) estar convencido que o pedido do paciente é voluntário, ponderado e duradouro; (2) estar convencido que o paciente está a sofrer continua e insuportavelmente; (3) informar o paciente acerca da sua situação clínica e prognóstico; (4) chegar à firme conclusão com o paciente de que não há alternativa razoável para a situação; (5) consultar pelo menos outro médico independente, que tenha examinado o doente e tenha chegado às mesmas conclusões que o primeiro. Levar a cabo a eutanásia de forma medicamente apropriada); b) o médico deve notificar as suas acções às autoridades legais. Comissões regionais (compostas por médico, jurista e especialista em questões éticas) analisam os pedidos e dão o seu parecer.

Segundo Margaret OTLOWSKI, *Voluntary Euthanasia and The Common Law*, Oxford University Press, 1997, 448 e ss., nos Países Baixos encontramos uma sociedade plural com uma tradição de tolerância religiosa e moral, democrática e permissiva. Existe uma variedade de opiniões: desde o Calvinismo e Catolicismo tradicional ao cristianismo e humanismo liberal e parte significativa da população não tem filiação religiosa. Por outro lado, há uma cultura do debate de temas morais e grande respeito pelas opiniões contrárias e há um grande respeito histórico pela classe médica – os médicos holandeses sempre recusaram participar nos programas de esterilização e de experiências em judeus, ciganos e doentes mentais dos Nazis. Atribui-se, na sociedade holandesa, grande importância à autonomia individual e respeito pelo direito à autodeterminação individual. Por outro lado, o sistema de saúde assenta no Médico de Família, que conhece e visita o lar

serenamente em vigor nestes dois países europeus. No Uruguai o “homicídio piedoso” não deve ser punido e na Colômbia o Assento do Tribunal Constitucional de 1997 veio despenalizar a Eutanásia.<sup>1210</sup> Por seu turno, o Território do Norte da Austrália e o Oregon (EUA) descriminalizaram esta conduta, mas legislação posterior veio repor a situação clássica. Já o auxílio ao suicídio (art. 135º CP<sup>1211</sup>) não é punido em vários países: para além dos Países Baixos, a Alemanha, a Bélgica e o Oregon não punem esta conduta.<sup>1212</sup>

---

familiar durante muito anos: ele é considerado um verdadeiro amigo da Família e muitos tratamentos são ministrados em casa. Assim, ao contrário de outros países, grande parte dos pacientes morre em casa, no seu lar. Por tudo isto, a relação médico-paciente é de grande proximidade. Assim sendo, não surpreende que o *Relatório Rammelinck* confirme que a eutanásia voluntária activa é muito frequentemente praticada por médicos de família. Finalmente, os Médicos são sinceros e defenderam-se em Tribunal sem subterfúgios, com toda a abertura, pelo que os Tribunais acabaram por se defrontar com verdadeiras “questões de consciência” e optaram pelo caminho da impunidade.

<sup>1209</sup> Lei belga sobre a Eutanásia, de 22 de Junho de 2002.

<sup>1210</sup> Cfr. BRITO/ RIJO, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal*, pp.91 e ss.

<sup>1211</sup> No crime de *Incitamento ou ajuda ao suicídio* (artigo 135º CP) o bem jurídico protegido é a vida humana, mais concretamente, *a vida de outra pessoa*. Assim, o fundamento da incriminação do *Incitamento ou ajuda ao suicídio* é o “propósito de densificar e reforçar o halo de tabu com que a ordem jurídica quer rodear a vida humana (de outra pessoa), protegendo-a contra (quase) todas as formas de desrespeito.” Desta forma, a legitimação material da incriminação do *incitamento ou ajuda ao suicídio* radica precisamente em o bem jurídico tutelado ser a vida humana de *outra pessoa*. Assim se compreende, afirma COSTA ANDRADE [*Comentário...*, p. 80] que a indiferença ou irrelevância jurídico-penal do suicídio se não comunique necessariamente ao *Incitamento ou ajuda ao suicídio*. “O suicídio esgota o sentido no desempenho auto-referente e autopoiético da pessoa, não pertencendo ao sistema social, “mais do que um emigrante ao Estado” na imagem de Beccaria. Já o auxílio ao suicídio assume uma irreduzível valência sistémico-social: independentemente da singularidade da sua trajectória esta acção projecta-se sobre a vida de outra pessoa. Neste preciso aspecto, como o homicídio.” COSTA ANDRADE considera que quando alguém, atingido por doença grave e terminal, *desiste* de lutar contra o inevitável, não pratica suicídio. *Não cometem, pois, a infracção os que, neste contexto, asseguram apoio físico ou psíquico ao doente*. Já será diferente, considera o Autor, se o paciente decide pôr termo à vida *por suas próprias mãos*: agora quem o ajudar comete o crime de *Incitamento ou ajuda ao suicídio*.

No plano civilístico, haverá lugar a indemnização no caso de mero auxílio solicitado ao suicídio? Quando haja consumação do suicídio, sem dúvida que sim [CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 207, nota 401.], a favor, *v.g.*, das pessoas referidas no artigo 496º, nº2 CC. Na verdade, a ajuda ao suicídio constitui na ordem jurídica portuguesa um acto ilícito, pelo que a reparação civil pode ter lugar. No caso de mera tentativa (frustrada) de suicídio, “de que resultem danos (feridas, doença, incapacidade de trabalho, etc.) no candidato a suicida, parece também poderem verificar-se os pressupostos do art. 483º CC (responsabilidade civil), mas quanto à indemnização solicitada por este último, por concausalidade, será aí particularmente admissível – diz CAPELO DE SOUSA - a figura do abuso do direito (art. 334º) através de um *venire contra factum proprium*.” Na minha opinião, poderíamos também lançar mão do regime da culpa do lesado (art. 570º CC), a qual levará a uma redução ou exclusão do direito à indemnização.

<sup>1212</sup> Recentemente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se sobre o suicídio assistido no caso *Pretty v. The United Kingdom* (29 de Abril de 2002), considerando que a lei inglesa (que criminaliza o auxílio ao suicídio) não viola as normas da CEDH. Cfr. sobre este caso: Philippe PEDROT, “Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité (L’affaire Pretty c/Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l’homme du 29 avril 2002)”, *R.D.S.S.*, N.º 3 – Juillet-Septembre 2002, pp. 475-480. Penso que esta decisão não deve ser vista como uma derrota do movimento da *morte com dignidade*. O Tribunal denegou o reconhecimento de um direito fundamental à cidadã inglesa, o que é compreensível no momento histórico em que a decisão é tomada. O combate por uma morte mais digna deverá iniciar-se pelo reconhecimento da possibilidade de os Estados e as sociedades optarem por um outro caminho, diferente do que subsiste na maior parte dos países – ou seja – de algum modo é necessário que se dê uma *desconstitucionalização* da matéria, para depois, num outro momento histórico, se poder reconhecer, em Tribunal, um direito oponível *erga omnes* à eutanásia e ao suicídio assistido.

Verifica-se, pois, um movimento geral de reflexão e debate em todo o mundo ocidental sobre este delicado problema jurídico. Efectivamente, a medicina mudou a nossa morte e muitos exigem outra compreensão para o problema.<sup>1213</sup>

Em França, defende-se que, ao nível do processo penal, deveria haver uma *excepção da eutanásia*, regulada por lei, que permitiria apreciar através de uma comissão interdisciplinar as circunstâncias excepcionais que poderão ter levado à prática da eutanásia.<sup>1214</sup> Com esta ou com outra solução, o que se defende é que os tribunais tenham um meio legal de fazer face aos dilemas colocados pelo confronto entre o Direito e a realidade humana.

Perante o direito positivo português, “o mais que entre nós pode ficar em aberto *de iure constituto*, para situações extremas de doentes terminais sujeitos a sofrimentos cruelmente insuportáveis, será a *dispensa de pena* por via do *estado de necessidade desculpante* (art. 35º, nº2 do CP).”<sup>1215</sup>

### Secção III - Dever de documentação

#### § 53. O dever de documentação

O fundamento deste dever na relação médico-paciente, seja ela de natureza contratual ou não, resulta de várias fontes.

Guilherme de Oliveira defende que no direito português há um *dever jurídico de documentação*. Este dever encontra-se vertido no art. 77º, n.º 1 CDOM, que tem a seguinte redacção: “o médico, seja qual for o Estatuto a que submeta a sua acção profissional, tem o direito e o dever de registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-as ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo profissional.” Esta norma preenche o conteúdo do art. 7º, al. e) do Decreto-Lei n.º 373/79, de 8 de Setembro (Estatuto do

---

<sup>1213</sup> Cfr. PRAN MANGA, “Euthanasia and Medical Assisted Suicide – The case for Legalising Physician Assisted Suicide”, *Med Law* (2001) 20: 451-462.

<sup>1214</sup> Parecer do Conselho Nacional de Ética francês nº 63 de 27 de Janeiro de 2000, [www.ccn-ethique.org](http://www.ccn-ethique.org).

<sup>1215</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, p. 15. Sobre este tema, vide HERRI WETTSTEIN, *Leben- und Sterbenkönnen (Gedanken zur Sterbebegleitung und zur Selbstbestimmung der Person)*, Bern, Peter Lang, 2000, *passim*, obra com uma análise de índole ética, jurídica, histórica, teológica, antropológica e psicológica.

Médico), segundo o qual o médico tem o dever de “contribuir com a criação e manutenção de boas condições técnicas e humanas de trabalho para a eficácia dos serviços”.<sup>1216</sup>

Outra base legal encontra-se nos artigos 573º e 575º CC, que regulam a obrigação de “informação” e de “apresentação de documentos”.<sup>1217</sup>

Para além disso, entende-se que resulta de um *dever lateral* (*Nebenpflicht*) do contrato médico ou da relação entre o hospital e o paciente a obrigação de documentação das intervenções e tratamentos médicos.

Para outros, esta obrigação resulta também de um *dever de cuidado do médico*, isto é, de uma obrigação inserta nas *leges artis* (*Therapiepflicht*). Na verdade, para que os cuidados de saúde sejam zelosos e organizados impõe-se que o médico proceda ao registo e à documentação das consultas, exames, diagnósticos e tratamentos efectuados.

Na formulação do BGH, o dever de documentação tem origem *delitual e contratual* e é um requisito fundamental para a segurança do paciente no tratamento. Recentemente esta obrigação, bem como o direito de consulta dos registos clínicos é também analisada como um aspecto do *direito de personalidade* do paciente.<sup>1218</sup>

Outros ainda entendem que a *obrigação de documentação* constitui um aspecto do dever de informação do médico.<sup>1219</sup> Este princípio exige que o médico torne possível ao paciente a prova indiciária através da diligente redacção dos dados clínicos. No marco da relação de paridade entre o médico e o paciente, satisfaz o interesse primário do paciente o ser adequadamente informado e poder examinar, se o desejar, os documentos pertinentes sobre o decurso da doença.

A afirmação deste dever de documentação tem também influência na distribuição da carga probatória.<sup>1220</sup> É claro, por exemplo, que o médico fica prejudicado no plano probatório não apenas se subtrair ou alterar documentos que têm importância para esclarecer a controvérsia, mas também se a redacção dos actos médicos for inexacta ou

<sup>1216</sup> Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, “Auto-regulamentação...”, *RLJ*, p. 36.

<sup>1217</sup> FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 42. No mesmo sentido FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis...”, *cit.*, p. 114, entende haver um dever de documentação (acesso a documentos, elaboração ou entrega de documentos, v.g. atestados e fichas clínicas).

<sup>1218</sup> Cfr. LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, pp. 481-482.

<sup>1219</sup> Cfr. ÁNGEL YÁGUEZ, in *Comentário del Código Civil*, artigo 1902 del CC) coordenado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, Tomo 8, p. 524.

<sup>1220</sup> A *Cámara Civil y Comercial de Junín* (Argentina), na decisão de 15-12-1994, declara com toda a propriedade que “constitui uma presunção contra o profissional a inexistência da história clínica ou a existência de irregularidades na mesma”. A falta da história clínica priva de um elemento valioso para a prova da responsabilidade médica e deve prejudicar a quem era exigível como dever de colaboração na difícil actividade probatória e esclarecimento dos factos. Através da prova por presunções, uma história clínica insuficiente constitui mais um indício que deverá ser tomado em consideração pelo tribunal na hora de analisar a conduta dos profissionais. Mas a necessária relação causal não pode deduzir-se apenas da existência de uma história clínica irregular. Vide VÁZQUEZ FERREYRA/ TALLONE, *Derecho Médico y mala praxis*, 2000.

incompleta. De qualquer modo, convém reiterar que o dossier clínico não constitui sempre uma verdade irrefutável e absoluta, pelo que deve ser avaliada conjuntamente com os restantes elementos probatórios presentes no processo.<sup>1221</sup>

Efectivamente, entende-se que o *dossier* médico pode ter uma importância decisiva num processo de responsabilidade por violação do consentimento informado. Entre nós, o art. 344º, n.º 2 CC estabelece a inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova à parte onerada. Assim, especialmente para aqueles que entendem que impende sobre o paciente o ónus da prova da falta de informação ou de consentimento, esta situação pode permitir o ganho da causa, pelo que o médico deve ser o primeiro a ter interesse em ser zeloso na conservação e no adequado registo da ficha clínica.<sup>1222</sup>

Para além disso, é de grande importância na boa relação médico-paciente e, simultaneamente, pode ajudar a controlar os ‘galopantes’ custos de saúde. Nesse sentido, as legislações modernas<sup>1223</sup> exigem que o médico registe as consultas e organize um processo onde deve incluir, entre outros, os exames, as análises, os apontamentos das consultas, formulários do consentimento, etc.<sup>1224</sup>

Outras finalidades da documentação – destacadas pela doutrina alemã – são a segurança terapêutica (*Therapiesicherung*), a facilidade de prova (*Beweissicherung*) e a facilidade na apresentação dos honorários (*Rechenschaftslegung*). Um bom registo clínico permite que o médico duplique ou omita certos exames ou tratamentos, facilita a mudança de médico ou o tratamento simultâneo por vários médicos, nomeadamente no caso de o paciente desejar uma *segunda opinião*.<sup>1225</sup>

## § 54. O acesso ao dossier clínico

### 1. Direito comparado

As recentes leis de direitos dos pacientes, nos países latinos, têm vindo a admitir o acesso de forma mais liberal. Assim, a recente lei francesa de 4 de Março, confere aos

<sup>1221</sup> Decisão do Tribunal Supremo, de 5-6-1998, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 152.

<sup>1222</sup> Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus...”, *Direito da Saúde e Bioética*, p. 131.

<sup>1223</sup> No plano histórico, encontram-se os primeiros documentos, com informações relativas aos pacientes, nos hospitais de Bagdad nos séculos IX, X e XI da era Cristo.

<sup>1224</sup> Assim, DUPUY, *Le Dossier Médical*, Bordeaux, 2002, pp. 15 e ss., à face da legislação francesa. Note-se que a lei espanhola (Ley 31/2002, 14-11-2002, *reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*) e a lei belga, ambas bastante recentes, dão uma enorme importância ao dever de documentação.

<sup>1225</sup> Cfr. LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, pp. 485. A facilidade probatória e de instrumento para cobrança de honorários são fins criticados por alguma doutrina neste contexto, mas parece que é razoável e pragmático aceitar que estes são realmente fins importantes e legítimos do dever de documentação e que tanto favorece o médico como o paciente, permitindo uma melhor execução do contrato.

pacientes o direito de aceder às informações médicas contidas no seu *dossier* médico. Também na Bélgica se passará a aceitar, em regra, o acesso *directo* ao seu processo. O Art. 9, §2 da Lei Belga sobre Direitos dos Pacientes reconhece o direito de consultar o processo clínico, mas considera que “les annotations personnelles d’un praticien professionnel et les données concernant des tiers n’entrent pas dans le cadre de ce droit de consultation.” A *Ley 41/2002*, de 14 de Novembro, (Espanha) regula, no art. 18º, o acesso à história clínica. Aqui o direito de acesso é livre e tem o direito de obter cópia destes dados. Salvaguardando, porém, os direitos de terceiras pessoas à confidencialidade dos dados, o *interesse terapêutico* do paciente e o direito dos profissionais à reserva das suas anotações subjectivas.

Analisando com mais detalhe a legislação francesa, observamos que, durante muito tempo, o acesso ao *dossier* pelo paciente só era possível *por intermédio do médico*. Todavia, esta condição foi recentemente suprimida. Doravante, o paciente pode escolher entre várias modalidades de comunicação (acesso imediato ou mediato). O legislador salvaguardou porém certas hipóteses para as quais este direito de acesso será indirecto. Com efeito, esta lei consagra a possibilidade para o paciente de *aceder directamente ao dossier clínico* que lhe diz respeito, enquanto que, tradicionalmente, ele só podia tomar conhecimento dessas informações através do intermédio de um médico. A consagração do direito de acesso directo ao *dossier* médico é a resposta do legislador às reivindicações das associações de utentes. Contudo, certamente assistiremos a alguma resistência por parte de alguns médicos. Para além de verem a sua ‘privacidade’ profissional devassada por esta lei, os médicos temem que o paciente fique mais exposto aos riscos de pressão dos empregadores e seguradores no sentido de conhecerem os seus *dossiers* clínicos.<sup>1226 1227</sup>

Em certos casos, todavia, esse direito de acesso directo é *limitado*. Assim acontece no caso de uma *hospitalização compulsiva*. Esta limitação justifica-se pela necessidade para o médico de dispor de um poder de controle da difusão de informação sobre a patologia ao seu paciente. Por outro lado, o direito de consulta do processo relativo a um *menor não*

<sup>1226</sup> Cfr. DUPUY, *Le dossier Médical*, note d’actualisation, p. 6.

<sup>1227</sup> Todavia, o art. 45 do *Code de Déontologie médicale* dispõe que “independentemente do *dossier* clínico previsto na lei, o médico deve ter para cada paciente uma parte de observações que lhe é pessoal; essa ficha é confidencial e inclui os elementos actualizados, necessários às decisões diagnósticas e terapêuticas”. Alguns Autores entendem que essas fichas também são comunicáveis se o paciente o solicitar. Outros entendem que tal medida apenas iria sobrecarregar o processo de informação médica. Que o doente possa, se quiser, aceder à informação médica que lhe diz respeito, parece adequado, mas seria mais judicioso ater-se ao espírito da norma do Código Deontológico, isto é à sagacidade do médico. CLÉMENT, *Droits des Malades*, 2002, p. 24, receia que se caminhe para uma formalização excessiva das relações médico-paciente quando nesta relação deveria presidir a confiança. “*Le droit des usagers devient un droit des consommateurs de soins et à ce titre, on verse d’une confiance à une défiance, avec toutes les conséquences d’une telle modification*”.

*emancipado* é exercido pelos titulares da autoridade parental. Contudo, também pode ter lugar a pedido do menor *por intermédio do médico*. O menor que quiser manter segredo de determinado tratamento pode-se opor a que o médico comunique ao titular da autoridade parental as informações relativas a essa intervenção. O médico deve fazer menção escrita dessa oposição.<sup>1228</sup>

Nos países germânicos, o *acesso directo* ao dossier médico é já tradicional. Na Alemanha, a lei organiza o acesso directo aos “dados objectivos” do processo (resultados de exames, radiografias, troca de correspondência entre médicos) mas restringe à boa vontade dos médicos o acesso aos elementos subjectivos (anotações pessoais, por exemplo).<sup>1229</sup> Na Dinamarca, o direito de acesso ao processo clínico abrange todas as informações, *incluindo as notas pessoais ou os comentários* a uma radiografia, mas cada pedido é examinado e a consulta pode ser directa ou com a ajuda de um médico. Nos Países Baixos (art. 456 BWB), o direito de acesso à totalidade do dossier é reconhecido ao paciente, exceptuando as informações susceptíveis de lesar a vida privada de terceiros pessoas.<sup>1230</sup>

Assim sendo vemos que a evolução no direito comparado vai no sentido de conceder ao paciente o direito de acesso directo ou imediato ao dossier e é, inclusivamente, advogado por alguns que este é proprietário<sup>1231</sup> da informação médica.<sup>1232</sup>

<sup>1228</sup> Nos termos do art. 6 do *décret du 29 avril 2002*. Cfr. Olivier DUPUY, *Le dossier Médical*, note d’actualisation, p. 8.

<sup>1229</sup> Neste país, a doutrina distingue: a) a *fase extra-processual*, em que a consulta pode estar sujeita a algumas limitações temporais e objectivas (para protecção do interesse do médico em não ver davassadas as suas anotações pessoais e de terceiros pessoas); b) a *fase pré-processual*, em que o paciente pretende preparar uma acção de honorários ou de responsabilidade civil (havendo também limitações para protecção do médico e de terceiros, bem como por razões terapêuticas, sendo admissível limitar o acesso a paciente com problemas psiquiátricos que seriam gravemente prejudicados com o conhecimento integral do seu ficheiro clínico, devendo este ser acompanhado e aconselhado por um médico); c) o direito de consulta durante um litígio, em que indiscutivelmente o dossier assume uma importância decisiva na clarificação dos factos, podendo mesmo ser requerido *ex officio* pelo tribunal. Neste momento, o dossier passa a ser considerado como documento integrante do processo (*Teil der Prozessakte*) e não há razões de índole terapêutica que justifiquem uma limitação ao direito de consulta do processo. Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 491.

<sup>1230</sup> CLÉMENT, *Droits des Malades*, 2002, p. 16.

<sup>1231</sup> A questão da *propriedade do dossier clínico* é muito controversa. Para DUPUY (*Le dossier Médical*, note d’actualisation, pp. 9 e ss.), a unidade de saúde está obrigada ao dever de conservação, o que lhe confere uma responsabilidade ligada à sua obrigação de arquivamento em boas condições e de comunicação ao paciente quando este o desejar. Mas este dever não é assimilável às prerrogativas (próprias do direito de propriedade) de *fructus*, de *usus* e de *abusus* sobre o dossier. O médico, por seu turno, tem o direito de propriedade intelectual de uma parte variável do seu conteúdo e nomeadamente das suas notas pessoais; contudo não é considerado depositário do dossier. Quanto ao paciente não tinha tradicionalmente, e não tem ainda hoje em Portugal, direito de acesso directo ao dossier, o que constitui uma limitação importante. DUPUY, à luz da nova Lei de 4 de Março, que cria a regra de acesso livre e directo do paciente ao dossier, defende que *o paciente é o proprietário do dossier*.

Em Portugal este argumento não pode ser invocado já que o acesso é indirecto. De acordo com o art. 77º, n.º 2 CDOM, a memória escrita do médico pertence-lhe. Na opinião do Conselho Regional do Sul, “a informação constante do ficheiro clínico é um direito do doente que em qualquer momento pode solicitar que lhe seja fornecida ou enviada a médico à sua escolha. O *ficheiro*, em si, é propriedade do médico sendo a única forma de preservar a liberdade de transcrição e o registo de elementos de uso pessoal, e que o médico pretende salvaguardar de

## 2. Em Portugal

O dossier pode ser um instrumento importante na relação médico–paciente e também como meio de prova da informação fornecida e do consentimento obtido.<sup>1233</sup> Mas merece também ser considerada a *comunicação do dossier clínico ao paciente*.<sup>1234</sup>

Em Portugal, esse acesso é limitado, na medida em que só pode ser efectuado por intermédio de um médico. Consagra-se assim o acesso mediato ou indirecto ao *dossier* clínico. Esse direito de acesso *indirecto à informação clínica*, encontra-se previsto no art. 11º, n.º 5 da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei de protecção dos dados pessoais) e na Lei n.º 94/99, de 16 de Julho (Lei de acesso aos documentos administrativos). O art. 10º, n.º 3, da CEDHBio confere a possibilidade de os Estados parte adoptarem este modelo mais paternalista, “a título excepcional e no interesse do paciente.”

No acesso à documentação deve-se distinguir entre “os elementos que contêm dados objectivos e aqueles que implicam valorações subjectivas, bem como a notícia de dados fornecidos por terceiros (cônjuge ou parentes), em relação aos quais não existe o direito de apresentação”.<sup>1235</sup>

Em caso de litígio, note-se que o médico tem o dever de cooperação para a descoberta da verdade (art. 519º, n.º1 CPC), “o qual impõe a obrigação de facultar à contraparte e ao tribunal os documentos que estão em seu poder. Quando pretenda fazer uso desses documentos, o paciente requererá que o médico demandado seja notificado para os apresentar dentro do prazo que o tribunal designar (art. 528º, n.º1 CPC); se o médico se recusar a fazê-lo, o tribunal apreciará livremente a sua conduta para efeitos probatórios (art.

*qualquer exposição de outra pessoa.* Nas organizações complexas, públicas ou privadas, em que vários médicos registam no mesmo processo clínico, este é da responsabilidade do Director Clínico da instituição nos termos do Código Deontológico em vigor.” (*vide* [www.ordemdosmedicos.pt](http://www.ordemdosmedicos.pt)). Em sentido contrário, o *Projecto de Lei n.º 28/IX sobre informação genética pessoal e informação de saúde*, conservando o acesso indirecto (art. 3º, n.º3) define a propriedade de toda a informação em saúde como sendo da pessoa em causa, atribuindo ao sistema de saúde o papel de depositário desta informação, que circula em condições definidas, sob autorização expressa do seu titular (art. 3º). Este Projecto apenas admite que se não apresente todo o processo clínico em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso *lbe possa ser prejudicial*. Não parece, pois, ter em conta os interesses do *médico* e de *terceiros*, tal como acontece na lei belga (art. 9, §2, “les annotations personnelles dun praticien professionnel et les données concernant des tiers n’entrent pas dans le cadre de ce droit de consultation.”) e na lei espanhola (art. 18.3). Note-se aliás que nenhuma destas leis toma partido quanto à questão da propriedade do processo clínico.

<sup>1232</sup> Sobre esta matéria, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cfr. Decisões de 28-1-2000; 7-12-99; 9-6-1998; 27-8-1997; 25-2-1997. CALCERRADA/ DE LORENZO, *Tratado...*, cit., II.

<sup>1233</sup> A Declaração dos Direitos dos Pacientes prescreve que “à saída de um estabelecimento de tratamento, os pacientes deveriam poder, a seu pedido, obter um resumo escrito do diagnóstico, tratamento e cuidados que a ele dizem respeito” (2.9.)

<sup>1234</sup> A *comunicação a terceiros* já cai fora do âmbito deste trabalho, já que se relaciona com o direito à privacidade do paciente e ao dever de sigilo médico. Cfr. Helena MONIZ, *Notas sobre a Protecção de Dados pessoais Perante a Informática (O Caso Especial dos dados Pessoais Relativos à Saúde)*, Separata da RPCC, 7, 1997.

<sup>1235</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, p. 427. No mesmo sentido, cfr. as referidas leis espanhola e belga.



529º CPC), isto é, poderá, se assim o entender, dar como provados os factos que o paciente se propunha demonstrar através desses documentos.”<sup>1236</sup>

## Secção III - Os Formulários para prestação do consentimento

### § 55. A Utilização dos Formulários para Obtenção do Consentimento do Paciente

*“Qué lástima que la “judicialización” de las relaciones médico-paciente, deseablemente presidida por el principio de confianza, tenga que entrar por la vereda de una especie de “libro de instrucciones”, algo parecido a las “advertencias de uso” de un electrodomestico o de un producto de limpieza.”*

Ángel Yagüez<sup>1237</sup>

#### 1. A burocratização do consentimento informado

Actualmente verifica-se uma certa “psicose” na classe médica por documentar, através de formulários, o consentimento do paciente antes de uma intervenção cirúrgica. Com isso pretendem ter a solução para qualquer eventual processo judicial que surja. Por seu turno, também alguma jurisprudência (nomeadamente a espanhola) tem demonstrado forte simpatia pela utilização de formulários.<sup>1238</sup>

Com efeito, a utilização dos formulários não deve ser absolutamente postergada. Como toda a racionalização, eles têm a vantagem de permitir uma certa preparação dos serviços e dos médicos face às exigências do consentimento informado. Penso, seguindo Guilherme de Oliveira, que o consentimento informado deve ser uma das áreas prioritárias de criação de consensos nos diversos *fora* de discussão médico-jurídica. Assim, os Colégios de Especialidade da Ordem dos Médicos, os serviços hospitalares, serviços especializados do Ministério da Saúde, etc., devem criar equipas de médicos e juristas por forma a elaborar

<sup>1236</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus...”, *cit.*, p. 134. Cfr. tb. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica ...*, pp. 28 e 32.

<sup>1237</sup> *Prologo...*, VII.

<sup>1238</sup> ÁNGEL YAGÜEZ, *Prologo...*, V, que cita a Decisão do Tribunal Supremo espanhol (“Sala Primera”, de 7-3-2000), na qual se afirma “... ni consta que para supuestos de extracción de médula ósea destinada a transplante, tuviese protocolos informativos normalizados destinados a cumplir con la preceptiva obligación de información”. No mesmo sentido a Decisão do Tribunal Supremo (“Sala Tercera”, de 4-4-2000): “Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez com mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.”

bons formulários de consentimento informado.<sup>1239</sup> É essa aliás a lição do direito comparado, nomeadamente em Espanha<sup>1240</sup>, em França<sup>1241</sup> e na Inglaterra.<sup>1242</sup>

Contudo, segundo a melhor doutrina, os protocolos de informação devem ser muito genéricos e *completar-se especificamente para cada caso*, com base nas circunstâncias de cada caso concreto, de acordo com as características próprias e individuais de cada paciente, assim como as do médico assistente e as do centro hospitalar em que se realize a intervenção. Deve dar-se um “consentimento informado *ad hoc*”, isto é, que deve ser adequado à realidade precisa em cada caso e em cada momento. Não devemos estar perante uma espécie de “contratos de adesão”, tão em voga, em muitos dos nossos hospitais.<sup>1243</sup> A informação “protocolizada” deve reservar um lugar para as circunstâncias do paciente em cada caso, na medida em que se afastem significativamente das características gerais da patologia em causa. Deve ver-se a “mão do médico”, anotando as particularidades do caso concreto, os riscos especiais para aquele paciente, os exames diagnósticos realizados, etc.

Como vimos, a prestação do consentimento, em regra, não carece de forma escrita. A *Circular Informativa nº 15/DSPCS, de 23/3/98, da Direcção Geral da Saúde*, veio, todavia, alterar a prática hospitalar, aconselhando o seguinte: “embora não exista qualquer exigência legal de uma forma determinada para a eficácia do consentimento, a sua formalização afigura-se, contudo, como único meio de concretizar este direito (o direito ao esclarecimento), em especial quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente. *A existência de um formulário parece constituir a forma mais simples, clara e facilitadora para o fornecimento e obtenção do consentimento.*”<sup>1244</sup>

<sup>1239</sup> Os protocolos de consentimento informado, tal como os protocolos de actuação clínica devem ser redigidos pelos médicos e não pelos juristas, sem prejuízo da ocasional colaboração destes últimos em aspectos puramente formais, mas não de fundo. Como afirma GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad*, p. 137, os protocolos devem ser realizados “*por los médicos para los pacientes, y no por los juristas para los médicos*”.

<sup>1240</sup> A Ley 3/2001, de 28 de Maio, da Comunidade Autónoma da Galiza, reguladora do *consentimento informado e da história clínica dos pacientes*, estabelece, no seu artigo 12, uma “Comisión de Consentimiento informado”, a que corresponderão, entre outras, as funções de revisão, actualização e publicação periódica de um guia de formulários de referência recomendados de consentimento informado.

<sup>1241</sup> A lei de 4 de Março de 2002, altera o *Code de la santé publique*: L.1111-5 «Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.»

<sup>1242</sup> Cfr. o trabalho do General Medical Council: *Seeking Patient's Consent: The Ethical Considerations* (November 1998), in KENNEDY/GRUBB, *Medical Law*, pp. 710-711.

<sup>1243</sup> ÁNGEL YAGÜEZ, *Prologo...*, VII.

<sup>1244</sup> Também o *Guia de recomendaciones sobre el consentimiento informado, elaborada por el Departamento de Sanidad de Cataluña* (1997), recomenda a utilização de um documento de consentimento informado, para além dos casos exigidos por lei “os seguintes procedimentos: intervenções cirúrgicas com anestesia geral ou regional, radiologia com contraste intravascular, radiologia intervencionista ou radiologia com anestesia,

Ora, hoje em dia, é muito frequente os pacientes assinarem um formulário de prestação do consentimento.<sup>1245</sup> Ora, a informação escrita pode ajudar o diálogo, mas nunca o substitui. A utilização do formulário pode ser um momento de pausa, de atenção; contudo vem-se observando que é mais um expediente de os médicos aligeirarem a sua obrigação de esclarecer para o consentimento<sup>1246</sup>. Acresce que documentos preparados para múltiplos utentes, não estão pensados para o caso concreto.

Os prestadores de cuidados de saúde podem ser acusados de usarem estes documentos como forma de se libertarem do fardo da prova da obtenção de um consentimento informado. Como vimos, o ónus da prova do esclarecimento cabe ao médico, de acordo com o art. 340, nº2.<sup>1247</sup> Com a assinatura de um formulário os médicos e os hospitais pretendem afastar qualquer problema de responsabilidade por violação do direito ao consentimento esclarecido.

Assim, Laufs e Uhlenbruck, que apelidam a utilização das declarações escritas como um “*bürokratischen Formalismus*,” acentuam que se deve premiar os médicos que não recorrem a este método, advogando que seja aceite como prova em Tribunal o processo clínico do doente onde o médico vai tomando algumas notas sobre as conversas que tem com o doente, dispensando-se a apresentação do formulário assinado.<sup>1248</sup> Também na Bélgica, a jurisprudência rejeita a validade do consentimento quando não se estabelece por outros modos a prova que o consentimento e a informação adequadas foram dados através de um diálogo particular entre o médico e o paciente.<sup>1249</sup>

---

endoscopia terapêutica e biopsia de órgãos de risco.” Como vimos (supra §51, 2.2.1.) em Espanha o consentimento para intervenções mais graves deve ser reduzido a escrito.

<sup>1245</sup> Corresponde esta prática ao chamado *modelo pontual* do consentimento informado a que se opõe o *modelo progressivo*. Cfr. GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 180.

<sup>1246</sup> Como afirma NYS, *La Médecine et le Droit*, p. 131: “Dans de telles circonstances, une information et un consentement écrits présentent l’avantage que le patient est incité à mettre une fois de plus en balance les effets favorables qu’il attend de l’intervention et les risques possibles de complication. Avec Van Quickenborne nous sommes cependant enclins à voir là un danger, à savoir que le processus de l’information et du consentement se déroule d’une manière stéréotypée, non adaptée aux besoins individuels du patient. / En outre il y a le risque de voir considérer le consentement écrit du patient comme un moyen de se protéger contre les actions, comme si le formulaire de consentement était une clause d’exonération. Pour l’heure, la validité d’une telle clause, par laquelle le médecin limite ou même se décharge de sa responsabilité, est généralement rejetée dans la doctrine.”

<sup>1247</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 39, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, p. 458 e ss e CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 221, nota 446. Segundo DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 105-106, é jurisprudência comum na Alemanha que sobre o médico impende o ónus da prova de que o paciente deu o seu consentimento e de que foi esclarecido. No mesmo sentido, cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob.cit.*, p. 507.

<sup>1248</sup> Cfr. LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 532.

<sup>1249</sup> O Tribunal de Apelação de Liège decidiu, na decisão de 30 de Abril de 1998, que “a existência de um formulário estandardizado não prova por si o consentimento esclarecido do paciente, entre outros casos quando o documento não é suficientemente explícito, e se os termos não são compreensíveis para um não iniciado ou para uma pessoa de nacionalidade estrangeira.” Cfr. LELEU/GERICOT, *ob. cit.*, p. 77.

Como afirma Vásquez Ferreyra, “... el documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado es la historia clínica o la ficha médica del paciente... Valen mucho más unas líneas manuscritas en la historia clínica, confeccionadas por el médico tratante, en las que se seja constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus alternativas, que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente tuvo que firmar al ingresar en el establecimiento.”<sup>1250</sup>

## 2. Estudos sociológicos: o fracasso da informação escrita

Alguns estudos têm vindo a pôr em destaque a fragilidade da utilização dos formulários como forma de assegurar o consentimento esclarecido.<sup>1251</sup>

Estes factos levam-nos a concluir que a prestação do consentimento através da assinatura num formulário pré-elaborado comporta os seus riscos. A assinatura do formulário pode ser, por si só, um momento de reflexão e de autoconsciencialização dos direitos da pessoa. Poderá mesmo ser o espaço privilegiado de diálogo entre o médico e o paciente relativamente aos riscos e as alternativas da intervenção a realizar. O que não se pode é admitir que se use este expediente como arma de arremesso jurídico que se obtém no “guichet” de um departamento administrativo, como acontece em tantos dos nossos hospitais!

---

<sup>1250</sup> VÁSQUEZ FERREYRA/ TALLONE, *Derecho médico y mala praxis*, Argentina, 2000, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 139. O Relatório Final da 2ª Comissão de Estudos da União Internacional de Magistrados (Recife, Setembro de 2000), no seu ponto 5, dispõe que “a informação transmitida unicamente pela via dos formulários escritos é geralmente insuficiente, em particular porque tais formulários podem conter terminologia médica que, normalmente, não é conhecida pelo paciente. Por isso, a discussão pessoal com o médico é necessária. A maioria dos sistemas legais reconhecem o dever de documentar a informação dada ao paciente (como parte da história clínica do próprio). Geralmente, a ausência ou os defeitos na documentação da informação é tomada pelos tribunais de acordo com o princípio da livre valoração da prova.”

<sup>1251</sup> Num inquérito foi concedido a um grupo de pacientes uma explicação oral dos riscos da anestesia e a outro grupo foi dada uma explicação oral e um formulário de consentimento para a anestesia onde se indicavam os riscos; tendo-se chegado à conclusão que após a operação os pacientes que tinham recebido apenas a explicação oral tinham retido mais informação sobre os riscos de anestesia. Na Austrália, realizou-se um estudo, envolvendo 100 pacientes que realizavam quimioterapia aos quais era dada informação escrita e um formulário de consentimento, apurou-se que apenas 34 perceberam a finalidade do formulário e apenas 1 considerou o formulário a sua maior fonte de informação; 75 pacientes não conseguiam indicar nenhuma das drogas que tomavam; 26 não sabiam qual o objectivo da terapia e apenas 15 recordavam todos os 4 efeitos laterais. Os autores deste estudo concluíram que “os formulários podem não satisfazer as exigências do consentimento informado”. Um outro estudo levou à descoberta de que 69 por cento dos pacientes admitiam que não haviam lido o formulário antes de o assinar, embora aqueles que o haviam lido não estavam muito melhor informados que aqueles que o leram! – cfr. MICHAEL JONES, “Informed Consent and Other Fairy Stories”, *Med.L.Rev.*, 1999, p. 126 e ss. Também em Espanha, um estudo realizado em 1996 sobre o índice de legibilidade dos formulários escritos de consentimento informado evidenciou a baixa legibilidade dos mesmos. Só um terço dos formulários analisados eram acessíveis ao cidadão médio, o que reduz o seu valor, a um mero trâmite burocrático, sem qualquer conteúdo real. Cfr. SIMÓN LORDA/ BARRIO CANTALEJO/ CONCHEIRO CARRO, “Legibilidad de los formularios escritos de consentimiento informado”, *Medicina Clínica*, vol. 107, nº 14, 1996, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 142.

## § 56. O Controlo do Formulários Para Prestação do Consentimento pelo Diploma das Cláusulas Contratuais Gerais

### 1. O Diploma das Cláusulas Contratuais Gerais e o consentimento para intervenções médicas

O diploma das cláusulas contratuais gerais (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) constitui no nosso ordenamento jurídico um instrumento “intensamente conformador de toda a área do direito (patrimonial) privado.”<sup>1252</sup> A meu ver, pode influenciar não só o direito patrimonial, mas também, em certa medida, o *direito pessoal privado*. O regime nele vazado tem em vista aplicar-se a situações da vida social as mais variadas. As condições gerais surgem, no nosso direito, como um fenómeno independente e autónomo; a lei aplica-se aos profissionais liberais, à grande e pequena empresa, e, como veremos, aos formulários para prestação do consentimento. Assim, independentemente de o paciente ser ou não um consumidor, não parece haver qualquer obstáculo de raiz à utilização deste instrumento jurídico no controlo dos formulários para prestação do consentimento.<sup>1253</sup>

O consentimento para realização de intervenções médico-cirúrgicas não se deve confundir, como vimos, com a *aceitação*, o momento conclusivo de um contrato. O consentimento é uma causa de exclusão da ilicitude, uma autorização para a intervenção médica. No plano da natureza jurídica trata-se de um *acto jurídico em sentido estrito*. O contrato de serviços médicos foi concluído anteriormente, aquando do ingresso na instituição ou da marcação de uma consulta.

### 2. Os formulários em clínicas privadas

O legislador português não definiu o que sejam “cláusulas contratuais gerais”, apenas efectuou “uma ‘descrição’ do fenómeno que pretendeu regular.”<sup>1254</sup> <sup>1255</sup> As

---

<sup>1252</sup> Almeno de SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*<sup>2</sup>, p. 298.

<sup>1253</sup> Também assim, Salvatore MAZZAMUTO, “Note in tema di diresponsabilità civile del medico”, *Europa e diritto privato*, 2, 2000, p. 508.

<sup>1254</sup> Almeno de SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais...*<sup>2</sup>, p. 211. No mesmo sentido já, António Pinto Monteiro, “Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 5 de Outubro”, *ROA*, 1986, p. 748.

<sup>1255</sup> Nos termos do art. 1.º deste diploma, “as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma.” O Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, veio introduzir o n.º 2 do art. 1.º, segundo o qual o diploma se aplica igualmente “às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar?”. Sobre a discussão em torno do problema dos contratos de adesão a cujas

condições gerais podem ser definidas como: “*estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares*”<sup>1256</sup>. As características essenciais do conceito são, assim, a *pré-formulação*, *generalidade* e *imodificabilidade*, ou segundo Almeida Costa e Menezes Cordeiro, a *pré-elaboração*, a *rigidez* e a *indeterminação*.<sup>1257</sup>

A característica da contratualidade não é, portanto, apontada pela doutrina. Um argumento neste sentido é, segundo Almeno de Sá, o de que o controlo abstracto (art. 25º - Acção inibitória) é independente da existência de um concreto contrato.

Pelo contrário, na Alemanha há uma verdadeira definição do conceito de “cláusulas contratuais gerais”. E nessa definição a *contratualidade* é um elemento do conceito,<sup>1258</sup> mas o facto de a contratualidade ser um elemento essencial do conceito de cláusulas contratuais gerais (reguladas na antiga *AGB-Gesetz*, actualmente nos §§ 305-310 BGB)<sup>1259</sup> não tem impedido a *aplicação analógica* deste diploma a estas situações.<sup>1260</sup> Assim, se a doutrina e a jurisprudência alemãs, à partida mais limitadas na sua análise, dada a exigência de as condições negociais se inserirem num contrato, têm vindo a controlar os formulários dos hospitais com base no regime das condições gerais dos contratos, então, face à nossa lei, que, como vimos, dá ao intérprete uma margem de interpretação muito maior, nenhuma razão existe para se não submeterem estes documentos ao seu âmbito de aplicação.

Do exposto, defendo que as declarações de consentimento do paciente estão caracterizadas pela mesma *ratio* de protecção. Em primeiro lugar, porque estão conectadas funcionalmente com um contrato, fazendo parte da globalidade que é a relação contratual de prestação de serviços médicos. Em segundo lugar, porque normalmente estes formulários são uma declaração similar a uma declaração negocial, e normalmente é feita pelo próprio médico ou pela clínica, pelo que o autor material é a clínica e a esta cabe a *responsabilidade* pela elaboração dos termos do formulário. Em conclusão, entendemos que

*cláusulas falem os requisitos da generalidade e indeterminação*, antes e depois desta reforma legislativa, *vide* PINTO MONTEIRO, “O Novo regime jurídico dos Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais”, *ROA*, Ano 62, 2002, pp.133 e ss. A exposição que se segue é aplicável a ambos os tipos de situações jurídicas: quer a formulários para uma generalidade de pacientes, quer a um formulário pré-elaborado para uma concreta intervenção cirúrgica a que o paciente apenas possa “*aderir*”, nos termos propostos.

<sup>1256</sup> Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, p. 212.

<sup>1257</sup> ALMEIDA COSTA/ MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1986, pp. 17 ss.. Para FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, II, p. 877, nota 2, a *rigidez* não é um requisito absoluto.

<sup>1258</sup> Cfr. WOLF/ HORN/ LINDACHER, *AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Kommentar*, München, Verlag Beck, 1984, p. 42.

<sup>1259</sup> Sobre a Reforma do Direito das Obrigações na Alemanha, *vide* MENEZES CORDEIRO, “A Modernização do Direito das Obrigações”, *ROA*, 2002, pp. 91-110. Uma das alterações estruturais foi a introdução das normas da antiga *AGB-Gesetz* no BGB.

<sup>1260</sup> WOLF-HORN-LINDACHER, *Kommentar...*, p. 45-46 e especialmente p. 353.

se deve aplicar o diploma, já que a assinatura do formulário de consentimento é uma declaração instrumental para o fim que é o contrato.

### 3. No quadro de uma relação de serviço público.

Se, todavia, estivermos no quadro de uma instituição pública, alguns dos argumentos perdem valor para quem entenda que então não há contrato de prestação de serviços. Mesmo assim justifica-se a aplicação do diploma em análise, pois a sua *ratio* é proteger a contraparte de qualquer utilizador que lance mão das condições gerais do contrato. Tanto merece protecção aquele que é parte num contrato de adesão como aquele que faz uma declaração de vontade cuja responsabilidade pela formulação recai sobre a parte que pré-determina os termos do consentimento para a intervenção cirúrgica. Por outro lado, pensamos que a revogação do antigo art. 3º, al. c) que excluía do âmbito de aplicação as cláusulas “aprovadas por entidade pública com competência para limitar a autonomia privada” denota que se verifica uma “equiparação tendencial da Administração Pública, enquanto fornecedora de prestações e produtora de bens, aos profissionais da esfera privada (...).”<sup>1261</sup> Ora, esta tendência do direito reflecte-se no problema que analisamos, na medida em que nenhuma razão pode existir para regular de modo diferente duas realidades absolutamente idênticas, a assinatura de um formulário de consentimento informado, consoante estejamos no quadro de uma instituição privada ou pública.

Em conclusão, é absolutamente legítimo exercer o controlo formal e material dos formulários para prestação do consentimento, nos termos do diploma das condições gerais desde que este seja pré-elaborado e não se permita a modelação do seu conteúdo.

Situação diferente acontece quando estamos perante formulários aprovados por despacho ou outras normas de direito público, uma vez que, nos termos do art. 3º, al. a), o diploma não se aplica “a cláusulas típicas aprovadas pelo legislador.”<sup>1262</sup> Contudo, não deveremos olvidar que estes formulários redigidos pelo legislador sempre estarão sujeitos à sindicância dos princípios e normas constitucionais.<sup>1263</sup>

---

<sup>1261</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 229/95, de 31 de Janeiro, que revoga a alínea c) do n.º1 do art. 3º.

<sup>1262</sup> Veja-se, *v.g.*, no âmbito do projecto de diploma apresentado pela *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias* (criada pelo Desp. Ministério da Justiça n.º 37/86); a minuta de declaração de consentimento dos beneficiários de técnicas de procriação medicamente assistida, ou a minuta de declaração de consentimento para doação de esperma ou de óvulo; a minuta de declaração de consentimento relativo aos embriões criados e não implantados. Um outro exemplo será o modelo para inscrição no Registo Nacional de Não Dadores, e respectivas declarações de oposição, ou restrição, à doação de órgãos ou tecidos, após a morte do declarante (art. 2º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro; e o Despacho Normativo n.º 700/94, de 1 de Outubro).

<sup>1263</sup> *Vide, v.g.*, o Acórdão do Tribunal Constitucional, de 3 de Maio de 1990, que declara inconstitucional a norma constante do n.º 3 do art. 53 do Anexo I do Decreto-Lei n.º 49368, de 10 de

#### 4. Vantagens de regime: controlo de inclusão, controlo do conteúdo e a acção inibitória

Quais as vantagens de sujeitar os formulários dos hospitais à sindicância deste diploma?<sup>1264</sup> 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.”<sup>1265</sup>

Assim, este regime garante-nos, desde logo, um *controlo de inclusão*. O art. 5º impõe o *onus de comunicação*<sup>1266</sup> prévia e na íntegra dos termos do formulário.<sup>1267</sup> 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 onus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contraente que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais.*”

---

Novembro de 1969, na parte em que não permite, em caso algum, que sejam ressarcidos os lucros cessantes sofridos pelos utentes dos C.T.T.

<sup>1264</sup> 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 outros, António 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*.

<sup>1265</sup> PINTO MONTEIRO, “O Novo regime jurídico dos Contratos de Adesão...”, *cit.*, p. 119.

<sup>1266</sup> Cfr. Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais...*<sup>2</sup>, p. 24 onde o Autor explica que tecnicamente estamos perante um ónus e não um dever jurídico.

<sup>1267</sup> 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.



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 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).<sup>1268</sup>

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.”<sup>1269</sup>

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.<sup>1270</sup> Só esta interpretação, aliás, estaria em conformidade com a al. a) que como vimos

<sup>1268</sup> DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 100.

<sup>1269</sup> Almeno De SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais*..., p. 69.

<sup>1270</sup> 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

proíbe qualquer limitação da responsabilidade no que toca a *danos corporais*. A alínea c) do art. 21º proíbe a existência de cláusulas que “permitam 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.<sup>1271</sup> A *Audiência Provincial das Astúrias* (decisão de 25 de Maio de 1998) censurou cláusulas do estilo que autorizam a aplicar “*otras medidas terapéuticas 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.<sup>1272</sup>

O diploma em análise permite, para além do controlo incidental, o *proceso abstracto de control*. 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.”<sup>1273</sup>

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*

---

pp. 234 e ss., CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 406, Álvaro DIAS, *Procriação Assistida...*, p. 247, e GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 147.

<sup>1271</sup> 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.

<sup>1272</sup> 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.

<sup>1273</sup> Almeno de SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais*<sup>2</sup>..., p. 79.

*onus da prova*<sup>1274</sup>. Entre nós, tal situação constituiria uma violação do art. 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).<sup>1275</sup>

## 5. Conclusão

O consentimento passou a ser visto por parte de alguns médicos como um mero requisito, 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.

---

<sup>1274</sup> Cfr. WOLF/HORN/LINDACHER, *Kommentar...*, p. 353.

<sup>1275</sup> Para mais desenvolvimentos *vide* JUNGBECKER, “Formulargestützte Aufklärung”, in RATAJCZAK/ STEGERS (Schriftleitung), *Risiko Aufklärung – Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung?*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2001, pp. 31-42.

## Secção IV - A Telemedicina

### § 57. Noções introdutórias

Num estudo sobre o consentimento informado importa prestar atenção às novas formas de prestação de cuidados médicos, nomeadamente a telemedicina, e inquirir de que forma este instituto sofre, neste contexto, alterações, desvios ou correcções.

#### 1. Definição

A telemedicina é – na definição da Associação Médica Mundial – “o exercício da medicina à distância, cujas intervenções, diagnósticos, decisões de tratamentos e recomendações estão baseadas em dados, documentos e outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicação.”<sup>1276</sup> A telemedicina combina áreas tão aliciantes como a medicina, a informática e as telecomunicações, o que se reflecte no plano jurídico, já que esta matéria cruza dois ramos jurídicos pouco tradicionais: o direito da medicina e o direito da informática.<sup>1277</sup> Assim, por exemplo, segundo Callens, a *Directiva sobre comércio electrónico*<sup>1278</sup> aplica-se aos serviços fornecidos por um médico mediante remuneração.<sup>1279</sup>

Começa a surgir, quer a nível internacional, quer a nível nacional, um corpo de normas jurídicas que regula a telemedicina. Os diversos actores da discussão ética e jurídica têm vindo a produzir alguns documentos que permitem orientar o debate e encontrar linhas discursivas em ordem à resolução dos problemas que esta actividade levanta.<sup>1280</sup>

---

<sup>1276</sup> Cfr. *Declaração de Telavive sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina*, adoptada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Telavive, Israel, Outubro de 1999.

Segundo DIERKS, “Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin”, in DIERKS/ FEUSSNER/ WIENKE (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, 2001, p. 3, a telemedicina é normalmente definida como a “utilização das tecnologias de informação e de comunicação, com vista à realização e apoio de cuidados de saúde, quando a distância separa os participantes”

<sup>1277</sup> Cfr. Nicolas TERRY, “Cyber-Malpractice: legal Exposure for Cybermedicine”, *American Journal of Law & Medicine*, 25 (1999), p. 343, chama à atenção para o fenómeno do marketing farmacêutico na web. Ou seja, um outro ramo que se abre, e de que aqui não se tratará, é a ‘tele-farmácia’.

<sup>1278</sup> Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000.

<sup>1279</sup> CALLENS, “The impact of e-commerce directive on medicine”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings, II*, p. 205. Esta doutrina pode, porém, entrar em colisão com o considerando 18 da Directiva, que afirma que *não* são serviços da sociedade da informação o aconselhamento médico, *que exija o exame físico do doente*. Para uma explicitação da noção de *serviços da sociedade de informação* de acordo com a Directiva, vide Alexandre DIAS PEREIRA, “A Protecção do Consumidor no quadro da Directiva sobre Comércio Electrónico”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, CDC – FDUC.

<sup>1280</sup> A Comissão Europeia tem apoiado dezenas de projectos de investigação nesta área, bem como o G-7 e a Associação Internacional dos Advogados. Cfr. DIERKS, “Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin”, in DIERKS/ FEUSSNER/ WIENKE (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, p. 6, com bibliografia abundante sobre este tema.

Neste quadro, destacaria a *Declaração de Telavive sobre a Responsabilidade e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina*, da Associação Médica Mundial, o *Guia de boas práticas para publicitar serviços médicos na internet* do Comité de Médicos Europeus<sup>1281</sup> e as *Recomendações da Sociedade Alemã para o Direito da Medicina relativas aos aspectos jurídicos da telemedicina* (Einbeck, 1999)<sup>1282</sup>.

Esta técnica permite e ajuda a prática de serviços médicos ultrapassando a barreira das distâncias geográficas, combinando aplicações de telecomunicação e informática (telemática). Entende-se que esta actividade – cujas possíveis aplicações têm crescido nos últimos anos, quer a nível de qualidade, quer de quantidade – não implica a criação de uma nova disciplina médica. Antes significa o aumento de possibilidades de melhoria da qualidade e eficiência dos serviços médicos. Por exemplo, o conhecimento de especialistas pode estar acessível para qualquer paciente sem limitações de espaço ou de tempo.

As *vantagens* da telemedicina, para o *doente*, consistem no facto de ser mais cómoda, os custos mais baixos e o tratamento mais rápido; para o *prestador de saúde*: a maior possibilidade de evolução técnica aproveitando os equipamentos disponíveis, a informação recolhida pode ser útil no futuro para formação dos profissionais e a maior facilidade na obtenção da segunda opinião nos casos urgentes. Como *desvantagens* para o *doente*, a doutrina identifica as maiores possibilidades de erro no diagnóstico e a maior possibilidade de quebra da confidencialidade dos dados do doente; por seu turno para o *prestador de cuidados*, o doente não será visto directamente pelo especialista e os custos envolvidos (inerentes aos equipamentos e infra-estruturas de comunicações) afiguram-se os maiores obstáculos à sua utilização.<sup>1283</sup>

## 2. Tipos de Telemedicina

Há uma distinção de carácter técnico: por um lado temos a telemedicina em tempo diferido, por outro a telemedicina em tempo real, consoante haja ou não interactividade. Nesta última, o paciente está a ser examinado por um médico num determinado local e está ao mesmo tempo a ser avaliado por um especialista num centro médico diferente.<sup>1284</sup>

---

Detaque-se, tb., a publicação periódica: *Journal of Telemedicine and Telecare*, official journal of the Finish Society of Telemedicine, the Hong Kong Telemedicine Association and the Telemedicine and eHealth Forum of the Royal Society of Medicine, publicado e distribuído pela Royal Society of Medicine Press Limited, London.

<sup>1281</sup> STANDING COMMITTEE OF EUROPEAN DOCTORS, *Good Practice guide for marketing professional medical service over the net*, 2002/028 Final EN.

<sup>1282</sup> “Einbecker Empfehlungen zu Rechtsfragen der Telemedizin”, Adoptadas no 8º Workshop em Einbeck (1999), cfr. DIERKS/ FEUSSNER/ WIENKE (Hrsg.), *Rechtsfragen dder Telemedizin*, 2001, p. 137.

<sup>1283</sup> Cfr. José FERREIRA, *Telemedicina, dos conceitos à prática*, Tese de Mestrado na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, polic. 2002, p.28.

<sup>1284</sup> José FERREIRA, *Telemedicina, dos conceitos à prática*, 2002, p.35.

Seguindo a *Declaração de Telavive* da Associação Médica Mundial (1999), podemos distinguir quatro tipos de telemedicina: a teleassistência, a televigilância, a teleconsulta e a interação entre dois médicos.

Com a *teleassistência* queremos referir uma interação entre o médico e o paciente geograficamente isolado ou que se encontre num tipo de meio a que não tem acesso a um médico local (por exemplo, no caso de calamidades e situações de urgência). A *televigilância* utiliza-se com mais frequência nos pacientes com enfermidades crónicas, como a diabetes, hipertensão, deficiências físicas ou gravidezes difíceis. Consiste numa interação entre um médico e o paciente, onde se transmite informação médica electronicamente (pressão arterial, electrocardiograma, etc.) ao médico, o que permite vigiar regularmente o estado do paciente. O transmissor da informação pode ser o próprio paciente, se preparado para tal, ou um enfermeiro ou outra pessoa especialmente preparada para isso. Uma interação onde o paciente consulta directamente o médico, utilizando qualquer forma de telecomunicação, incluindo a internet, é denominada de *teleconsulta*. Neste caso há certos riscos ligados à incerteza e à confiança, confidencialidade e segurança da informação transmitida, assim como relativa à identidade e credenciais do médico.<sup>1285</sup> Por vezes, há uma *interacção entre dois médicos*: um fisicamente presente com o paciente e outro reconhecido por ser muito competente naquele problema médico, sendo a informação médica transmitida electronicamente ao médico especialista.<sup>1286</sup>

## § 58. Consentimento informado e telecirurgia

### 1. Tipologia da telecirurgia

A telemedicina pode, pois, solucionar problemas geográficos e económicos de pacientes isolados, oferecendo uma forma de obter serviços médicos que de outro modo não seriam acessíveis. Todavia, acarreta alguns aspectos negativos, nomeadamente, considera-se que afecta a relação médico-doente.

Quanto aos problemas de consentimento informado<sup>1287</sup>, estes colocam-se de forma mais aguda na telecirurgia. Há três níveis na telecirurgia.<sup>1288</sup> O primeiro consiste na mera

---

<sup>1285</sup> Cfr. Edward MILLER, “Telemedicine and doctor-patient communication: a theoretical framework for evaluation”, *Journal of Telemedicine and Telecare*, vol. 8, 2002, pp. 311-318.

<sup>1286</sup> De acordo com a Recomendação 1 da Sociedade Alemã de Direito Médico, Einbeck (1999), as possíveis aplicações da telemedicina distinguem-se pelos seus efeitos na relação médico-paciente. Assim, temos (1) a telemedicina na formação contínua dos médicos, como modo de obter segundas opiniões de forma anónima (telemedicina com uma função suplementar); (2) aplicação da telemedicina para obter a cooperação de um especialista ou (3) como relação médico-paciente em si mesma.

<sup>1287</sup> Cfr. Arnold ROSOFF, “Informed Consent in the Electronic Age”, *American Journal of Law & Medicine*, 25 (1999): 367-86.

troca de imagens *video* e pode ser importante para efeitos de ensino ou de consulta, ou, por outro lado, o cirurgião pode obter assistência de um colega durante uma operação (*telemonitoring*). No segundo nível, para além da consulta e assistência à distância, pode haver *telemanipulação*, ou seja, um cirurgião pode assistir um colega à distância usando ferramentas técnicas complexas como *robots*. Finalmente, há a verdadeira telecirurgia: o cirurgião não se encontra fisicamente presente junto do paciente durante a operação, apenas o sistema robótico (e algum pessoal auxiliar) estão junto do paciente e o telecirurgião controla o *robot* com um *'joystick'* ou outro instrumento técnico (*robotic surgery*).<sup>1289</sup> Esta última técnica ainda está, por quase todo o mundo, *em fase experimental*, pelo que, no plano do consentimento informado se deve ser mais exigente.<sup>1290</sup>

## 2. Nível da informação

Em geral, podemos afirmar que os pacientes em telemedicina gozam dos mesmos direitos à informação e ao consentimento que os pacientes tradicionais. Alguns autores assinalam que a informação médica *online* vai produzir um impacto no modo como tradicionalmente se efectuavam os processos de decisão. Os pacientes têm agora a possibilidade de obter mais informações, acedendo aos *sites* da *internet*. Ora, se os pacientes estão melhor informados, devemos baixar os níveis de exigência ao nível da transmissão da informação por parte do médico, ou pelo contrário, este deve passar a fornecer informações mais detalhadas, mais técnico-científicas?

Penso que no essencial, esta situação não afecta os princípios estruturantes do consentimento informado, mas, face à questão concreta, inclino-me para a segunda hipótese. Assim, o médico deve informar de acordo com o *critério do paciente concreto*, pelo que se estes pacientes estão melhor informados isso significa que eles têm direito a uma explicação ainda mais densa, adaptada ao seu nível intelectual e cultural e, por seu turno, estes estarão mais conscientes e mais capazes de colocar questões que deverão ser adequadamente respondidas. Por outro lado, o médico deve estar atento para as eventuais informações erradas que o paciente tenha obtido e, se assim acontecer, deve cumprir o seu dever de o informar correctamente.

---

<sup>1288</sup> GO, "Telemedicine in Surgery", 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 313.

<sup>1289</sup> A primeira telecirurgia bem sucedida não alcançou as luzes mediáticas, pois foi realizada no dia 9 de Setembro de 2001, pelo Dr. Marecaux, que operou o seu paciente em Estrasburgo, a partir de Nova Iorque. GO, "Telemedicine in Surgery", *cit.*, I, p. 313.

<sup>1290</sup> Cfr. DREEZEN, "Telemedicine and Informed Consent", 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 314.

Um problema *estrutural* que se levanta é o de, a partir do momento em que a telemedicina esteja mais difundida e tenha entrado na prática clínica, saber se o doente tem o direito a ser informado dessa possibilidade.

O Princípio 14 da Sociedade Alemã de Direito Médico vai no sentido de que “enquanto a telemedicina não for considerada, em geral, como um tratamento *standard*, um médico em cuja clínica ou hospital não seja possível recorrer a estes métodos não é obrigado a chamar à atenção do paciente para outras instituições que ofereçam tais possibilidades, ou seja, estas situações ainda não caem no dever jurídico de o médico informar o paciente relativamente a métodos de tratamento alternativos.” Concordo com esta doutrina, mas bem se vê que na sua fundamentação vai a raiz da resposta futura que será a oposta, isto é, quando a telemedicina se tornar uma prática corrente, deverá ser proposto ao doente, quando se justifique, esta possibilidade, nos termos gerais, sem prejuízo do princípio da liberdade de escolha do método terapêutico e da independência por parte do médico.

### 3. Conteúdo da informação

No contexto da telecirurgia, os pacientes devem ser informados de que a cirurgia vai ser realizada por meios telemáticos e explicar quais as diferenças deste método face aos métodos tradicionais, bem como explicar que membros da equipa vão participar na operação e de que modo ela vai ser conduzida.

A informação deve abranger uma descrição do tipo de telemedicina que se vai realizar (telemonitorização, telemanipulação, ou cirurgia robótica), a experiência e a especialização do telecirurgião (ou consultor), os fins para os quais a informação médica pode ser usada (por exemplo, para diagnóstico ou para fins educacionais), e quais os objectivos e meios de controlo de armazenamento da informação médica computadorizada numa base de dados.

O paciente deve ter a garantia de que a sua privacidade será respeitada tal como na medicina tradicional, mas que, enquanto estiverem a trabalhar *on line* sempre há o risco de um terceiro ter acesso (ilícito) às informações.<sup>1291</sup> Em boa verdade, podemos afirmar que os dois grandes pilares que são postos à prova pela telemedicina são o consentimento informado e a protecção de dados.

---

<sup>1291</sup> Cfr. Princípio Einbeck 13. “O paciente deve ser informado dos riscos especiais de um serviço de telemedicina.”



O paciente deve ainda ser informado dos riscos e consequências possíveis para a sua saúde, a probabilidade de esses riscos se verificarem, as limitações (nomeadamente do equipamento) bem como os benefícios da consulta por telemedicina (obter a *expertise* de um especialista distante). Os riscos mais típicos da telemedicina são, para além da possível quebra de confidencialidade, os riscos técnicos devidos a insuficiências ou falhas da aparelhagem técnica.

Ao doente deve ser dada, naturalmente, a possibilidade de não participar no tratamento em telemedicina e deve nesse caso compreender as consequências de não perseguir esse tratamento, bem como de ser informado das *alternativas* e suas *desvantagens*<sup>1292</sup>. Aqui levanta-se com particular acuidade a informação sobre os *custos* do tratamento.<sup>1293</sup>

#### 4. Responsabilidade pela informação

A telecirurgia envolve mais do que um prestador de cuidados de saúde, logo levanta-se a questão de saber quem deve ser responsável por informar e obter o consentimento do paciente: o médico que acompanha o doente ou o ‘telecirurgião’, ou antes ambos? A resposta vai depender do tipo de telemedicina praticada e das concretas relações estabelecidas entre os intervenientes.

Nos casos de *telemonitorização*, em que o (tele)cirurgião actua apenas como consultor, orientando e dando assistência, devemos distinguir os casos em que se estabelece *relação entre este e o doente* e os casos em que apenas há uma conversa informal, uma *troca de opiniões* entre colegas, situação em que, naturalmente, não se exige o consentimento do paciente. No primeiro caso temos uma relação complexa em que dois médicos assistem o doente, podendo existir apenas um contrato entre o doente e a clínica A, que por sua vez recorre aos serviços de um colaborador B, ou, pelo contrário, o doente celebrou dois contratos com ambos os médicos. De todo o modo, como vimos, o consentimento para o acto médico, não está dependente da celebração ou não de contratos entre as partes.

Na telecirurgia (*robotic surgery*), o cirurgião orienta o robot à distância. Em rigor naturalístico é este médico que ofende a integridade física do paciente; por outro lado, ambos colaboram na intervenção cirúrgica.

---

<sup>1292</sup> Bern-Rüdiger KERN, “Rechtliche Konsequenzen für medizinischen Standard, Methodenfreiheit, Sorgfaltsmassstab und Aufklärung”, in DIERKS/ FEUSSNER/ WIENKE (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, 2001, p. 63.

<sup>1293</sup> DREEZEN, “Telemedicine and Informed Consent”, *cit.*, p. 315, chama a atenção para o direito ao reembolso ser normalmente negado se o telecirurgião está localizado num outro país. Mas estas são, sobretudo, questões de direito dos seguros que aqui não posso aprofundar.

A lei da Califórnia (*California Telemedicine Development Act*, 1996) solucionou este problema impondo apenas ao *médico assistente* o dever de obter o consentimento informado. Podemos argumentar que é este médico que encara e tem maior proximidade e confiança com o paciente.

Porém, parece-me – e isto vale para a *telecirurgia*, bem como para a *telemonitorização* – que os princípios enunciados relativos à *medicina de equipa* e da colaboração entre médicos devem prevalecer aqui, pelo que ambos são solidariamente responsáveis pelo cumprimento de dever de informar, sem embargo de, no plano das relações internas, se poder onerar o médico que está fisicamente presente junto do paciente e que, naturalmente, tem mais facilidade de estabelecer o diálogo propício ao consentimento informado.

Esta é, também, uma das situações em que faz todo o sentido apelar à *obrigação de verificar se o paciente deu o seu consentimento informado*, antes de iniciar a intervenção. Por outro lado, o *dever de documentação* mantém-se neste domínio, nos termos gerais.<sup>1294</sup>

### 5. Forma do consentimento

Neste domínio, por vários caminhos se tem recorrido à exigência da forma escrita. Assim, os Estados que já legislaram sobre a matéria exigem essa forma. Outros países exigem essa forma no caso de processos invasivos; por outro lado ainda, pode-se considerar a telemedicina como experimental e por tal razão se exige o consentimento escrito. De *jure condendo*, penso que nos casos de telecirurgia, dever-se-ia exigir a *forma escrita*, dado o seu carácter experimental, mas *de jure condito* prevalece a liberdade de forma (art. 217º CC).<sup>1295</sup>

---

<sup>1294</sup> Cfr. Princípio Einbeck 15. “As várias possibilidades de documentação que a telemedicina traz não afasta o princípio de que o médico tem o dever de documentação. Para além disso, tem de ser possível verificar a origem, a qualidade e a integridade das informações transmitidas.” Também a *Declaração de Telavive* aponta para a necessidade de os médicos serem especialmente cuidadosos ao nível do dever de documentar a história clínica do paciente (Princípios 23, 24 e 25).

<sup>1295</sup> Se o legislador vier a impor a forma escrita pode-se questionar o valor da assinatura electrónica. Sobre esta questão, vide SINDE MONTEIRO, “Assinatura electrónica e certificação (a Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei no. 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *RLJ*, 2001, pp. 261-272.

## CAPÍTULO IV - EXCEPÇÕES À OBRIGAÇÃO DE OBTER O CONSENTIMENTO (INFORMADO)

O consentimento informado é, indubitavelmente, a regra. Porém, casos há em que o direito admite a realização de intervenções médicas, *sem* ou mesmo *contra* a vontade da pessoa. Trata-se de situações cuja excepcionalidade devemos afirmar peremptoriamente. Mas que, numa vida em sociedade, com uma multiplicidade de interesses e bens jurídicos a merecerem protecção, devemos aceitar que, no jogo próprio da concordância prática, a envolver elementos materiais e procedimentais, se admitam restrições aos direitos fundamentais, desde que se cumpram as exigências constitucionalmente estabelecidas.<sup>1296</sup>

Serão analisados aqui dois grupos de situações: a urgência, situação em que não é possível, em tempo útil, obter o consentimento do lesado ou dos seus representantes legais; e as autorizações legais, em que, com vista à protecção de interesses de terceiros, se julga constitucionalmente admissível a limitação do direito ao consentimento informado, que é uma concretização do direito à integridade física e moral e do direito à liberdade.<sup>1297</sup>

### Secção I - A Urgência

#### § 59. A urgência como justificação legal do tratamento médico

O dever de informar e o dever de obter o consentimento do paciente deve ceder quando a demora na intervenção médico-cirúrgica ponha em perigo a vida ou leve a um agravamento do estado de saúde do doente. Reconhece-se que o princípio da autonomia tem este limite: quando não se verificam as condições de exercício da autonomia (pense-se, *v.g.*, nos sinistrados em acidentes de viação), importa prestar ao doente os cuidados médicos adequados para que, em virtude de um processo de reabilitação terapêutica, ele

---

<sup>1296</sup> Cfr. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 399 e ss. e pp. 1121 e ss.

<sup>1297</sup> Neste contexto, TOMKIN e HARAFIN, *Irish Medical law*, p. 45, inserem os casos de mulheres grávidas, já que: “in Ireland a refusal of treatment by the mother in these situations, and, more particularly, when the mother refuses blood or similar transfusions in order to safeguard the viability of the foetus, may well be challengeable. This is a result of the Constitutional provision which specifically accords rights to the ‘unborn’ in Article 40.3.”

possa vir a alcançar um estado de saúde, que, entre outros benefícios, lhe vai permitir novamente fruir da sua autonomia.

Nas situações de urgência assiste-se a um conflito de direitos e deveres entre, por um lado, o direito de consentir e, por outro lado, o dever do médico de tratar e de obter o consentimento do doente. Com efeito, o CP, nos termos do art. 284º, pune o médico que recusar o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira, com pena de prisão até 5 anos. Por outro lado, o art. 156º do CP, relativo às intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, não pune a conduta terapêutica do médico, quando o consentimento “só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde e não se verificarem as circunstâncias que permitam com segurança concluir que o consentimento seria recusado” (art. 156º, n.º2, al. a)).

A situação de urgência está expressamente prevista no art. 8º da CEDH/Bio: “*sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção meramente indispensável em benefício da saúde da pessoa.*” Este é claramente um exemplo de uma norma “self-executing” da Convenção. Face ao art. 8º, n.º 2, da Constituição este regime vigora directamente no direito português.<sup>1298</sup>

O ordenamento jurídico cria, assim, uma verdadeira *autorização* para a intervenção médica. No exercício de concordância prática entre o direito à livre disposição do seu corpo e o direito à vida e à saúde, a lei criou as condições para que o médico possa intervir salvando a vida ou evitando uma lesão grave da integridade física do paciente.

Porém, a vontade do sujeito não desaparece totalmente, pelo simples facto de não poder, no momento, dar o seu consentimento. Assim, como resulta da parte final do art. 156º, n.º 2 CP, se se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento *seria recusado*, então o médico deve – em nome da autonomia do paciente – abster-se de intervir. Os princípios do *consentimento presumido* (*maxime*, o respeito pela vontade hipotético-conjectural) devem, pois, ser respeitados nesta sede.

---

<sup>1298</sup> Também a Declaração dos Direitos dos Pacientes prevê (§ 3.4.) que “quando um paciente é incapaz de exprimir a sua vontade, no momento em que se impõe um acto médico de urgência, o seu consentimento pode ser pressuposto, excepto se numa manifestação de vontade anterior for evidente que o consentimento será recusado num caso semelhante.” O *Código de Ética e Deontologia Médica da Organização Médica Colegial* (Espanha, 1999) prevê: “Se o doente não estiver em condições de dar o seu consentimento por ser menor de idade, por estar *incapacitado* ou pela urgência da situação, e *no caso de ser impossível obter o consentimento da família ou representante legal*, o médico deverá prestar os cuidados que lhe dite a sua consciência profissional” (art. 8.5).

Também não se pode tratar de uma intervenção que poderia ser efectuada posteriormente (com o consentimento do paciente),<sup>1299</sup> ou que não traga um benefício directo para a pessoa.<sup>1300</sup> Ou seja, mais uma vez, lançando mão da distinção – tão marcante no nosso ordenamento jurídico – entre *intervenções terapêuticas* e *não terapêuticas* (cfr. art. 150º CP), o médico deve limitar-se às primeiras, deixando para uma fase em que o doente já possa autodeterminar-se, a opção por, *v.g.*, esta ou aquela cirurgia *puramente* estética ou por uma esterilização (de finalidade meramente anticoncepcional).<sup>1301</sup>

No plano da relação obrigacional, entende a doutrina maioritária que se aplica o regime da *gestão de negócios sem representação*.<sup>1302</sup>

## Secção II – Autorizações Legais

### § 60. Ponto de ordem

Como ensina Capelo de Sousa “tanto o direito à integridade corporal como o direito à autodeterminação corporal, na hierarquia dos interesses legais, cedem face a interesses sociais preponderantes, particularmente nas áreas da saúde pública, da justiça e da defesa nacional, que impõem certas condutas corporais como a vacinação obrigatória, os radiorastreios, o tratamento obrigatório de certas doenças contagiosas, a proibição de *dopagem* do praticantes desportivos, a realização de exames alcoólicos ou às faculdades mentais, o serviço militar obrigatório ou a prestação de serviço cívico, que todavia só são lícitos na estrita medida das suas finalidades sociais e do *modus faciendi* previsto na lei.”<sup>1303</sup>

Efectivamente, é possível realizar, licitamente, intervenções médico-cirúrgicas, sem necessidade de obter o consentimento do paciente, quando estejamos perante *autorizações legais*. “Estas normas podem justificar as acções médicas que, embora portadoras de uma

---

<sup>1299</sup> Em sentido semelhante, o *Relatório Explicativo da CEDH/Bio*, n.º 58. “Todavia, esta possibilidade não está reservada para as intervenções que visam salvar a vida” (*life-saving situations*).

<sup>1300</sup> Cfr. LOZANO, *La protección europea...*, p. 48.

<sup>1301</sup> Segundo NORMAN FOST “Waived Consent for Emergency Research”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. XXIV, Nos 2&3, 1998, p. 183, deveríamos admitir a realização de ensaios clínicos em situações de urgência, mesmo estando o paciente sem condições de dar o seu consentimento informado. Afirma o autor que “informed consent is not an end in itself. It is a means, an instrument designed to achieve the end of protecting patients from harm and protecting their right to self-determination.” Na sua argumentação, lança mão, sobretudo, de um argumento de *maioria de razão*: “If a patient would trust his physician to use unproven therapies without consent under the rubric of *innovative therapy*, then such trust would presumably extend to unproven therapies that are part of well-designed, well-monitored, *controlled trials*.”

<sup>1302</sup> Cfr. PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztliche Aufklärung*, p. 80.

<sup>1303</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, pp. 227-228.

finalidade mais ou menos directa de terapia ou diagnóstico, estão primordialmente pré-ordenadas à *promoção de interesses jurídicos supra-individuais*.<sup>1304</sup> A lesão da integridade física poderá ser, pois, excepcionalmente justificada em nome da *dimensão social dos direitos fundamentais* (Vieira de Andrade).<sup>1305</sup>

Farei uma referência, sumária, de alguns casos de tratamentos médicos obrigatórios. De entre estes, podemos distinguir os tratamentos sanitários obrigatórios *não coactivos* dos tratamentos *coactivos*. São *não coactivos* todos os tratamentos sanitários obrigatórios nos quais a obrigação de se sujeitar ao tratamento é sancionado apenas indirectamente: *v.g.*, proibição de frequentar a escola, o local de trabalho, locais desportivos, ou a perda de direito a algumas prestações ou outras vantagens. São *coactivos* aqueles que podem ser impostos mesmo contra a vontade do paciente.<sup>1306</sup>

No plano do direito do Conselho da Europa entende-se que certos tratamentos obrigatórios podem ser justificados, com base no art. 26, n.º1 da CEDH Bio. Aí se exige que estas restrições (ao art. 5º da CEDH Bio, relativo ao consentimento) estejam previstas por *lei*, constituam medidas *necessárias*, numa sociedade democrática, para a segurança pública, para a prevenção de infracções penais, para a protecção da *saúde pública* ou para a protecção de direitos e liberdades de outrem. Estas restrições devem, portanto, respeitar os critérios de necessidade, proporcionalidade e de subsidiaridade, tendo em conta as condições particulares de cada Estado.<sup>1307</sup>

Por seu turno, a jurisprudência dos órgãos da Convenção dos Direitos do Homem tem admitido restrições ao direito ao consentimento informado (ou seja, restrições ao art. 8º, n.º1 da Convenção, que prevê indirectamente este instituto), nos termos do n.º 2 do mesmo artigo.<sup>1308</sup> Para além disso, o art. 5º, n.º 1, al. e) da CEDH permite a “detenção legal

<sup>1304</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 391-392. “O mesmo valendo para os tratamentos compulsivos impostos a pessoas com determinados estatutos profissionais (*v.g. militares*) ou integradas em instituições como a *prisão*”. Cfr. tb. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 56.

<sup>1305</sup> Paula FARIA, *Comentário...*, I, p. 213, dá os exemplos de vacinação obrigatória, exames dos arguidos em processo penal (cfr. artigos 171º e 172º do CPP), em lesões decorrentes do emprego policial de armas ou causadas na sequência de detenção policial, no corte coercitivo de cabelo para efeitos de cumprimento do serviço militar.

<sup>1306</sup> Segundo SANTUSUOSSO, *ob. cit.*, p. 32, são tratamentos não coactivos, em Itália: os impostos aos trabalhadores (em caso de certificação do estado de incapacidade); o teste de alcoolemia nas estradas, as vacinações. São tratamentos coactivos, os previstos para doenças mentais, doenças venéreas, doenças infecciosas e contagiosas.

<sup>1307</sup> Cfr. Relatório explicativo, art. 26, n.º 159.

<sup>1308</sup> Cfr. casos *X vs. República Federal da Alemanha* (5-5-1981, queixa 8509/79) – a Comissão admitiu a obrigação de uma pessoa se submeter a um exame médico ordenado pelo tribunal, pela necessidade de proteger a sua saúde; *X vs República Federal da Alemanha* (decisão de 14-3-1980, queixa 8518/79) - sujeição a administração forçada de psicofarmacêuticos ordenados pelo tribunal com vista a proteger a sua própria saúde, dos outros doentes e dos profissionais de saúde; *Roger Acmanne et al. vs. Bélgica* (10-12-1984, queixa

de uma pessoa susceptível de transmitir uma *doença contagiosa*, de um *alienado mental*, de um *alcoólico* ou de um *vagabundo*”.

A densidade das questões implicadas merecem um tratamento que só por si justificam outros trabalhos e noutros ramos das ciências jurídicas. Isto assente, porém, não quero deixar de registar que há normas de direito de polícia, de direito processual, de direito público em geral, em que o cidadão é submetido a tratamentos médicos sem exigência do consentimento informado.<sup>1309 1310</sup>

---

10453/83) - despistagem obrigatória da tuberculose no quadro de uma instituição escolar; *X. vs. Áustria*. Cfr. LOZANO, *La protection européenne...*, p. 51.

Num contexto próximo, que se prende com a problemática geral dos limites do direito à autodeterminação, Nicolas MAZIAU, “Le consentement dans le champ de l’éthique biomédicale française”, *R.D.S.S.*, 1999, n.º 3, p.490, destaca o facto de o Tribunal Europeu (*Spanner c/ Royaume-Uni*, 19-2-1997) ter recentemente, a propósito de um caso de *práticas sado-masoquistas*, considerado que o art. 8º da CEDH não podia ser invocado pois “*l’Etat est incontestablement en droit de réguler par le jeu du droit pénal, les pratiques qui entraînent des dommages corporels, que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n’y change rien.*”

<sup>1309</sup> Para maiores desenvolvimentos, no direito português, *vide* VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 291 e ss. e a bibliografia citada. Para uma análise de direito constitucional, à face do direito alemão, *vide* HEIDE, *Medizinische Zwangsbehandlung*, 2001, *passim*.

<sup>1310</sup> Analisarei apenas os casos em que há uma obrigação *legal* de se submeter a um determinado exame médico. Porém, como é sabido, há situações de *limitação fáctica* do consentimento livre e informado. Ou seja, os cidadãos são coagidos, pela pressão dos factos (*v.g.*, necessidade de realizar um seguro de vida para obter o crédito à habitação, necessidade de realizar testes genéticos para ser admitido num trabalho), a realizar certos exames ou a prestar certas informações. Destaca-se o problema das análises de HIV e dos testes genéticos.

O carácter voluntário dos testes de SIDA é claramente afirmado no direito recomendatório do Conselho da Europa, negando a possibilidade de se efectuarem rastreios obrigatórios à população, ou mesmo a grupos determinados dessa população. (O Comité de Ministros do Conselho da Europa adoptou a Recomendação R (83) 8 sobre a prevenção da transmissão possível do síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA) dos dadores contaminados aos receptores de sangue ou de produtos sanguíneos (23-6-1983). Mas é com a Recomendação R (87) 25 relativa a uma política europeia comum de saúde pública de luta contra a SIDA que o Comité de Ministros apresenta os princípios de protecção dos direitos fundamentais. Afirma no seu ponto 2.2.1. “que nenhuma despistagem obrigatória deve ser introduzida nem para a população em geral, nem para grupos de particulares”. Esta orientação foi seguida e aprofundada na Recomendação R (89) 14 sobre as implicações éticas da infecção HIV no quadro sanitário e social. No mesmo sentido, *vide* o *Conseil consultatif national d’éthique (avis* de 16-12-1988 e 28-3-1992). Porém, a Recomendação R (87) 25 permite que, por razões de *saúde pública*, sejam realizada a prescrição sistemática de despistagens para toda a doação de sangue, de leite humano, de órgãos, de tecidos e de esperma, mas com o respeito das regras tradicionais do consentimento informado.

Entre nós, o teste do vírus da SIDA é exigido em casos como a *doação de sangue e tecidos ou órgãos* [Despacho da Ministra da Saúde n.º 11/86, de 1 de Abril de 1986 (DR, II, 5 de Maio)]. Dado o carácter voluntário da dádiva só em sentido impróprio se pode falar em obrigatoriedade. [João LOUREIRO, *SIDA e Discriminação Social – Escola, Habitação, Imigração, Rastreio Obrigatório, Isolamento Clínico, Tratamento obrigatório*, polic., Comunicação apresentada no Colóquio Interdisciplinar “S.I.D.A., Problemas jurídicos”, organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 8 e 9 de Março de 1996. O Autor desenvolve extensamente este tema.] O mesmo regime deverá valer para a doação de sêmen, na inseminação artificial, ou de fecundação *in vitro* com gâmetas de dador. Neste caso está em causa a protecção de *terceiros*. [A decisão de 23 de Maio de 1994 do Tribunal Constitucional italiano declarou inconstitucional uma norma do programa de prevenção e luta contra a SIDA, na parte em que não previa exames de despistagem da seropositividade HIV para o exercício de actividades que comportam riscos para a saúde de terceiros. (Raccolta Ufficiale delle Sentenze e Ordenanze della Corte Costituzionale, vol CXI, 1994, p. 639.)] Regra geral, o consentimento informado é, portanto, uma exigência imprescindível para a realização de teste de SIDA. E a confidencialidade dos dados é aqui absolutamente fundamental para evitar a discriminação da pessoa. [Cfr. entre nós, o “Relatório-Parecer sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA (16/CNECV/96)”, *in Documentação*, vol. III e a Recomendação N.º 32/B/99 do Provedor de Justiça, sobre

*Despistagem do vírus da SIDA e discriminação.* Recomendou o Provedor de Justiça que: “1. as análises para despistagem do VIH apenas sejam feitas como consentimento informado e escrito do interessado; 2. que o resultado das mesmas só seja comunicado ao próprio, excluindo-se a presença de outras pessoas que não seja estritamente necessária; 3. em nenhum caso seja comunicado ao diagnóstico a pessoal não médico, como ao comandante da respectiva unidade, devendo o oficial médico, caso assim o entenda, informar da necessidade de apresentação no Hospital Militar; 4. não seja automaticamente dispensado das suas funções nenhum militar que se verifique ser portador do VIH, recorrendo-se antes à determinação do que uma junta médica houver por conveniente; 5. Em relação ao caso concreto, seja o militar em causa colocado em funções compatíveis com o seu posto, habilitações e estado de saúde, minimizando as consequências da quebra de sigilo de que foi vítima.”] Todavia, em certas situações a voluntariedade do consentimento pode ser questionada quando a pessoa está numa *posição de desigualdade negocial*. Assim, por exemplo, nos contratos de trabalho, de seguro, ou mesmo no caso de realização de uma cirurgia.

Alguns *cirurgiões* têm grandes reticências em operar, caso o doente não autorize a realização de um *teste do HIV*. Os médicos invocam que não querem autocolocar-se em risco perante uma recusa do doente, argumentando que visam proteger o seu direito à saúde e à vida (cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*<sup>5</sup>, p. 67). Contudo, por outro lado, o médico pode ser chamado à responsabilidade por recusa de facultativo. Jurídico-criminalmente esse crime só se preenche se “o médico recusar o auxílio da sua profissão em caso de *perigo para a vida* ou de *grave perigo para a integridade física* de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira (art. 284º CP).” No plano disciplinar [também aqui o CDOM me parece inválido, nomeadamente o seu art. 35º, já que se mostra mais permissivo que o CP, ao abranger apenas o “perigo iminente de vida” como excepção ao direito de recusa de assistência. Ora, admitir um direito tão amplo iria desfigurar o CP, já que pelo princípio da unidade da ordem jurídica (em sentido unilateral), previsto no art. 31º, n.º 1 CP, qualquer causa de justificação (*v.g.*, o exercício de um direito) de natureza não penal, tem eficácia justificante em direito criminal, embora o inverso não seja necessário (Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal*, 2001, pp. 138 e ss.). Ou seja, o CDOM iria descaracterizar o tipo legal de crime aprovado pelo legislador constitucionalmente legitimado. Ainda assim, parecem-me úteis as normas dos artigos 36º (direito de recusa de acto especializado) e 37º (recusa de continuidade de assistência), embora com a ressalva de que se não poderá, no caso concreto, verificar o preenchimento dos elementos objectivos do tipo do art. 284º CP.] no plano disciplinar – dizia – e civil pode o médico ser responsabilizado mesmo em circunstâncias menos severas.

Assim, os médicos não podem, salvo caso de força maior, recusar a prestação de assistência, quanto aos socorros “*de extrema urgência a um doente ou sinistrado em perigo imediato*” (art. 13º, b), do Estatuto da Ordem dos Médicos (Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho), e que são igualmente obrigados a prestar serviços da sua especialidade, sempre que não haja outro médico a quem o doente possa facilmente recorrer. [Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª edição, p. 238.] Devemos pois distinguir muito claramente as situações de urgência dos casos em que a operação é programada. Nas primeiras, o médico tem o dever jurídico de salvar o paciente, pelo que não pode invocar a falta do exame de HIV para não operar. A boa prática médica ensina que o cirurgião deve sempre agir como se estivesse perante um seropositivo, ou seja, deve tomar todas as cautelas e medidas de auto-protecção para evitar um eventual contacto sanguíneo. No caso de uma cirurgia não urgente, poderá o médico, no plano jus-civilístico, fundamentar devidamente a sua recusa. Como afirma FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis...”, *cit.*, p. 102, “Em rigor, não se trata pois de um dever de contratar, mas em qualquer das situações (situações de “perigo eminente de vida” e em que não “haja outro médico de qualificação equivalente a quem o doente possa recorrer”), de *dever legal de prestar assistência médica*, cujo cumprimento envolverá ou não, consoante as circunstâncias a celebração de um contrato.” Essa recusa pode ter por base o instituto de *colisão de direitos* (direito a ser tratado, por parte do doente e o direito à preservação da saúde e da vida, por parte do médico), previsto no art. 335º CC, ou mesmo na *excepção de não cumprimento do contrato* (art. 428º CC). Na verdade, recaindo sobre o paciente o dever de colaborar com o médico na prestação dos cuidados de saúde, e mesmo que se considere este um mero *dever acessório* (sendo o dever de prestação principal o de pagar os honorários), a melhor doutrina admite que se invoque a *exceptio non adimpleti contractus*, não apenas perante o incumprimento total, mas também mesmo perante o incumprimento parcial ou o cumprimento defeituoso [Vide, entre outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª edição, p. 400; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 166.], devendo aceitar-se que valha também perante o incumprimento de um *dever lateral de conduta* tão relevante para a execução do contrato como o que estamos agora a considerar. Sendo a *exceptio* procedente, o médico tem o direito a não realizar a intervenção cirúrgica enquanto o paciente não se dispuser a realizar o teste do HIV. E nem se invoque que há o ‘período janela’, pelo que o teste é por definição inútil, devendo sempre o médico usar da maior cautela e precaução no exercício das intervenções cirúrgicas, pois casos há em que, sendo o paciente consabidamente seropositivo, o médico desafortunadamente se corta no decurso da operação, mas porque dispunha dessa preciosa informação pôde, de imediato, iniciar uma terapia antiretroviral que lhe salvou a vida.



## § 61. O direito de saúde pública

Os interesses de saúde pública são responsáveis por grande parte das limitações ao direito à integridade física e à liberdade dos cidadãos<sup>1311</sup>. Com efeito, a administração estadual, através dos seus serviços de saúde pública<sup>1312</sup> visa garantir tão elevado quanto possível o nível sanitário da população, realizando os serviços de polícia sanitária para as vacinações e os rastreios, a despistagem de doenças infecto-contagiosas, luta contra as epidemias, serviços para internamento e tratamento de doenças mentais, etc. Vejamos alguns exemplos.

### 1. Vacinação obrigatória

A vacinação obrigatória<sup>1313</sup> constitui uma importante limitação ao princípio da autonomia. Parece, todavia, que se trata de uma situação que poderá passar no teste do princípio da proporcionalidade, visto que tem em vista a salvaguarda de prementes interesses de saúde do próprio e de saúde pública.<sup>1314</sup> O direito à autodeterminação sobre o

---

Quanto aos testes genéticos – se é verdade que no futuro, talvez Mairi LEVITT, “Sociological perspectives on the right to know and the right not to know”, in CHADWICK/ LEVITT/ SHICKLE, *The right not to know and the right not to know*, p. 33, venha a ter razão quando afirma “Once screening programmes become routine the element of informed consent will diminish, as it has done with ultrasound in pregnancy and PKU test.” – a realidade actual é que este tipo de testes pode ser altamente discriminador das pessoas. Sobre esta matéria, vide Guilherme de OLIVEIRA, “Implicações Jurídicas do Conhecimento do Genoma”, in *Temas...*, pp. 101 e ss., João LOUREIRO, “Os Genes do nosso (des)contentamento”, *BFD* 77 (2002), pp. 163-210, e, resumidamente, André DIAS PEREIRA, “Country Report Portugal”, in TAUPITZ (Ed.), *The Convention on Human Rights and Biomedicine...*, pp. 714-723; ao nível legislativo, cfr. o Projecto de Lei n.º 90/VIII, do Bloco de Esquerda, de 23 de Maio de 2002.

<sup>1311</sup> SÉRVULO CORREIA, “Introdução ao Direito da Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 39 ss. define o direito de saúde pública como o “sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objecto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde.”

<sup>1312</sup> Cfr. Base XIX da LBS; o Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro, relativo à organização, nomeação e atribuições da autoridade de saúde; o Decreto-Lei n.º 286/99, de 27 de Julho, (estabelece a organização dos serviços de saúde pública) e o art. 90º e ss. do CDOM.

<sup>1313</sup> Cfr. art. 33º, n.º 4, al. d) do Decreto-Lei n.º 413/71, 27 de Setembro, a Portaria n.º 19058, de 3 de Março de 1962, que estabelece a obrigação de vacinação anti-tetânica a indivíduos que se dediquem ao exercício de determinadas profissões (tratamento de animais, trabalhos agrícolas, operações de limpeza) e o art. 5º, n.º 2, al. a) do Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro, atribuem competências às autoridades de saúde para exercer a “vigilância epidemiológica”, em cujo âmbito cabe a administração de vacinas. Segundo Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual, Casos da vida de um médico de saúde pública*, AAFDL, 1999, p. 31, efectuado um exercício de “concordância prática” entre o direito à inviolabilidade da integridade física e o interesse constitucional de evitar a contracção e a difusão da doença, e passado o teste de proporcionalidade (art. 18º CRP), parece que este regime pode ser aplicado. Em regra os deveres de vacinação vêm associados a sanções de carácter não coactivo (por ex: a vacinação como requisito da matrícula na escola, de acesso a um emprego, etc).

<sup>1314</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 56.

corpo e sobre a saúde não impede “o estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzam em intervenções no corpo das pessoas.”<sup>1315</sup>

## 2. A doença de Hansen

O Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho, e a Portaria n.º 131/77, de 14 de Março, regulam o regime jurídico da luta contra a doença de Hansen (lepra) em Portugal. Esse combate abrange aspectos educativos, profiláticos, terapêuticos e de reabilitação, com vista à erradicação dessa doença (art. 1º, n.ºs 1 e 2). Os doentes devem ser tratados de preferência em regime ambulatorio, mas não se exclui a possibilidade de internamento.

Na verdade, o Ministério Público ou a autoridade sanitária podem requerer ao juiz do tribunal da comarca territorialmente competente o *internamento compulsivo* em estabelecimento hospitalar dos doentes que, *por negligência ou por recusa, não cumpram as prescrições terapêuticas ou as indicações consideradas indispensáveis para a defesa da saúde pública* (art. 5º, n.º 3).<sup>1316</sup>

## 3. Internamento compulsivo de doente pulmonar (tuberculose)

A tuberculose constituiu um flagelo no início do Séc. XX, mas com a revolução antibiótica, parecia estar condenada a constar dos livros de história da medicina e do direito da saúde pública. Porém, ao longo dos últimos dez anos – muito por força da toxicod dependência e da epidemia da SIDA – o bacilo de Kock tem recuperado a sua importância em termos de causar graves preocupações de saúde pública. Acresce que, para além do aumento quantitativo da taxa de incidência da tuberculose, esta doença tem-se desenvolvido em novas formas, de difícil tratamento, com as castas de tuberculose multirresistente.

Ora, perante o renovado problema, urge repensar a resposta em termos de saúde pública<sup>1317</sup>. Mais concretamente, deveremos questionar se a Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de

---

<sup>1315</sup> CANOTILHO/ MOREIRA, *Constituição anotada...*, p. 178, e Anabela RODRIGUES, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária – Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra, 2000, p. 107.

Na jurisprudência do Conselho da Europa, foi decidido o caso *Boffa e outros treze c. São-Marino* (Decisão de 15 de Janeiro de 1998 à Queixa 26536/95), relativo à vacinação obrigatória de hepatite B. Julgou a Comissão que “uma campanha de vacinação... obriga os indivíduos a inclinar-se perante o interesse geral e a não colocar em perigo a saúde dos seus próximos...”.

<sup>1316</sup> Nos termos do art. 6º, “O internamento será limitado ao período estritamente necessário à resolução das situações específicas que o determinaram e deverá efectuar-se, sempre que possível, nas enfermarias de dermatologia ou de doenças infecto-contagiosas dos hospitais gerais que apoiam as consultas.”

<sup>1317</sup> A legislação de saúde pública relevante para o problema em análise (das medidas profiláticas face a doenças contagiosas) consiste, basicamente, e por ordem cronológica, nos seguintes diplomas: a Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949 (*Lei de Bases da Luta contra as Doenças Contagiosas*), Decreto-Lei n.º 299/71, de 13

1949, (*Lei de Bases da Luta contra as Doenças Contagiosas*) está ainda em vigor ou se padece de inconstitucionalidade superveniente, por violar as normas da CRP de 1976.

O *Acórdão da Relação do Porto*, de 6 de Fevereiro de 2002,<sup>1318</sup> veio admitir a continuação de um processo de internamento compulsivo de um cidadão portador de tuberculose que se recusava a submeter-se a tratamento e que criava “*perigo concreto de contágio de terceiros, conviventes directos, e risco iminente para a saúde pública, dado o elevado potencial de infecciosidade da doença em causa*”.

Ora, em primeiro lugar, urge esclarecer que estamos fora do campo do direito penal. Trata-se de uma situação de mera perigosidade social que exige tratamento por parte do direito administrativo da saúde pública.

O tribunal encontra a base legal da sua decisão percorrendo um caminho complexo e de elaborada construção jurídica. A Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949, afirma que a tuberculose é uma doença contagiosa (Base I). Na Base III determina que “*competete à Direcção-Geral de Saúde determinar o internamento, que será obrigatório, dos doentes contagiosos sempre que haja grave perigo de contágio...*” Por outro lado, a Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (LBS), na sua Base XIX, n.º 3 prescreve: “*cabe ainda às autoridades de saúde desencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a saúde pública*”.<sup>1319</sup>

Teremos que analisar o regime a aplicar em duas dimensões: uma *material-substancial* e uma *formal-procedimental*.

No entender da Relação do Porto, a solução de internamento compulsivo de doentes contagiosos com tuberculose é *materialmente* legítima e não viola a Constituição, já que o n.º 2 do art. 27º CRP admite a privação da liberdade em caso de “*aplicação judicial de uma medida de segurança*”. Entende o Tribunal que este artigo abrange, quer as medidas de segurança de natureza penal, quer as “*medidas que visem prevenir outras situações de perigosidade...*” Uma perigosidade “*decorrente da própria natureza dessas doenças*

---

de Julho – Regulamento Sanitário Internacional (da OMS), o Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho (estabelece o regime jurídico e luta contra a doença de Hansen (lepra)), a Portaria n.º 131/77, de 14 de Março (Regulamento da Luta Contra a Doença de Hansen), a Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (LBS), o Decreto-Lei n.º 318/90, de 13 de Outubro (revoga algumas normas referentes à intervenção do Conselho superior de Acção Social), o Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro, (regras de nomeação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridade de saúde), o Decreto Regulamentar 3/95, de 27 de Janeiro (lei da evicção escolar), a Lei n.º 36/98, de 24 de Julho (Lei de Saúde Mental), a Portaria n.º 1071/98, de 31 de Dezembro (tabela das doenças de declaração obrigatória), o Decreto-Lei n.º 286/99, de 27 de Julho (organização dos serviços de saúde pública), o Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março (lei das férias, faltas e feriados) sobretudo os artigos 55º ss. (faltas por isolamento profilático), a Lei n.º 170/99, de 18 de Setembro (adopta medidas de combate à propagação de doenças infecto-contagiosas em meio prisional).

<sup>1318</sup> *CJ*, 2002, I, 232-233.

<sup>1319</sup> O Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro, clarificou o que se entende por *autoridade de saúde*.

que, pela sua reconhecida gravidade e sendo altamente contagiosas, justificam, só por si, a aplicação de medidas de defesa da sociedade (e também do próprio doente), que o mesmo é dizer medidas de natureza não criminal, designadamente de internamento para tratamento do portador de tais doenças.”<sup>1320</sup>

Tenho dúvidas perante a argumentação apresentada.

Na verdade, o n.º 2 do art. 27º apenas consagra as *medidas de segurança de natureza penal* (artigos 91º e ss.).<sup>1321</sup> Caso contrário, o n.º 2 do art. 27 CRP era a porta aberta para o arbítrio da ‘intuição’ e nenhum sentido faria o *princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas (ou restritivas) da liberdade*.<sup>1322</sup>

Por outro lado, o catálogo do art. 3º é *taxativo* e o legislador constitucional viu-se na necessidade de *expressamente* aí acrescentar o caso de “internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”.

Para se defender a compatibilidade do regime aplicado pelo tribunal com a CRP, não devemos, pois, tomar como ponto de partida o n.º 2 do art. 27º. Ainda assim poderemos tentar explorar um outro caminho com vista a defender a constitucionalidade de uma tal medida de segurança (de natureza administrativa). Mas a sua fundamentação deve resultar exclusivamente do n.º 3 do art. 27º, concretamente através de uma *extensão teleológica* da sua al. h).<sup>1323</sup>

Seguindo o teste dos “limites dos limites” da lição de Gomes Canotilho<sup>1324</sup>, há na base deste internamento compulsivo, que implica uma limitação ao direito à liberdade (art. 27º CRP) uma *lei formal*: a Lei n.º 2036; todavia, um problema jurídico-constitucional de difícil resolução surge-nos com a exigência de uma *autorização expressa* da Constituição para o estabelecimento de limites através de lei (art. 18º, n.º 2 CRP). Na verdade, de acordo com o art. 27º, n.º 3, é admitida a privação da liberdade em vários casos, mas nenhum se refere à *defesa da saúde pública*, ou uma cláusula semelhante que permitisse abranger os portadores de

<sup>1320</sup> *Acórdão da Relação do Porto*, de 6-2-2002, *CJ*, I, (2002), p. 232.

<sup>1321</sup> Assim, já CANOTILHO/ MOREIRA, *Constituição Anotada*, art. 27º, IV., p. 185

<sup>1322</sup> CANOTILHO/ MOREIRA, *Constituição anotada*, art. 27º, III., p. 184

<sup>1323</sup> O elenco do n.º 3 do art. 27º CRP é *taxativo*, e as normas aí previstas são *excepcionais*. Assim, de acordo com a ultrapassada doutrina plasmada no art. 11º, n.º 3 CC, “as normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva”. Mas como ensina CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 274, “não deve isso preocupar-nos muito, sabendo, como sabemos, do valor relativo das disposições legais que se propõem impor soluções a problemas que competem verdadeiramente à autonomia crítica do pensamento jurídico e não ao legislador.” O problema de fundo – da aplicação analógica das normas excepcionais – resolve-o o Professor com uma clara resposta afirmativa, fundamentando-se (com CANARIS) no *princípio da igualdade*. Ainda assim, penso que este concreto problema pode ainda ser resolvido nos quadros da *extensão teleológica*, como adiante veremos.

<sup>1324</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 411.

tuberculose ou da doença de Hansen. Assim, é de duvidosa legitimidade contitucional o regime legal aplicável, não só para o caso dos cidadãos portadores de tuberculose, mas inclusivamente para o internamento dos portadores da doença de Hansen (apesar de estar prevista na lei).<sup>1325</sup>

Todavia, penso que podemos defender essa conformidade com a lei fundamental com base em várias razões. Em primeiro lugar, problema semelhante existia, no ordenamento jurídico português, a propósito do internamento de portadores de anomalia psíquica, segundo o regime da Lei n.º 2118, de 3 de Abril de 1963, antes da revisão da CRP de 1997, que aditou a al. h) ao n.º 3 do art. 27º CRP, e a doutrina, embora dividida, não afirmava peremptoriamente a inconstitucionalidade do internamento compulsivo.<sup>1326</sup>

Em segundo lugar, e de forma mais enfática, não deveremos esquecer que o art. 5º, n.º 1, al. e) da CEDH, permite a “*detenção legal de uma pessoa susceptível de transmitir uma doença contagiosa...*” E embora o valor constitucional desta norma possa ser debatido,<sup>1327</sup> <sup>1328</sup> penso que é uma norma que legitimamente se pode carrear à discussão. Ainda no *plano convencional* (supra-legal e para alguns autores supra-constitucional) devemos considerar o art. 26, n.º1 da CEDHBio. Aí se exige que as restrições ao art. 5º da CEDHBio, relativo ao consentimento, estejam previstas por *lei*, constituam medidas *necessárias*, numa sociedade democrática, para a segurança pública, para a prevenção de infracções penais, *para a protecção da saúde pública* ou para a protecção de direitos e liberdades de outrem. Ou seja, também aqui se admite a possibilidade de uma autorização legal, que respeitando o princípio da necessidade e da proporcionalidade imponha um tratamento obrigatório “*para a protecção da saúde pública.*” Assim, quer o Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho, quer a Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949 (desde que com as alterações relativas ao procedimento que seguidamente analisarei) estão em conformidade com a CEDH e com a CEDHBio.

Acrescente-se que o ordenamento jurídico não se deve entender como um sistema que recuse qualquer conexão com o sistema social; ou, pior ainda, ‘alienado’ da realidade

---

<sup>1325</sup> Note-se, porém, que do ponto de vista médico, nos dias de hoje a tuberculose (*maxime* a multi-resistente) oferece muito mais perigos de saúde pública do que a lepra.

<sup>1326</sup> Sobre o problema da constitucionalidade do internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica à luz do direito coevo, *vide* Maria João ANTUNES, *O internamento de pessoa imputável em estabelecimento destinado a inimputável*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 115-117.

<sup>1327</sup> CANOTILHO/MOREIRA, *Constituição Anotada...*, anotação ao art. 8º, p. 85, são da opinião que “a Constituição prevalece sobre o DIP, seja comum, seja convencional.” E, na anotação ao art. 16º (p.139) afirmam que “a DUDH não pode fundamentar restrições de direitos fundamentais não constitucionalmente admitidas.” Porém, aquela primeira opinião não é unânime, *vide*, por todos, GONÇAVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional...*, pp. 116 e ss.

<sup>1328</sup> Parece-me que a última parte da norma (detenção de um “vagabundo”) é claramente inconstitucional. Aliás, desde há muito que este tipo de conceitos foi expurgado do nosso Direito Penal, que é hoje um direito penal do facto e não um direito penal do agente.

social: perante um concreto problema de saúde pública que emerge na sociedade portuguesa, e estando garantido um procedimento justo e uma decisão imparcial do tribunal, e estando esta solução materialmente em conformidade com os ‘standards mínimos’ europeus de direitos fundamentais plasmados na CEDH e na CEDH Bio, parece admissível a solução encontrada.<sup>1329 1330</sup>

Finalmente, devemos ponderar o escopo da al. h) do n.º 3 do art. 27º da CRP. O *telos* da norma que admite esse internamento de portadores de anomalia psíquica é, entre outros, o de proteger a saúde e a vida de terceiros face a situações de perigo concreto causadas pelo cidadão doente. Ora, só a possibilidade de internamento do portador de doenças contagiosas, embora não esteja expressamente previsto na letra da lei, permite cabalmente cumprir os fins da dita norma. E dessa forma dar cumprimento ao art. 64º CRP segundo o qual “*todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover*”.

Admitir outra solução seria criar uma *discriminação injustificada* dos portadores de anomalia psíquica face aos portadores de doença contagiosa, pelo que o *princípio da igualdade*, na sua dimensão de proibição de discriminação art. 13º CRP sairia, no mínimo, beliscado. Por outro lado, a LSM admite o internamento quando o portador de *anomalia psíquica grave* criar, por força dela, uma situação de *perigo* para bens jurídicos de relevante valor, *próprios* ou alheios, de natureza pessoal ou *patrimonial*, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico (art. 12º, nº 1). Logo por *maioria de razão* deve reconhecer-se como legítimo o internamento de portadores de doenças contagiosas que criem uma situação de perigo concreto para *saúde* (e a *vida*) de *terceiros*. Isto é, onde ali se admite a *protecção do próprio doente* e a *tutela de valores de índole patrimonial*, aqui apenas se reclama a protecção de *terceiros* e somente dos seus bens jurídicos *pessoais*!

Entendo, portanto, que se pode, no quadro do direito constitucional vigente, fundamentar o regime do Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho, bem como um regime para o internamento de portadores de tuberculose, nos termos que de seguida exporei.

---

<sup>1329</sup> Muito mais duvidosa parece ser a decisão do *Acórdão da Relação de Lisboa*, de 13-12-90, (CJ, 1990, V, 137 ss.) que se decidiu pelo internamento hospitalar compulsivo de um paciente portador de uma “doença de grave potencial de infecciosidade”. A iminência do perigo de contágio não parece devidamente fundamentada nesta decisão. *Vide* VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, . 298-99.

<sup>1330</sup> VIEIRA DE ANDRADE, “O Internamento Compulsivo de Portadores de Anomalia Psíquica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”, in: *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, p. 78, parece admitir que os portadores de doenças contagiosas devam ser susceptíveis de privação da liberdade, isto é, de internamento compulsivo para internamento. No mesmo sentido SÉRVULO CORREIA, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde no Serviço Nacional de Saúde”, *Direito da Saude e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 53. João LOUREIRO, *SIDA e Discriminação Social...*, parece admitir a mesma solução para a hipótese de internamento forçado de seropositivos que põem em causa a saúde pública (v.g., prostituta ou prostituto que está infectado, mas continua a ter relações sexuais, mesmo utilizando o preservativo).

Contudo, deve-se ser muito parcimonioso no recurso ao internamento compulsivo de cidadãos portadores de lepra e de tuberculose. A regra deve ser sempre a do consentimento livre e informado. Apenas no caso de a pessoa se recusar a submeter a um tratamento e criar uma situação de *perigo concreto* para terceiros pessoas (conviventes, colegas de trabalho ou terceiros em geral), se pode admitir que se leve a cabo um tratamento coactivo. E dentro deste, a solução de internamento deve sempre ser considerada como a *ultima ratio*, dando-se preferência aos meios terapêuticos em regime ambulatório.

Apesar de ter defendido que este regime, assim exposto, não é incompatível com o art. 27º da CRP, a questão ficaria melhor sanada com uma revisão do texto constitucional que acrescentasse, no n.º 3 do art. 27º, *a possibilidade de internamento de portador de doença contagiosa em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judiciária competente, quando o portador esteja a pôr em perigo a saúde ou a vida de terceiros.*

Naturalmente, que também se afigura absolutamente urgente legislar sobre esta matéria para que os aplicadores do direito (que neste caso são, em primeira linha, as autoridades de saúde e o MP) tenham um guia acessível e compreensível que lhe permita o cabal desempenho da sua missão.

Falta, ainda, considerar os aspectos formais.

No *plano do procedimento* que conduz ao dito internamento, a Lei n.º 2.036 afigura-se *supervenientemente* inconstitucional. Não deve ser a Direcção-Geral de Saúde a determinar o internamento compulsivo. A esta compete, apenas, *desencadear* o processo (LBS, Base XIX), sendo a decisão final, de acordo com a Constituição (art. 27º, n.º3, al. h))<sup>1331</sup>, competência exclusiva do *tribunal*. Por outro lado, cabe nos poderes do Ministério Público *promover as diligências necessárias* para atingir tal fim, devendo seguir-se as normas pertinentes do Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho, ou da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho (LSM), como bem indicou este importante Acórdão da Relação do Porto.

## § 62. Tratamentos em detidos

Anabela Rodrigues<sup>1332</sup> procede a uma análise exaustiva do direito à saúde e dos tratamentos (coercivos) em reclusos detidos em estabelecimentos prisionais. Numa breve síntese podemos concluir que: as normas de *direito internacional* não impõem mas também não proibem a prática de tratamentos forçados. Pela análise dos sistemas de *direito comparado*

---

<sup>1331</sup> E não o art. 27º, n.º 2, como afirma a Relação do Porto, já que este n.º 2 apenas vale para o direito criminal. Note-se que a CEDH não exige a intervenção judicial no art. 5º, n.º 1, al. e). Mas à semelhança do que se passa com o internamento de portadores de anomalia psíquica, impõe-se que neste domínio (da privação da liberdade por motivos de saúde pública) se seja muito exigente.

<sup>1332</sup> Anabela RODRIGUES, *Novo Olhar...*, pp. 101-128.

não podemos retirar uma orientação segura, já que se em Espanha se pode impor um tratamento contra a vontade do interessado, quando este se revele estritamente necessário para salvar a vida do paciente,<sup>1333</sup> e em França se pode proceder à alimentação coactiva e caso de greve de fome prolongada, na Alemanha isso é, desde 1985, proibido, pelo que actualmente a única situação em que o tratamento ou a alimentação coactivos são legítimos é a incapacidade do recluso para decidir livremente.

A Autora distingue o regime de intervenção médica em benefício da *saúde pública*: os actos e tratamentos obrigatórios, do regime da intervenção médica em benefício da vida e da saúde. Quanto à possibilidade de execução coerciva nos casos em que esteja em causa a defesa da saúde pública é, em regra, justificada, desde que se respeitem os princípios que regem as restrições de direitos. A lei prevê certas intervenções forçadas, como as medidas de rastreio através de exames frequentes e periódicos e a sujeição a um regime de isolamento em caso de suspeição ou confirmação de contracção de doença infecto-contagiosa.<sup>1334</sup> Já quanto à intervenção em benefício do próprio recluso, urge distinguir três situações: (1) a “criação fortuita do risco (*v.g.*, o recluso contrai uma doença letal como o cancro ou a SIDA); (2) a auto-colocação em risco (auto-mutilação, greve de fome, tentativa de suicídio) e (3) a colocação em risco derivada da vida prisional.

Nos casos de criação fortuita do risco, a Professora de Coimbra defende que – contrariamente ao estabelecido no art. 127º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 265/79 – os tratamentos médicos *não* podem impor-se coercivamente, nem mesmo no caso de perigo iminente para a vida, sendo aplicável o regime das intervenções médicas arbitrárias.<sup>1335</sup>

A lei portuguesa admite casos de *alimentação forçada de reclusos em greve de fome*. Mas só a partir do momento em que se verifica um *perigo para a vida* ou *grave perigo para a saúde*.<sup>1336</sup> Tanto na doutrina nacional como estrangeira é particularmente controvertida a legitimidade

---

<sup>1333</sup> Veja-se, a propósito da segurança nas cadeias, a decisão do Tribunal Constitucional espanhol, Sala 2ª, Acórdão n.º 35/1996, de 26-2, que manteve aliás a doutrina do Supremo Tribunal (Acórdão n.º 57/1994), segundo a qual se justifica aquando da entrada dos reclusos nos estabelecimentos prisionais a sujeição destes a fiscalizações que utilizam, entre outros meios, radiações (Raios X - que causam alguns danos à saúde). Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA/ DE LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I, pp. 1780 ss.

<sup>1334</sup> A nível do Conselho da Europa, admite-se a entrega obrigatória de urina para análise de despistagem de consumo de drogas, por parte de reclusos, considerando o interesse na prevenção criminal (Requête n.º 21132/93, *Theodorus Albert Ivo Peters c. Pays Bas*).

<sup>1335</sup> Anabela RODRIGUES, *Novo Olhar...*, p. 112.

<sup>1336</sup> Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março. Segundo a lei prisional, "só podem impor-se coercitivamente aos reclusos exames médicos, tratamentos ou alimentação em caso de *perigo para a sua vida* ou *grave perigo para a saúde*" (art. 127º).



constitucional deste regime, que priva o recluso de uma dimensão importante do seu direito de autodeterminação.<sup>1337</sup>

Entre nós, parte importante da doutrina não concorda com a solução.<sup>1338</sup> Porém, na opinião de Costa Andrade<sup>1339</sup> e de Anabela Rodrigues<sup>1340</sup> será legítimo o médico intervir coercivamente nos casos de greve de fome e de tentativa de suicídio dentro da 'instituição global' que é a prisão. No mesmo sentido, em Espanha, o Tribunal Constitucional considerou que a assistência médica coactiva tinha justificação constitucional<sup>1341</sup> e o

<sup>1337</sup> O *Código Deontológico*, aponta noutro sentido, no art. 57º (Greve de Fome): "1. Quando o preso ou detido recusar alimentar-se, o Médico, tendo verificado que o mesmo está em condições de compreender as consequências da sua atitude e delas tomou conhecimento, deve abster-se de tomar a iniciativa ou de participar em actos de alimentação coerciva, ainda que perante perigo iminente da vida. 2. A verificação prevista no número anterior deve ser confirmada por outro médico estranho à instituição prisional." Assim, se não há consentimento ou consentimento válido, o médico não só não está deontologicamente obrigado a intervir, como está deontologicamente obrigado a não intervir." – afirma ANBELA RODRIGUES, *Novo Olhar...*, p. 106. Cfr. sobre este conflito normativo o *Parecer PGR n.º 99/82*, de 14 de Julho, in *BMJ*, n.º 321, Dezembro de 1982, pp. 193 a 199.

O ponto 5 da Declaração de Tóquio da Associação Médica Mundial é interpretado por Anabela RODRIGUES, *ibidem*, p. 106, no sentido de o médico poder intervir a partir do momento em que cesse "a consciência, dado que, então, desaparece a possibilidade de o recluso exprimir uma decisão livre e consciente." De acordo com os Princípios das Nações Unidas (Resolução 37/194 da Assembleia Geral da ONU, 1982), "a intervenção coactiva é eticamente correcta quando, de acordo com critérios médicos, for necessária para proteger a saúde do recluso e não implique um risco para o mesmo bem. Neste caso, deixa de se fazer um apelo à vontade expressa e consciente do recluso".

<sup>1338</sup> Para CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 207, nota 401, nos casos de greve de fome, sobretudo, por parte de presos, não se colocam, na maior parte dos casos, verdadeiramente questões de suicídio ou de tentativa de suicídio e o direito colidente do grevista não é só o de ser deixado sozinho (*right to be let alone*), mas também os direitos à liberdade de expressão de pensamento e à defesa de bens ou valores reputados idóneos pelo grevista, pelo que em princípio não defende a licitude de uma alimentação forçada. Sobretudo, "não serão admissíveis processos violentos ou dolosos de alimentação forçada, que ponham em causa a dignidade humana, quando haja uma radical vontade do preso em prosseguir a greve de fome até às últimas consequências." Também FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica ...*, p. 56, nota 134, manifestam muitas reservas quanto à constitucionalidade destas normas. Cfr. ainda SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, *s.d.*, que advoga no sentido da inconstitucionalidade daquela norma da Reforma Prisional, em nome da liberdade de consciência tutelada pelo art. 14º CRP.

<sup>1339</sup> COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 408. Para além deste direito de tratamento forçado, nos estritos limites defendidos, defende este Autor que "os médicos e directores de estabelecimentos prisionais devem ser responsabilizados quando, cumulativamente: a) exista já o perigo iminente de morte; b) haja o propósito de levar a greve até ao fim; c) o grevista tenha perdido a consciência".

<sup>1340</sup> Anabela RODRIGUES, *Novo Olhar...*, p. 123. No caso de tentativa de suicídio, "não é legítimo concluir-se genericamente que a decisão do suicida é causada por um conflito entre os seus interesses e os interesses do Estado", como acontece, na maior parte das vezes, nos casos de greve de fome. Todavia, conclui que "deve impor-se a intervenção médica coactiva em matéria de tentativa de suicídio sempre que exista uma lesão grave, um perigo actual para a vida ou um perigo grave para a saúde do recluso, limitando do mesmo passo a liberdade do recluso a dispor da própria vida, em homenagem à manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento prisional." Semelhante solução advoga a Autora para os casos de colocação em risco derivada da vida prisional.

<sup>1341</sup> Segundo os acórdãos do Tribunal Constitucional, *137/1990*, de 19 de Julho, e *120/1990*, de 27 de Julho, "uma coisa é a decisão de quem assume o risco de morrer que só a ele afecta, em cujo caso poderia defender-se a ilicitude da assistência médica obrigatória, e outra a de quem encontrando-se em situação de sujeição especial relativa à Administração penitenciária, arriscam a sua vida com o fim de que exercite ou deixe de exercitar os seus poderes, pois neste caso o Estado está perante o injusto, deixando morrer a pessoa cuja vida está legalmente obrigado a preservar e a proteger, o que autoriza a alimentação forçada."

A Decisão do Tribunal Constitucional, *11/1991*, de 17 de Janeiro, afirma: "O direito à vida, que impõe a administração penitenciária de velar pela saúde e integridade dos reclusos deve restringir ao mínimo os direitos fundamentais, entre eles a liberdade, de quem se colocou voluntariamente em posição de risco.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não censurou disposição semelhante no direito alemão.<sup>1342</sup>

### § 63. Internamento compulsivo de doentes mentais

Esta é uma matéria cuja densidade, só por si, nos impede de ir mais além do que referir alguns traços largos relativos à questão que nos ocupa: identificação de situações em que a lei (excepcionalmente) autoriza a intervenção médica, sem consentimento do paciente.<sup>1343</sup>

A *nível internacional*, encontramos alguns princípios e declarações que apontam no sentido do respeito pela vontade do doente mental na maior amplitude possível. O tratamento compulsivo apenas deve abranger a terapia psiquiátrica, pelo que o doente mental pode ser chamado a dar o seu consentimento face a intervenções não directamente relacionados com o tratamento da sua doença psiquiátrica.<sup>1344</sup>

Por seu turno, a CEDHBio prevê, no art. 7º, as seguintes condições para que se leve a cabo um tratamento psiquiátrico compulsivo. Em primeiro lugar, é necessário que a pessoa sofra de transtorno mental grave e o internamento deverá ser considerado necessário para *tratar especificamente esta disfunção mental*. Assim, se a pessoa capaz de consentir recusa uma intervenção não dirigida ao tratamento da sua doença mental, a sua oposição deve ser respeitada, da mesma forma que se faria com outros pacientes capazes de consentir<sup>1345</sup>, pois para o resto dos processos terapêuticos (como uma doença grave ou uma apendicite aguda em doentes psicóticos), a actuação médica estaria a coberto pelo art. 6º,

---

Este juízo deve ser adequadamente ponderado com critérios médicos e jurídicos pela Administração e, se necessário, pelos órgãos judiciais com competência na matéria. Por isso, não é possível estabelecer com carácter geral o momento em que se deva proceder de maneira coactiva à alimentação forçada, que deverá resolver a Administração com base em critérios médicos.”

<sup>1342</sup> Cfr. *X v. Germany* (1984).

<sup>1343</sup> Para mais desenvolvimentos, vide *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Centro de Direito Biomédico, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, *passim*; Pedro SOARES ALBERGARIA, *A Lei de Saúde Mental (anotada)*, Coimbra, Almedina, 2003; VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, especialmente pp. 310 a 324; e José Manuel JARA, “A teoria e a prática do Internamento Compulsivo”, *Hosp. Júlio de Matos* 2: 124-128 (2000).

<sup>1344</sup> A própria Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a *Declaração dos direitos do deficiente mental*, de 20 de Dezembro de 1971 (publicada no *BMJ*, n.º 249, 1975, pp. 367 a 369). Destacam-se ainda os *Princípios para a protecção dos doentes mentais e para o melhoramento da atenção à saúde mental* (OMS, Resolução 46/119, 1991) nos quais se estabelece o princípio do consentimento para o tratamento. A *Declaração do Havai* (1983), no seu ponto 5 dispõe que “nenhum tratamento deverá levar-se a cabo contra a vontade própria do sujeito ou independentemente dele, salvo se o sujeito não tiver capacidade de expressar os seus desejos ou, devido à doença mental, não possa discernir o sentido do seu próprio interesse ou represente uma ameaça grave demais.” Segundo a *Declaração de Madrid* (1996): “...O dever do psiquiatra é facilitar ao paciente informação relevante e significativa, que lhe permita tomar decisões racionais segundo o seu próprio código, valores ou preferências.... Não se deve levar a cabo nenhum tratamento contra a vontade do paciente, salvo se este for necessário para salvar o seu bem estar ou o dos seus próximos....”

<sup>1345</sup> Cfr. n.º 52 do *Relatório Explicativo*.

n.º3 (protecção das pessoas sem capacidade de dar o seu consentimento) ou o art. 8º (situações de urgência). Finalmente, sem o tratamento da sua doença mental é provável que se produza um dano à saúde do paciente.

Os órgãos do Conselho da Europa têm vindo a ser chamados para dirimir conflitos emergentes de internamentos compulsivos de doentes mentais, admitindo, dentro de certos condicionalismos, estas restrições aos direitos fundamentais.<sup>1346</sup>

Alguma doutrina lança mão deste art. 7º para justificar o tratamento, mesmo forçado, de pacientes com *transtornos psico-alimentares graves*, como por exemplo a *anorexia*, dado que a sua disfunção mental poderia chegar a fazer-lhes perder a sua autonomia e capacidade, sem que possa contrapor-se, em casos extremos, o direito à imagem pessoal e ao próprio corpo.<sup>1347</sup>

Entre nós, a *Lei de Saúde Mental* (Lei nº 36/98, de 24 de Julho) prevê o regime da saúde mental e do internamento compulsivo de doentes portadores de anomalia psíquica. O internamento compulsivo só pode ser determinado quando for a única forma de garantir a submissão a tratamento do internado e finda logo que cessem os fundamentos que lhe deram causa (art. 8º, n.º 1), sendo que "sempre que possível o internamento é substituído por tratamento em regime ambulatorio". Estão assim presentes, por um lado, os princípios da proporcionalidade, da necessidade (art. 8º, n.ºs 2 e 4) e, por outro, a preferência por medidas não institucionais de tratamento (art. 8º, n.º3).

A lei prevê o internamento (normal) e o internamento de urgência. Quanto ao primeiro, ele pode efectuar-se se o portador de *anomalia psíquica grave* criar, por força dela, uma situação de *perigo para bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial*, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico (art. 12º, n.º 1). A protecção de bens jurídicos alheios de natureza pessoal ou patrimonial parece estar em contradição com o art. 7º da CEDH/Bio, mas, note-se, contudo, que o art. 26 da Convenção dá abertura para que a lei nacional permita o internamento compulsivo para *protecção de terceiros*.

---

<sup>1346</sup> Cfr. *Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, de 5-7-1999 (exame de saúde mental em hospital psiquiátrico contra a sua vontade: pode estar justificada para comprovar se a medida se justifica e não é desproporcionada); *Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, de 30-7-1998; *Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, de 24-10-97, *apud* MARTÍNEZ CALCERRADA/ DE LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I.

<sup>1347</sup> Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, "Anoréxicos: derecho a la imagen pessoal y al propio cuerpo?", *I Congreso de Psiquiatria y Derecho*, Oviedo, Maio de 2000, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob.cit.*, p. 97. Segundo REPRESA POLO, "Internamiento hospitalario de los enfermos de anorexia", *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, 1999, p. 256, "o âmbito subjectivo do artigo 211 C. C. [internamento compulsivo] compreende tanto os doentes mentais como os que sofram de algum transtorno físico persistente ou doenças "mistas", maiores ou menores de idade."

Pode ainda ser internado o portador de anomalia psíquica grave que não possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, *quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado* (art. 12º, n.º 2).

Adoptou esta lei um modelo de internamento judicializado, ou *modelo judiciário*,<sup>1348</sup> na medida em que é o juiz quem decide sobre o internamento.<sup>1349</sup> Essa decisão, porém, é tomada numa relação de mútua colaboração com os médicos psiquiatras e o MP, estabelecendo inclusivamente a lei que "*o juízo técnico-científico inerente à avaliação clínico-psiquiátrica está subtraído à livre apreciação do juiz*" (art. 17º, n.º 5). A LSM procurou "democratizar" a saúde mental, trazendo a esta problemática área de intervenção médica algum controle jurisdicional e assegurar um efectivo direito de defesa por parte do cidadão sujeito ao internamento.

O internamento de urgência pode-se verificar quando "exista *perigo iminente para os bens jurídicos*"<sup>1350</sup> referidos. Nesta situação, as autoridades de polícia ou de saúde pública (ou, em caso de urgência, qualquer agente policial), podem determinar através de mandado, que o portador de anomalia psíquica seja conduzido ao estabelecimento com urgência psiquiátrica mais próximo (artigos 23º e 24º).<sup>1351</sup>

Lancemos um último olhar para o art. 5º, onde se regulam, em termos gerais, os direitos e os deveres do utente. Este goza de alguns direitos, quais sejam: o direito a ser

---

<sup>1348</sup> SOARES de ALBERGARIA, *A Lei de Saúde Mental*., p. 22. Este modelo é o adoptado, por ex., na Bélgica, Holanda e alguns Länder alemães e contrapõe-se ao modelo estritamente higio-sanitário, médico, terapêutico ou administrativo.

<sup>1349</sup> Este modelo tem sido criticado por alguns autores. Porém é este o que melhor defende os direitos fundamentais dos cidadãos e mostra-se conforme com a *Resolução nº 1235 (1994) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa* que recomenda a judicialização do internamento.

<sup>1350</sup> "O nível de perigo exigido deve situar-se na área do perigo concreto, na base da qual são construídos os crimes de perigo concreto do Código Penal. A eminência da ocorrência do dano que qualifica este tipo de perigo encontra-se próxima da lesão, ou seja do dano efectivo. (...) É nesta proximidade que se materializa a urgência que justifica a especial forma de privação da liberdade e mesmo o início do tratamento que integra este internamento" (Leones DANTAS, "Notas sobre o internamento compulsivo na lei de Saúde Mental", *Revista do Ministério Público*, ano 19º, Outubro-Dezembro 1998, nº 76, p. 56). Segundo o mesmo Autor a lei portuguesa afigura-se muito mais cautelosa e restritiva do que as leis belga (Lei de 26 de Junho de 1990) e francesa (*Code de la Santé Publique*), pois delimita o internamento em função da criação de um perigo referenciado a interesses juridicamente protegidos, concretamente individualizados.

<sup>1351</sup> Quando da avaliação clínico-psiquiátrica se concluir pela necessidade de internamento e o internando a ele se opuser, o estabelecimento hospitalar comunica de imediato essa admissão (internamento) ao tribunal competente. O juiz nomeia defensor ao internando e dá vista nos autos ao Ministério Público. E no prazo máximo de quarenta e oito horas a contar da privação da liberdade, o Tribunal profere decisão de manutenção ou não manutenção do internamento. A decisão é comunicada ao internando e ao familiar mais próximo que com ele conviva ou à pessoa que com o internando viva em condições análogas às dos cônjuges, bem como ao médico assistente (artigos 25º e 26º). O internamento é substituído por tratamento compulsivo em regime ambulatorio sempre que seja possível manter esse tratamento em liberdade, mas *esta substituição depende de expressa aceitação* por parte do internado, das condições fixadas pelo psiquiatra assistente para o tratamento em regime ambulatorio (art. 33º). Finalmente, o internamento finda quando cessarem os pressupostos que lhe deram origem, sendo obrigatória (independentemente de requerimento) a revisão da situação do internado de dois em dois meses (artigos 34º e 35º).

informado dos seus direitos, bem como do plano terapêutico proposto e seus efeitos previsíveis, a receber tratamento e protecção, no respeito pela sua individualidade e dignidade; a comunicar com o exterior e a ser visitado pela família, etc. Destaque-se ainda que o internado goza dos seguintes direitos: a) a não ser submetido a electroconvulsoterapia sem o seu *prévio consentimento escrito* (art. 5º, n.º 1, al. d))<sup>1352</sup>; b) a realização de intervenção psicocirúrgica exige, além do prévio consentimento escrito, o parecer escrito favorável de dois médicos psiquiatras designados pelo Conselho Nacional de Saúde Mental (art. 5º, n.º 2).<sup>1353</sup>

Em suma, o internamento compulsivo de doentes afectados por anomalia psíquica configura claramente uma excepção à doutrina do consentimento informado. Mas ainda assim apenas na medida em que se tenha em vista tratar essa mesma enfermidade, não se estendendo esses poderes para toda a intervenção médica.<sup>1354 1355</sup>

<sup>1352</sup> Este direito será exercido pelo representante legal quando os doentes sejam menores de 14 anos ou não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento (art. 5º, n.º 3).

<sup>1353</sup> Num exemplo de duvidosa jurisprudência, a *Sala IV da Cámara nacional Especial en lo Civil y en lo Comercial de Argentina* decidiu que a realização de uma hipotalamotomia bilateral com cirurgia estereotáxica realizada num menor oligofrénico, de 15 anos de idade, sem obter o seu consentimento informado ou dos seus pais, não era passível de censura jurídica. O tribunal afirmou que “a obrigação de informar não é exigível ao médico ao extremo de se lhe imputar culpa ou negligência grave no caso de a omitir...”[!]

<sup>1354</sup> O relatório *Making Health Care Decisions* (1982) estabeleceu que a doença mental não é *per se* um motivo de incapacidade. Em princípio o doente mental deve ser tido por capaz, se bem que, após análise do seu caso, se possa confirmar a sua capacidade, ou pelo contrário, definir e determinar a sua verdadeira incapacidade. Todos os pacientes têm capacidade de decisão sobre o tratamento, incluindo os casos de doentes com psicoses ou internados involuntariamente. Nos EUA, o caso *Rennie versus Klein* (1978) reconheceu o direito dos doentes mentais, hospitalizados involuntariamente, recusarem a medicação neuroléptica que possa causar efeitos secundários incapacitantes de forma permanente, se bem que se admitisse que esse direito poderia ser limitado a qualquer momento, se no entender do médico, o tratamento for necessário para evitar que o paciente cause danos a si próprio ou a terceiros. O Tribunal de Wisconsin, no caso *Stemasd versus Reivitz*, determinou uma separação clara entre o tratamento e o internamento, declarando, de forma expressa, que o internamento coactivo não legitima qualquer intervenção. *Vide*, também, o caso *Roger versus Commissioner Dept. of Mental Health*, decidido pelo Supremo Tribunal de Massachussets (1983) e *Rivers versus Katz* (1986), em que o Supremo Tribunal de Nova Iorque declarou que “os doentes mentais internados involuntariamente têm o direito fundamental a recusar a medicação antipsicótica, sendo a decisão de invalidar este direito, uma atribuição judicial mais do que médica”. No Canadá ficou célebre o caso *Dion versus L'Institut Philippe Pinel* (1982), no qual o internado havia proferido, por escrito, ameaças de morte contra o primeiro-ministro do Quebec. O Tribunal Superior do Distrito de Monte Real decidiu pelo tratamento compulsivo do doente, por considerar que este sofria de esquizofrenia paranoide, pelo que a sua psicose anulava completamente a sua autonomia para consentir ou recusar o tratamento. *Cfr.* GALÁN CORTÉS, *ob.cit.*, p. 94.

<sup>1355</sup> Um estudo sobre a recusa de tratamento por parte de pacientes psiquiátricos demonstra claramente o predomínio de motivações irracionais (delírio, influência de terceiros, necessidade de regressão, etc.) sobre as racionais (efeitos secundários do tratamento, ineficácia terapêutica). Outro estudo, por outro lado, demonstra que entre 85 e 99 por cento dos pacientes que começam por recusar o tratamento medicamentoso, acabam por o aceitar, após reiteradas explicações do médico assistente, o que trás à evidência a importância de uma adequada relação clínica e do entendimento do consentimento informado como um processo dinâmico – *cfr.* J. C. BECK, “Legal approaches examined in the right to refuse treatment”, in *Psychiatric Times*, 1989, 6, 14-15, *apud* GALÁN CORTÉS, *ob. cit.*, p. 95.

Um bom exemplo disso é o curioso caso *Passmore*. Em 1997, no Estado da Virgínia, o Sr. *Passmore*, de 33 anos de idade, enquanto estava a trabalhar na construção de um edifício, convenceu-se que o número 666, referência bíblica ao demónio ou ao anticristo, tinha aparecido na sua mão direita. Imediatamente serrou

#### § 64. Exames médicos em medicina do trabalho

A obrigatoriedade de submissão a exames de saúde em medicina do trabalho está prevista na lei.<sup>1356</sup>

As normas que estabelecem os exames obrigatórios foram objecto de análise pelo *Acórdão do Tribunal Constitucional 368/02*, de 25 de Setembro<sup>1357</sup>, tendo o Tribunal Constitucional concluído que “os exames de saúde previstos no art. 19º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 26/94 estão exclusivamente direccionados ao fim de prevenção dos riscos profissionais e à prevenção de saúde dos trabalhadores (cfr. art. 3º, n.º 1 do mesmo diploma), não se pode concluir... que se tenha instituído uma sistemática e global devassa da reserva da vida privada constitucionalmente censurável.”

Este Acórdão do Tribunal Constitucional configura uma *decisão interpretativa*, através da qual o Tribunal procedeu a uma interpretação em larga medida correctiva e restritiva de várias normas”.<sup>1358</sup>

Considera o Tribunal que: “no âmbito das relações laborais, tem-se por certo que o direito à protecção da saúde, a todos reconhecido no art. 64º, n.º 1 CRP, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, não podem deixar de credenciar suficientemente a *obrigação para o trabalhador de se sujeitar*, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar – tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade – que ele *não representa um risco para terceiros*: por exemplo, para minimizar os riscos de acidentes de trabalho de que outros trabalhadores ou o público possam vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma actividade

---

a mão por julgar que esta estava possuída... Ele tinha deixado de tomar o seu fármaco antipsicótico há um ano e assegurou que a alucinação significava que estava possuído. Passmore tomou à letra o versículo que diz “se a tua mão direita te escandaliza, arranca-a e lança-a para longe”. Os seus colegas colocaram a mão num saco com gelo e conduziram-no ao hospital, onde, a princípio, ele aceitou a intervenção. Contudo, mesmo antes de entrar na sala de operações, mudou de opinião, e recusou a cirurgia. O Dr. Grenga consultou o juiz sobre a conduta a seguir, indicando-lhe este que Passmore parecia estar na posse das suas faculdades mentais e que, se lhe reimplantasse a mão, podia vir a ser processado por intervenção arbitrária, pelo que o médico se limitou a cozer a ferida. Posteriormente, em *Passmore versus Tad Grenga and Sentara Norfolk General Hospital*, o paciente demandou o médico alegando que este deveria ter-se dado conta de que estava a sofrer um episódio psicótico e deveria ter ignorado as suas ordens. O júri deliberou pela não procedência da acção, em que se solicitavam 3 milhões de dólares.

<sup>1356</sup> A saber, no Decreto-Lei n.º 26/94, de 1 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 7/95 (artigos 13º, 16º, 17º, 18º, 19º); entretanto entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 109/2000, de 30 de Junho, que alterou o Decreto-Lei n.º 26/94 e determinou a republicação em anexo do Decreto-Lei n.º 26/94, com as alterações então introduzidas e pelas decorrentes das Leis n.ºs 7/95 e 118/99 (de 11 de Agosto).

<sup>1357</sup> Publicado na *Revista do Ministério Público*, Ano 23, Out/Dez 02, n.º 92, pp. 117 e ss. com comentário de Carlos LOPES do REGO.

<sup>1358</sup> Carlos LOPES do REGO, “Comentário”, *Revista do Ministério Público*, 92, 2002, p.149.

perigosa; ou para *evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores ou para terceiros*, propiciadas pelo exercício da actividade profissional do trabalhador.”

Das palavras do Tribunal Constitucional parece resultar que não há uma proibição constitucional geral de levar a cabo, por exemplo, testes de saúde no quadro das relações laborais. Naturalmente que se impõe o respeito pelos critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, tendo em vista que esses testes terão em vista defender *outros trabalhadores* ou *terceiros* de perigo de contágio.

A possibilidade de estabelecimento de um exame de saúde com carácter obrigatório pode não apenas conflitar com o direito à protecção da vida privada (na medida em que postule um acesso a informações sobre o estado de saúde) mas também com a própria liberdade geral de actuação. O art. 26º, n.º 1, da CRP consagra expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, “englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”<sup>1359</sup>, o que implica o reconhecimento da liberdade geral de acção, sendo certo que, nesta sua dimensão, o “direito ao desenvolvimento da personalidade não protege, nomeadamente, apenas a liberdade de actuação, mas igualmente a liberdade de não actuar (não tutela, neste sentido, apenas a actividade, mas igualmente a passividade, com uma garantia não unidimensional de actuação, mas pluridimensional, de liberdade de comportamento, enquanto decorrente da ideia de desenvolvimento da Personalidade”<sup>1360</sup>. O legislador encontra-se excepcionalmente autorizado a, relativamente a certos direitos, estabelecer “restrições justificadas pela protecção legislativa dos indivíduos contra si próprios”, tratando-se “em regra, de proteger a integridade física (saúde) ou o património da própria pessoa”.<sup>1361 1362</sup>

Do que vai dito resulta que, no ordenamento jurídico português, o facto de o cidadão vestir a pele de trabalhador pode implicar alguma limitação nos seus direitos fundamentais, nomeadamente à intimidade e à integridade física e moral, quando se tenha

---

<sup>1359</sup> Acórdão n.º 288/98, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 40º vol., p. 61. Sobre a necessidade de proteger o direito à intimidade da vida privada e familiar no âmbito das informações de saúde *vide* o Ac. Tribunal Constitucional n.º 306/03.

<sup>1360</sup> Paulo MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, *Portugal – Brasil*, Ano 2000, pp. 149 ss.

<sup>1361</sup> VIEIRA de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 309-310.

<sup>1362</sup> Cfr. tb. o Decreto-Lei n.º 345/99, de 27 de Agosto, que prevê (artigos 5º e 7º) a realização de exames de avaliação médico-desportiva que são obrigatórios para os praticantes desportivos, árbitros, juizes e cronometristas filiados, ou que se pretendam filiar, em federações dotadas de utilidade pública desportiva. *Vide*, a propósito o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de 15-11-2001.

em vista salvaguardar interesses superiores de terceiros ou mesmo a saúde do próprio trabalhador, tal como se encontra estabelecido aliás no art. 19.º do Código do Trabalho.

## § 65. Direito Processual

### 1. Exames médicos em Processo Penal

A colheita compulsiva de amostras corporais põe em causa o direito à integridade física, o direito à reserva da intimidade e o privilégio de não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum procedere*)<sup>1363</sup>. Por outro lado, existem os interesses públicos do processo penal da descoberta da verdade material e da realização da justiça.

A nível europeu, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem<sup>1364</sup> admitiu, em 1979, que uma intervenção tão simples como um exame hematológico não é uma ingerência proibida pela CEDH. A *Recomendação 1 (1992) sobre o uso de análises de DNA no âmbito do sistema penal de justiça* (adoptada pelo Comité de Ministros a 10 de Fevereiro de 1992) aceitou que a colheita de amostras de DNA apenas deveria ser realizada em circunstâncias previstas na lei interna e, em alguns Estados, deve-se exigir uma autorização judicial específica para a levar a cabo. Quando a lei interna admita que as amostras sejam colhidas sem o consentimento do sujeito, essa colheita deve ser realizada apenas se as circunstâncias do caso justificam essa acção.

Em Portugal, o art. 172 do CPP e o art. 43º da Lei de organização dos serviços médico-legais (Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro) afirmam a possibilidade de se realizarem exames corporais sem o consentimento do sujeito.<sup>1365</sup> Contudo, também aqui vale o princípio da proporcionalidade e da adequação, pelo que essa colheita só deve ser realizada se as circunstâncias do caso justificarem essa medida; só deve ser ordenada se forem consideradas importantes para a descoberta da verdade; a execução desses exames não deve causar qualquer risco para o sujeito. Para além disso, deve ser realizado por enfermeiros ou, nos casos mas íntimos por um médico e deve ser sempre garantida a dignidade do examinado.

---

<sup>1363</sup> Cfr. CHÓCLAN MONTALVO, “Perícia genética y proceso penal”, *Rev Der Gen H* 9/1998, p. 76. Sobre este princípio, *vide* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 136 e ss.

<sup>1364</sup> Decisão n.º 8278, de 13 de Outubro de 1979, da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>1365</sup> Prescreve o art. 43º do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro: “Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este for necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei do processo.”



Entende-se, pois, que os bens e valores juridicamente tutelados pelo direito penal justificam, em regra, a restrição da liberdade e da integridade física e moral das pessoas eventualmente envolvidas como agentes ou vítimas de um determinado crime.<sup>1366</sup>

## 2. Testes de alcoolemia

O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela não inconstitucionalidade dos testes de alcoolemia (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 319/95).<sup>1367</sup> Segundo o tribunal, “o direito à reserva da intimidade da vida privada – que é o direito de cada um ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias, o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular – acaba, naturalmente, por ser atingido pelo exame em causa. No entanto a norma *sub judicio* não viola o art. 26º, n.º 1 da Constituição, que o consagra.”

O Tribunal Constitucional justifica esta decisão afirmando que “não se trata, com o teste da pesquisa de álcool, de devassar os hábitos do condutor no tocante à ingestão de bebidas alcoólicas, sim e tão-só (recorda-se) de *recolher prova perecível* e de *prevenir a violação de bens jurídicos valiosos* (entre outros, a vida e a integridade física), que uma condução sob a influência do álcool pode causar – o que, há-de convir-se, tem relevo bastante para justificar, constitucionalmente, esta constrição do direito à intimidade do condutor.”<sup>1368</sup>

---

<sup>1366</sup> A nível de direito comparado, temos vários modelos. No Reino Unido admite-se que a própria polícia possa colher uma amostra de fluidos íntimos, não carecendo para tanto do consentimento do sujeito, nem de autorização judicial (Cfr. *Criminal Justice and Public Order Act. 1994*, de 3 de Novembro, que modifica algumas regras do *Police and Criminal Evidence Act 1984* (regula a colheita de amostras corporais íntimas). Por outro lado, encontramos vários países em que se estabelece o *modelo judicial*. Por exemplo, nos Países Baixos, o juiz pode ordenar que se colha uma amostra de sangue (ou outros fluidos ou pelos) de um suspeito de *crime grave* (punível com pena superior a 8 anos de prisão, ou outros crimes graves) para se realizarem exames de ADN. Para além disso, é possível recorrer à força para executar essa colheita, excepto se se verificarem razões médicas que o impeçam [cfr. a Lei 596 de 8 de Novembro de 1993, que complementa o Código de Processo Penal]. Regime muito semelhante vigora também na Alemanha e no Canadá. Num terceiro grupo, encontramos aqueles ordenamentos jurídicos em que não se autoriza a imposição *manu militari* da prova biológica, em caso de recusa injustificada do demandado, estabelecendo-se, todavia, consequências desfavoráveis como a imposição de uma multa ou a condenação no crime e desobediência. Assim, em Espanha, “la opinión científica dominante, y la jurisprudencia de forma absolutamente mayoritaria, consideran que no puede imponerse al sospechoso la prueba biológica por la fuerza.” - afirma CHOCLÁN MONTALVO, “Pericia Genética y Proceso penal”, *cit.*, p. 81. Para mais desenvolvimentos, cfr. tb. ETXEBERRIA GURIDI, “Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la Ordenanza Penal de 17 de Marzo de 1997”, *Rev Der Gen H* 9/1998 e 10/1999, pp. 65-90.

<sup>1367</sup> *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 31º Vol., p. 501. O Tribunal Constitucional espanhol também tem afirmado que, dentro de certas condições os testes de alcoolemia não violam a Constituição: *Decisão do Tribunal Constitucional*, Pleno. N.º 234/1997 de 18-12; *Decisão do Tribunal Constitucional*, n.º 161/1997, de 2-10; *Decisão do Tribunal Constitucional*, 252/1994, de 19 de Setembro. Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA/ DE LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I.

<sup>1368</sup> Quanto ao complexo regime dos *testes de alcoolemia e de estupefacientes no direito estradal*, vide, numa perspectiva crítica, VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 327 e ss. O Autor entende que - embora haja o dever de todos os condutores e demais utentes da via pública se submeterem a provas de detecção da influência do álcool ou de substâncias psicotrópicas (art. 158º, n.º 1 als. a) e b)) – o sujeito *pode recusar-se*. A intervenção compulsiva (mesmo judicialmente autorizada) não parece ser justificada, visto que a lei dispõe de vários meios

### 3. Exames médicos em Processo Civil (*maxime* nas acções de filiação)

Com a Reforma de 1977 o legislador fez questão de referir os meios de prova científica e dar-lhes o relevo que desconheciam até aí.<sup>1369</sup> Segundo o art. 1801.º CC: “Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”.

De acordo com o art. 519º CPC, há um *dever de colaboração processual para a descoberta da verdade*. Assim, o réu numa acção de filiação tem o dever jurídico de realizar testes hematológicos ou exames genéticos.<sup>1370 1371</sup> A nossa jurisprudência (dominante) não admite, porém, que – em Processo Civil – se possa *forçar* o sujeito a realizar exames médicos, embora alguma jurisprudência tenha ido mais longe e considerou ser legítima a execução compulsiva da decisão de submeter os investigados aos exames hematológicos (comparecerem sob custódia e serem forçados à colheita).<sup>1372</sup>

As hipóteses que vêm sendo apontadas passam por uma condenação em multa ou a *livre apreciação da conduta para efeitos probatórios*.<sup>1373</sup> Outros consideraram mesmo a

de garantir a protecção dos bens jurídicos envolvidos, *maxime* a cominação por crime de desobediência (art. 158º, n.º 3 do Código da Estrada) e o crime de condução perigosa de veículo rodoviário (art. 291º CP).

<sup>1369</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “A lei e o laboratório”, *Temas de Direito da Família*, p. 51.

<sup>1370</sup> Sobre as vantagens do recurso aos exames laboratoriais para a descoberta da verdade nas acções de filiação e a ‘receptividade’ demonstrada pelo art. 1801º CC, cfr. Guilherme de OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação...*, pp. 15 a 20; Idem, *A lei e o laboratório...*; Idem, *Critério Jurídico da Paternidade*, pp. 323 ss.

<sup>1371</sup> Na interpretação de VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 350., o art. 519º, na sua redacção actual, deixou de reconhecer a recusa da colaboração como *ilícita*, quando a pretensão importe a violação da integridade física ou moral das pessoas.

<sup>1372</sup> O direito alemão reconhece expressamente a faculdade de compelir pela força física o renitente a apresentar-se no laboratório para efeitos das colheitas necessárias (§ 372 a) (2) ZPO). É esse o regime também no direito canadiano.

<sup>1373</sup> Por exemplo, veja-se, recentemente, o *Acórdão da Relação de Coimbra*, de 22-1-2002, (CJ, 2002, Tomo I, pp. 18-21) veio considerar que “não é legalmente possível obrigar o investigado a colaborar na realização do exame hematológico com vista à prova da paternidade, mas, se aquele se recusar a tal exame, o valor da sua recusa deve ser apreciado livremente pelo tribunal para efeitos probatórios.” No mesmo sentido Guilherme de OLIVEIRA, “A lei e o laboratório”, *cit.*, p. 62, afirma: “ao menos que os tribunais tendam a fundar nas recusas consequências probatórias desfavoráveis, e assim criem uma garantia suplementar da obrigação de cooperar para a descoberta da verdade.” E mais adiante (p. 66) conclui: “No momento em que se puder dizer que um réu, no nosso país, tem uma real facilidade de obter uma perícia de exclusão da paternidade, será altura de pensar em fazer valer entre nós um regime legal como o que vigora na R.F.A.”

É esta também a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol: *Auto do Tribunal Constitucional 131/1989, de 19 de Julho*: “a valoração da recusa do interessado em submeter-se às provas biológicas acordadas judicialmente em conjunto com o resto dos elementos factuais acreditados ao longo do procedimento, constitui base suficiente para que o Tribunal estabeleça o nexo causal preciso para chegar a uma conclusão sobre a filiação reclamada, sem que tal actividade judicial seja arbitrária. *Auto do Tribunal Constitucional espanhol, Sala 1ª, n.º 276/1996 de 2-10*: a recusa a submeter-se a provas biológicas não implica *facta confessio*, mas quando o tribunal realiza uma valoração ponderada e proporcionada das circunstâncias e interesses do caso, incluindo a recusa da prática de provas biológicas de investigação da paternidade, e não se funda a recusa na violação do direito à intimidade nem em perigo para a saúde. Cfr., também, a *Decisão do Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de Janeiro*.

No Brasil, o Pleno do *Supremo Tribunal Federal* (10-11-94) decidiu, por maioria de votos, que ninguém pode ser obrigado, sem o seu expresso consentimento, a submeter-se a exame pericial com a finalidade de

possibilidade de inversão do ónus da prova, nos termos preconizados pelo art. 344º, n.º2 do Código Civil, antecipando a actual redacção do art. 519º.<sup>1374</sup>

O Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 616/98)<sup>1375</sup> considerou que, embora se devesse concluir que, nas acções de investigação da paternidade, existia um constrangimento do réu a submeter-se aos exames de sangue, tendo em conta os efeitos processuais de uma eventual recusa, mesmo assim tal constrangimento deveria ser tido como constitucionalmente admissível, quando confrontado e balanceado com todos os outros direitos fundamentais em presença.<sup>1376</sup>

De todo o modo, no plano substantivo, o legislador modificou o direito relativo ao estabelecimento da filiação. Agora *presume-se a paternidade* desde que se prove que “...o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção”.<sup>1377</sup> Provado um dos factos indicados no n.º1 do art. 1871º do Código Civil, a lei inverte o ónus da prova; dá como provada a filiação biológica e é ao réu que compete ilidir a presunção legal.<sup>1378 1379</sup>

Assim, *Brevitatis causa*, o direito processual civil português não admite que o réu seja forçado *manu militari* a realizar exames hematológicos ou de ADN. Porém, pode-se afirmar que a tendência da jurisprudência é a de penalizar os réus que se não apresentam aos exames que forem requeridos e que, após a referida revisão do direito substantivo, serão os próprios ‘presumidos pais’ que terão interesse em fazer a prova negativa.

---

estabelecimento da paternidade biológica, em acção investigatória. Cfr., com análise crítica, Maria BODIN DE MORAES, “Recusa à realização do exame de ADN na investigação de paternidade e direitos de personalidade”, in VICENTE BARRETE (Org.), *A nova Família: problemas e perspectivas*, Renovar, pp. 169-194. A Autora afirma (p. 194): “O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjectivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade.”

<sup>1374</sup> Cfr. VAZ RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 336 e ss., com extensas indicações jurisprudenciais.

<sup>1375</sup> *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 41º vol., pp. 263 ss.

<sup>1376</sup> Recentemente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se no sentido de exortar um Estado membro a autorizar exames ao sangue em acção de filiação, fundamentado no direito a conhecer a família.

<sup>1377</sup> Art. 1871º, n.1, al. e) (na redacção da Lei n.º 21/98 de 12 de Maio).

<sup>1378</sup> Cfr. LEITE de CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, p. 361. Mas, se houver dúvidas sérias sobre a paternidade presumida (n.º2 do art. 1871º), o investigador vê recair sobre si o ónus da prova, devendo provar o facto constitutivo do seu direito sem o apoio da presunção indicada.

<sup>1379</sup> Inclusive a jurisprudência (Acórdão do STJ de 28-5-2002, *CJ-STJ* II (2002), pp.92-93 e Acórdão da Relação de Coimbra, de 22-1-2002, *CJ*, I (2002), pp. 18-19) está a aplicar este regime *com efeitos retroactivos*, o que poderá por em causa o princípio do contraditório e o direito a uma defesa equitativa.

## § 66. Doação *post-mortem* de órgãos ou tecidos para fins de transplantação

### 1. A Doação *post mortem* como elemento de um processo de tratamento de centenas de concidadãos

A medicina transplantacional é uma maravilhosa realidade em Portugal.<sup>1380</sup>

**Estatísticas de Transplantação em Portugal – Evolução de 1994-2001**

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Rim	341	361	402	385	309	367	359	359
Fígado	34	67	127	143	133	159	162	184
Coração	8	8	9	6	8	12	15	17
Medula	82	135	180	216	243	230	236	257
Córnea	286	300	375	397	373	369	413	501
Outros órgãos				2	1		3	5

Símbolo da mais elevada solidariedade humana, a transplantação de órgãos e tecidos tem contribuído para salvar centenas de vidas e conceder novas e prolongadas esperanças a milhares de pessoas e de famílias.

No plano jurídico, tendo em conta que Portugal ratificou a CEDHBio<sup>1381</sup>, a análise do direito nacional deve partir do Capítulo VI da Convenção relativo ao transplante de órgãos e tecidos entre seres humanos e o Capítulo VII que contém a proibição de qualquer lucro financeiro proveniente da disposição do corpo humano.

O art. 19º da Convenção analisa-se em três princípios: (1) o princípio da *ultima ratio* da medicina transplantacional; (2) o princípio do benefício terapêutico do receptor; e (3) o princípio da subsidiariedade do transplante entre vivos face ao transplante com base em colheita de órgãos em pessoas falecidas. Para além desses, os princípios fundamentais do regime legal das transplantações são a *confidencialidade* (art. 4º) e a *gratuidade* (art. 5º).<sup>1382</sup>

<sup>1380</sup> Para mais informações, vide [www.opt.min-saude.pt](http://www.opt.min-saude.pt)

<sup>1381</sup> O *corpus* normativo internacional em matéria de transplantações de órgãos e tecidos é já bastante denso. A Organização Mundial de Saúde produziu os "Principles Directeurs sur la Transplantation d'Organes Humains" (cfr. *Journal de Médecine légale - Droit Médicale*, 1991, pp. 508-514). Ao nível do Conselho da Europa, encontramos a Resolução nº78 (1978) e a Resolução nº79 (1979). A CEDHBio regula sumariamente a transplantação entre vivos e está também já em fase de assinatura e ratificação o *Protocolo Adicional à CEDHBio sobre Transplantações*. Portugal já assinou este Protocolo, mas ainda não o ratificou.

<sup>1382</sup> É hoje muito debatida a hipótese de se admitir o *tráfico controlado* de órgãos. Vide, para uma defesa dessa tese Michael GILL/ Robert SADE, "Paying for Kidneys: The Case against Prohibition", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number I, March 2002, pp. 17-54 e a resposta de Cynthia COHEN, "Public Policy and the Sale of Human Organs", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number I, March 2002, pp. 47-67. A doutrina dominante nega essa possibilidade. Já ULPNIANUS (D., 9, 2, 3) escrevia: *dominus membrorum suorum nemop videtur*, de onde resultou o adágio *Liber homo non recipit aestimationem*. Ao nível da regulamentação internacional sobre a matéria, os princípios enunciados pela Organização Mundial de Saúde, (Resolução da OMS WHA 40.13, Maio de 1987, e WHA 44.25, 13 de Maio de 1991 e Resolução da OMS WHA 42.5, Maio de 1989, condenando a comercialização e a venda de órgãos de origem humana defendem a gratuidade da transplantação de órgãos. O princípio 5 afirma: "The human body and its parts cannot be the subject of commercial transactions. Accordingly, giving or receiving payment (including any other compensation or reward) for organs should be prohibited." Os princípios seguintes desenvolvem esta doutrina: 6 – *Advertising the need for or availability*

## 2. O modelo da oposição ou dissentimento – sua conformidade com a Constituição

O legislador português, no que diz respeito à Colheita em Cadáveres, optou pelo *modelo da oposição ou dissentimento (opting-out system - “enge Widerspruchs-lösung”)*. "Trata-se de um modelo em que se reconhece o direito de deduzir oposição a colheitas de órgãos e tecidos. A oposição do defunto não pode ser superada quer pelo consentimento dos familiares quer por decisão de qualquer órgão público". Por outro lado, *não se reconhece aos familiares qualquer direito de oposição, no caso de silêncio do de cujus*.<sup>1383</sup>

---

*of organs, with a view to offering or seeking payment, should be prohibited. 7 – It should be prohibited for physicians and other health professionals to engage in organ transplantation procedures if they have reason to believe that the organs concerned have been the subjects of commercial transactions. 8 – It should be prohibited for any person or facility involved in organ transplantation procedures to receive any payment that exceeds a justifiable fee for the services rendered. Finalmente, o princípio 9 apela aos princípios fundamentais da igualdade, da justiça distributiva e da equidade: 9 – In the light of the principle of distributive justice and equity, donated organs should be made available to patients on the basis of medical need and not on the basis of financial or other consideration.*

O CNECV (2/CNE/92) defende a proibição do tráfico (directo ou indirecto) de órgãos e tecidos. Admite, contudo, a compensação por danos resultantes da doação. No mesmo sentido se pronunciou a Comissão sueca sobre transplantação (*The Swedish Committee on Transplantation*, Stockholm, 1989). A *Resolução (78) 29* do Conselho da Europa e a CEDHBio (art. 20) proíbem lucros provenientes dos produtos biológicos humanos. A *Resolução A3-0074/93, 14–9-1993*, do Parlamento Europeu, bem como o Protocolo sobre Transplantações de órgãos e tecidos humanos (art. 21) e o recente documento da Associação Médica Mundial (*Statement on Human Organ & Tissue Donation and Transplantation*, adoptado pela 52ª Assembleia Geral da AMM em Edimburgo, Escócia, Outubro de 2000) também proíbem o tráfico de órgãos.

As teses 'libertárias' afirmam que a venda de órgãos é uma escolha universal. Solução contrária constitui uma forma serôdia de paternalismo em que o Estado decide o que as pessoas podem fazer com os seus próprios corpos. Esta definição de autonomia tem a sua raiz numa certa tradição liberal ocidental, segundo a qual o respeito pela escolha individual é a única e última determinante das acções individuais. O argumento da livre escolha encontra-se por exemplo na concepção de ENGLEHARDT de autonomia, na qual esta tem apenas o sentido de permissão. O princípio da permissão [*the principle of permission*, Tristram ENGLEHARDT, *The Foundations of Bioethics*, 1986.] permite às pessoas fazer consigo mesmas o que quiserem. Todavia, a proibição da venda de órgãos compatibiliza-se com a ideia de autonomia individual. Neste sentido também o Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique, *Avis n.º 11 du 20 décembre 1999 relatif au prélèvement d'organes et de tissus chez des sujets sains vivants en vue de transplantation*, "Autoriser un marché des organes et tissus ramène le droit d'exister à une évaluation vénale de la valeur des personnes, contre l'affirmation de leur autonomie et de leur dignité intrinsèques." O Relatório de Belmont dos anos 70 conduz a uma definição de autonomia que inclui o respeito pelas pessoas, reconhecendo que as pessoas com autonomia diminuída têm direito a protecção. Por outro lado, os princípios de *Georgetown* também reconhecem as dificuldades de as pessoas autónomas se governarem quando estão sujeitas a constrangimentos, incluindo condições de vida que restringem opções. Em terceiro lugar, os princípios Kemp (Kemp principles) criados no contexto europeu nos anos 90, apontam para a falta de autonomia moral (lack of moral autonomy), quando se lida com grupos que não gozam do princípio da livre escolha, sustentando a ideia de que a autonomia deve estar correlacionada com os princípios da dignidade, integridade e vulnerabilidade e também da solidariedade, responsabilidade e justiça. A compreensão da autonomia associada à justiça é extremamente importante no domínio da bioética. Esta relação entre a autonomia e a justiça está presente no relatório Belmont, nos princípios de *Georgetown* e nos princípios Kemp. [Cfr. Erling HOG, *Living Organ Vendors in Brazil: Autonomy, Exploitation, and Human Rights*, Faculty of Law - Centre for Human Rights - University of Coimbra - Portugal, 2001, polic., p. 24]

<sup>1383</sup> Cfr. João LOUREIRO, "Transplantações: um olhar constitucional", *Transplantações - Colóquio Interdisciplinar*, Publicações do Centro de Direito Biomédico – n.º 3, Coimbra, 1993, p. 35 e 36. Desenvolvidamente, também, Paula FARIA, *Aspectos Jurídico-Penais...*, p. 192 e ss.

Esta solução está de acordo com a solução preconizada pelo Conselho da Europa e pelo Parlamento Europeu.<sup>1384</sup> Representa, porém, a sua versão mais radical, visto que a única objecção possível é a que consta do RENNDA, não podendo a família opor-se à colheita do órgão.

A falta de oposição equivale, portanto, à possibilidade de colheita de órgãos e tecidos (embora, com limites impostos pela dignidade humana que veda a possibilidade de um cadáver ser visto apenas como um simples banco de órgãos). A oposição deverá ser feita no *Registo Nacional de Não Dadores* (RENNDA).<sup>1385</sup>

Para Nuno Oliveira “a norma ínsita no art. 10º da Lei n.º12/93, de 22 de Abril, *deve considerar-se como materialmente inconstitucional por não exigir, como condição da colheita de órgãos em cadáver, a informação específica e individualizada do dador.*” Esta norma estabelece que qualquer cidadão português, apátrida ou estrangeiro legalmente a residir em Portugal é um potencial dador *post-mortem*, desde que não declare no RENNDA a sua vontade de não ser dador. A norma não assegura que o dador estava devidamente informado acerca do regime jurídico vigente, e consequentemente pode vir a ser declarado dador contra a sua vontade.<sup>1386</sup>

Efectivamente, este modelo tem vindo a ser fortemente combatido por alguma doutrina. Orlando de Carvalho mostra-se claramente favorável a que quando o próprio não tenha dado o seu consentimento em vida, possam os seus próximos, sobretudo “os que amaram o morto”, “*ex jure amoris*” portanto, a prestar essa autorização.<sup>1387</sup> Faria Costa, entre outros argumentos, aventa mesmo a hipótese de tal modelo violar o direito fundamental à *liberdade de consciência* (art. 41º CRP). Pois, na verdade, ao criar-se um registo de não dadores o Estado está indirectamente a perguntar sobre as íntimas convicções dos cidadãos. Nas

---

<sup>1384</sup> Cfr. a *Resolução (78) 29*, do Conselho da Europa. O Parlamento Europeu também recomendou o modelo ‘no-objection’ - *Resolução n. C 127/71* (JOCE, 21 Maio 1979): “*The European Parliament (...) points out that only the ‘no objection’ formula can best meet the needs of recipients; advocates strongly the adoption of the ‘no objection’ formula, on condition that where such a system is introduced in a Member State, the best possible guarantee is provided that individual’s wishes will be respected...*”

<sup>1385</sup> O RENNDA está regulado pelo Decreto-Lei nº 244/94, de 26 de Setembro.

O processo de certificação da morte está devidamente regulamentado. A Lei nº 141/99, de 28 de Agosto, determina que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral. A lei (art. 3º, nº 2 da Lei 141/99, e artigo 12º, nº 1 da Lei 12/93) remete a fixação dos critérios de verificação da morte cerebral para a Ordem dos Médicos, ouvido o Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida. Nestes termos a Ordem dos Médicos emitiu a *Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994*. De acordo com o artigo 13º da Lei 12/93 o momento do óbito deverá constar de auto, lavrado em duplicado pela equipa médica encarregada da recolha, assinado por estes e pelo director clínico do estabelecimento, e que, a par de outros elementos, deverá fazer menção da identidade do falecido e do dia e hora da ocorrência da morte. Não podem fazer parte desta equipa médicos que intervenham na realização do transplante.

<sup>1386</sup> Nuno OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade...*, 2002, pp. 233. Afirmada a inconstitucionalidade surge uma lacuna no sistema jurídico, que se deve integrar por intermédio da única solução não restritiva dos direitos individuais: a solução do consentimento estritamente pessoal.

<sup>1387</sup> Orlando de CARVALHO, “Transplantações e direitos das pessoas”, *in Transplantações...*, 1993, Centro de Direito Biomédico, p. 145.

palavras do Autor: "Temos que admitir, legitimamente, e por isso esta situação deve ser juridicamente protegida, que pode haver pessoas que não queiram ser dadoras *post mortem* mas que, por pudor ou por qualquer outra razão íntima, se inibam de levar o seu nome a um tal registo. Note-se que só o facto de existir esse banco de não dadores e uma legislação consagrada da "solução do dissentimento" faz com que o silêncio tenha consequências jurídicas. logo, em boa fé, parece-nos, em não menos bom argumento jurídico, poder-se-á avançar com a ideia de que todos estamos a ser perguntados sobre uma convicção quando do nosso silêncio se retira um gravíssimo efeito jurídico, qual seja: a justificação para a recolha de órgãos e tecidos."<sup>1388</sup>

A doutrina dominante, todavia, admite a constitucionalidade deste regime.<sup>1389</sup> Por um lado, o Tribunal Constitucional considerou que não há um direito fundamental de dispor do seu corpo, nem os familiares têm o direito de opor à vontade (expressa ou meramente presumida) do defunto.<sup>1390</sup>

Assim, a nossa Constituição "não impõe nenhuma solução concreta em termos de procedimentos destinados a garantir a vontade do *de cuius*"<sup>1391</sup>. O mais importante é que, uma vez adoptado o modelo do dissentimento se crie um sistema procedimental que garanta o respeito pela vontade dos não-dadores.<sup>1392</sup>

### 3. Normas inconstitucionais

Outras normas, porém, poderão estar feridas de inconstitucionalidade. Por um lado, o art. 13º, n.º 6 da Lei 12/93 prevê que quando o corpo não é identificável, se presume que se trata de um dador, embora a pessoa possa estar inscrita no RENNDA. Prescreve essa norma: "Quando não tiver sido possível identificar o cadáver, presume-se a não oposição à dádiva se outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais."<sup>1393</sup> Trata-se,

<sup>1388</sup> FARIA COSTA, "O Valor do Silêncio...", *cit.*, p. 129 e ss.

<sup>1389</sup> Paula FARIA, *Aspectos...*, p. 234; João LOUREIRO, "Transplantações", *cit.*, p. 26, com críticas relativamente a aspectos processuais da lei anterior. No mesmo sentido o Parecer do Provedor de Justiça de 23 de Outubro de 1990. No plano da bioética, *vide* Jorge BISCAIA, "Consentimento", *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Univeridade Católica Editora, 2003, p. 100.

<sup>1390</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 130/88, de 8 de Junho, *BMJ*, n. 378 (Jul. de 1988), p. 158. Paula FARIA, *ob Cit.*, p. 234, entende "ser de consagrar legislativamente a solução da oposição". E quanto à conformidade com o referido preceito constitucional, defende que nem todas as posições em matéria de transplantes sejam susceptíveis de ser caracterizadas como convicções, logo eventualmente protegidas pelo art. 41º. Já se se verificar um carácter de tal forma vinculante, sugere a adopção da solução escandinava, onde não é permitida a recolha se, independentemente de uma manifestação em vida (entre nós junto do RENNDA), "esta se mostrar incompatível com as convicções do dador, ou, em certos casos, dos próprios familiares."

<sup>1391</sup> João LOUREIRO, "Transplantações...", *cit.*, p. 43

<sup>1392</sup> Paula FARIA, *Aspectos...*, pp. 192 ss.

<sup>1393</sup> Nuno OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade...*, pp. 234. Muito crítico face a este regime, já FARIA COSTA, "O Valor do Silêncio...", 1993, p. 131, CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 191 e SINDE

efectivamente, de uma norma verdadeiramente *sinistra*. É mais uma manifestação da "obstinação terapêutica" das sociedades modernas, que leva a que se admita a colheita de órgãos, mesmo quando a pessoa tinha manifestado (de acordo com os trâmites legais) o seu desejo de não ser doador; mas porque por qualquer motivo ficou desfigurado, o Estado atribui-se o direito de violar as suas convicções mais profundas!

Por outro lado, o art. 3º, n.º4 do Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro, estabelece que a declaração de não-dador apenas produz efeitos 4 dias após ter sido recebida.<sup>1394</sup> Efectivamente, estas normas podem violar claramente a vontade das pessoas que se recusaram a ser dadores *post-mortem*, violando, assim, os princípios da *igualdade* e da *proporcionalidade*.<sup>1395</sup>

De facto, é lamentável que o Estado português apenas em 1994 tenha cumprido a sua obrigação de realizar uma campanha de informação pública. Desde então, o número de pessoas que se opõe à colheita *post-mortem* tem vindo a reduzir-se de ano para ano. É esta a evolução do registo de não dadores: em 1994, registaram-se 23 778 inscrições como não-dadores. Em 1995 o número diminuiu para 10 870. Em 1996 houve apenas 947 declarações; em 1998, 490 e em 1999 uns meros 185...<sup>1396</sup>

#### 4. Sanções pela colheita ilegal em cadáveres

No caso de colheita ilegal em cadáveres, a lei anterior previa um crime de colheita de órgãos contra a vontade do defunto. O projecto-lei também continha disposições penais relacionadas com esta questão, mas não foram vertidas na lei.<sup>1397</sup>

MONTEIRO/ André DIAS PEREIRA, "Landesbericht Portugal", in TAUPITZ, *Zivilrechtliche...*, cit., 2000, p. 839, nota 91.

<sup>1394</sup> O CNECV recomendou (5/CNE/93), pelo contrário, que a inscrição só produzisse efeitos após a recepção pelo cidadão do cartão de não-dador!

<sup>1395</sup> Nuno OLIVEIRA, *O Direito geral de Personalidade...*, p. 234 e ss.

<sup>1396</sup> Cfr. Nuno OLIVEIRA, *O Direito geral de Personalidade...*, p. 227. A meu ver, estes números revelam que, ou a esmagadora maioria da população portuguesa é vivamente favorável à doação *post-mortem*, ou a população não está minimamente informada do regime jurídico.

<sup>1397</sup> Paula FARIA, *Aspectos...*, pp. 121-140. Tem sido colocada a hipótese de a realização de uma colheita de órgãos em cadáveres (com fins de transplantação) se subsumir no crime de *dano* ou no *crime de profanação de cadáver*. Todavia, tendo em conta que o corpo humano e o cadáver são *res extra commercium*, seria contra a dignidade humana inserir esta conduta nos tipos legais de crime de dano ou furto, uma vez que se tratam de crimes contra a propriedade. Paula FARIA, *Aspectos...*, pp. 127 e ss., COSTA ANDRADE, *Comentário...*, II, p. 214 e DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário...*, II, p. 656. defendem que o art. 226º CP (*Profanação de cadáver*) apenas visa proteger a *pietas*. Assim, a colheita de órgãos com finalidade médica está fora do âmbito de protecção deste crime.

Recentemente, o Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho, prevê no artigo 20º as seguintes incriminações: "1- Quem, para os fins previstos no artigo 1º (fins de ensino e de investigação científica), comercializar cadáver ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgãos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos. 2 - A pena referida no número anterior é agravada nos seus limites mínimo e máximo em um terço, sempre que a dissecação de cadáver ou partes dele e a extracção de peças, tecidos ou órgãos seja efectuada em pessoa que tenha manifestado em vida a sua oposição nos termos do artigo 5º". Se bem interpretamos este



No plano juscivilístico já a resposta será diferente. A nossa lei, na opinião de Capelo de Sousa, estabelece uma permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte, ao preceituar no art. 71º, n.º 1, CC que "os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular". "O nosso legislador quis proteger individualmente as pessoas já falecidas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à respectiva personalidade física ou moral que existia em vida e que permaneça após a morte, assim se podendo falar de uma tutela geral da personalidade do defunto"<sup>1398</sup>, conferindo legitimidade para exercer esses direitos ao cônjuge sobrevivente ou a qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido (art. 72º, n.º 2).<sup>1399</sup>

A tutela da personalidade do defunto abrange, para além do recurso às providências adequadas às circunstâncias do caso para evitar a consumação da ofensa ou para atenuar os efeitos da ofensa já cometida, a possibilidade de responsabilidade civil.<sup>1400</sup> "A indemnização ou a compensação por perdas e danos é um modo igualmente possível e eficaz de tutela da personalidade do defunto, pois a indemnização ou a compensação dirige-se aqui ao dano ocasionado no *bem jurídico* constituído pela *personalidade física e moral do indivíduo*, perfeitamente enquadrável no art. 483º CC, pese embora a falta de personalidade do defunto."<sup>1401</sup> Assim, *prima facie*,<sup>1402</sup> verifica-se ilicitude no caso de haver recolha de órgãos

---

tipo legal de crime, apenas se cobrem os casos em que a dissecação de cadáver ou partes dele e a extracção de peças é comercializada com vista a fins de ensino e experimentação. Fica, ainda, fora da tutela penal a recolha de órgãos com fins de transplantação. Assim, não encontramos qualquer tipo legal de crime no caso de o médico realizar uma colheita de órgãos de um defunto que haja manifestado a sua oposição, quando tem por fim a transplantação. Este é de facto um *estranho 'silêncio'* – cfr. FARIA COSTA, "O Valor do Silêncio...", *cit.*, p. 132-134.

No dia 5 de Junho de 2002, o Partido Socialista apresentou um Projecto de Lei (n.º 49/IX) que visa criminalizar o tráfico de órgãos e tecidos humanos, bem como a publicidade desta actividade e o recrutamento de dadores.

<sup>1398</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p.193.

<sup>1399</sup> Segundo MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 203, esta norma visa tutelar direitos ou interesses das pessoas mencionadas no n.º 2 do art. 71º CC e não direitos do defunto, cuja personalidade cessou com a morte.

<sup>1400</sup> O ponto é, todavia, controverso, como nos dá conta CAPELO DE SOUSA, *DGP.*, p. 195.

<sup>1401</sup> CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 196.

<sup>1402</sup> Poderemos equacionar situações onde o *direito de necessidade* (art. 339º do Código Civil) justifique tal conduta. Na verdade, teremos de um lado da balança um direito de personalidade ao respeito pelo cadáver. Do outro a possibilidade de salvar uma vida ou contribuir para a melhoria substancial da saúde. Todavia, passar por cima de uma declaração com o significado simbólico de que a declaração de não dador se reveste seria de uma grosseria juridicamente difícil de defender. E mesmo aí, nos termos do n.º 2 do art. 339º, haverá a obrigação de indemnizar o lesado (indemnização por facto lícito). Todavia, como assinala João LOUREIRO, "Transplantações...", *cit.*, p. 34; o Decreto-Lei n.º 45638, de 25 de Abril de 1964, previa no art. 5º que não seria respeitada a proibição de aproveitamento de elementos do seu cadáver nos casos em que por disposição legal ou por despacho autorizativo do Ministério da Saúde existisse grave motivo de interesse público. Ora isto afigura-se, segundo o autor, *constitucionalmente inadmissível*. Na verdade (cfr. IDEM, *ibidem*, p. 34, em nota), a hipótese do estado de necessidade na maior parte dos casos, afigura-se desproporcionada, ao não passar no teste da exigibilidade ou da necessidade.

com fins de transplantação, quando o doador havia, nos termos da lei, manifestado a sua oposição.

Ora, em jeito de conclusão, é legítimo afirmar que o nosso modelo de transplantes *post-mortem* (o *modelo do dissentimento*), embora materialmente constitucional e medico-juridicamente recomendável,<sup>1403</sup> constitui uma *excepção* ao regime do consentimento livre e esclarecido. Na verdade, o Estado português tem informado muito pouco a população acerca do regime legal e, como Orlando de Carvalho bem ensina, não podemos aqui lançar mão do instituto do consentimento presumido,<sup>1404</sup> ou mais incisivamente com Faria Costa: “Nous sommes donc, dans ce context, non pas devant un consentement présumé, mais devant une fiction pure.”<sup>1405</sup>

### § 67. Utilização de cadáveres para fins de ensino e de investigação científica

O Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho, regula a colheita *post-mortem* de órgãos e tecidos para fins de ensino e investigação científica. Neste regime procuram compatibilizar-se dois interesses contrapostos. Por um lado, interesse em promover a investigação científica e em utilizar cadáveres para fins de ensino, que, mediatamente, vão reverter para a melhoria da prestação de cuidados de saúde da população em geral, visto que os médicos e os cirurgiões se encontrarão melhor preparados.<sup>1406</sup> Por outro lado, é absolutamente necessário defender a vontade que a pessoa manifestou em vida, garantir o respeito que é devido ao cadáver e os sentimentos dos familiares e amigos de veneração dentro da *praxis* cívica e religiosa da comunidade.

Os cidadãos nacionais, apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que venham a falecer no nosso país podem potencialmente ser sujeitos aos actos previstos na lei, salvo

<sup>1403</sup> Embora fosse preferível introduzir algumas modificações, no sentido de o aproximar do regime italiano. Este último é aliás o aconselhado pelo Grupo de Peritos do FALCONE PROJECT JHA/2001/FAL..., *Trade in Human Organs*. Cfr. tb. Nuno OLIVEIRA, *O Direito Geral...*, p. 229.

<sup>1404</sup> Orlando de CARVALHO, “Transplantações e direitos das pessoas”, *cit.*, p. 145. No mesmo sentido, cfr. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*<sup>5</sup>, p. 66.

<sup>1405</sup> FARIA COSTA, “À qui appartient le cadavre, quelques réflexions (in)opportunes”, *Le fait de l'analyse*, Outubro 1999, p. 149-150.

Para desenvolvimentos sobre esta matéria, *vide* ANGOITIA GOROSTIAGA, *Extracción y Transplante de Órganos e Tecidos Humanos (problemática Jurídica)*, Madrid, Marcial Pons, 1996 e Robert CARVAIS / Marilynne SASPORTES, *La greffe humaine (In)certitudes éthiques: du don de soi à la tolerance de l'autre*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

<sup>1406</sup> Afirma a exposição de motivos Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho: “A carência de material humano para fins de ensino e investigação constitui uma realidade preocupante cuja dimensão tem aumentado drasticamente ao longo das últimas décadas, com substanciais e inevitáveis reflexos negativos no processo das ciências da saúde e na formação dos profissionais desta área. A dissecação de cadáveres e a sua utilização para fins de ensino e de investigação científica assume efectivamente um papel essencial e insubstituível na didáctica das ciências da saúde, revestindo-se de incontestável importância no âmbito da formação geral e especializada dos profissionais de saúde e na evolução e conhecimento nesta área do saber.”

se tiverem manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição<sup>1407</sup>, ou, não existindo manifestação de oposição, se a tal não se opuserem as pessoas a quem, para tanto, é conferida legitimidade.

Com efeito, é permitida a dissecação de cadáveres, para fins de ensino e de investigação científica, quando a pessoa tenha *expressamente declarado* em vida a vontade de que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino e de investigação científica (art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho), ou quando a pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição e a entrega do corpo não seja, por qualquer forma, reclamada no prazo de vinte e quatro horas, após a tomada de conhecimento do óbito, pelas pessoas com legitimidade para tanto<sup>1408</sup> (art. 3.º, n.º2). Quanto à extracção de peças, tecidos ou órgãos, apenas a *expressa oposição em vida*, junto do Ministério da Saúde, exclui essa possibilidade (art. 3.º, n.º3).

Este regime distingue-se do da doação *mortis causa* de órgãos e tecidos, na medida em que admite a oposição de familiares, no prazo de 24 horas, e apenas para a dissecação do cadáver. Adota-se, pois, o sistema de *opting-out* mitigado.

Como se vê, o legislador realizou um juízo de perequação na ponderação dos equilíbrios de *concordância prática* que realiza. Na verdade, enquanto na doação de órgãos ou tecidos para fins de transplantação se encontra do outro lado da balança a possibilidade de salvar, de forma imediata, uma vida concreta – o que justifica uma forte restrição ao interesse jurídico de respeito pela vontade da pessoa, ao ponto de a única possibilidade de não ser considerado dador ser a sua inscrição no RENNDA – já no caso de dissecação de cadáveres ou extracção de peças ou tecidos para fins de ensino ou de investigação, os benefícios que daí derivam são de natureza *mediata* e não urgente, pelo que o legislador admitiu aqui a *reclamação do corpo* por parte do testamentário ou de familiares próximos.<sup>1409</sup>

Ainda assim, esta lei permite, em termos razoáveis, a utilização de cadáveres para fins de ensino e investigação.

Vesálio não teria sido perseguido se tivesse actuado ao abrigo de legislação como esta!

---

<sup>1407</sup> Essa oposição faz-se perante o RENNDA, em processo semelhante ao que vale para a rejeição da condição de dador de órgãos ou tecidos – cfr. art. 5.º do Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho.

<sup>1408</sup> Nos termos do art. 4.º, n.º1, têm legitimidade para reclamar o corpo: o testamentário, em cumprimento de disposição testamentária; o cônjuge sobrevivente ou pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges; os ascendentes, adoptantes ou adoptados e os parentes até ao 2.º grau da linha colateral.

<sup>1409</sup> Poder-se-á, eventualmente, criticar o prazo de reclamação, que se apresenta demasiado curto (24 horas). Neste sentido, Paulo MOTA PINTO, no seu ensino na Pós-graduação em Direito da Medicina, organizado pelo Centro de Direito Biomédico.



## RESULTADOS DA INVESTIGAÇÃO

### § 68. Resultados da investigação

Apresento, por fim, as grandes linhas conclusivas desta dissertação. Mais teses se afirmam, outros temas se desbravam, mas, procurando deixar uma síntese final, destaco os seguintes pontos:

1. O **direito ao consentimento livre e esclarecido** está consagrado no direito português. Com ampla expressão nos documentos internacionais, aos quais o Estado português se vinculou - destacando-se o PIDCP e a CEDH/Bio - a sua fundamentação jurídico-positiva encontra-se, desde logo, no plano constitucional (artigos 1.º, 25.º e 26.º), sendo devidamente densificado, no direito penal (artigos 156.º e 157.º CP), no direito civil (art. 70.º CC) e na legislação específica de direito da saúde. Por outro lado, entendo que a necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado é não apenas um *dever deontológico*, mas antes um verdadeiro elemento de *boa prática clínica*. Para a emergência deste novo direito, muito contribui a nova ética médica, que – abandonando o paternalismo clínico - encara a relação médico-paciente como uma *parceria de pessoas inteligentes e iguais* (Campbell).

No direito nacional, o acto médico pode ser executado em diferentes enquadramentos institucionais, a que correspondem diversas estruturas jurídicas: por vezes, insere-se no plano contratual; outras vezes, está sujeito às regras da responsabilidade delitual, quer de direito civil (artigos 483.º e ss.), quer da responsabilidade dos entes públicos (Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967). Mas esta diversidade não tem qualquer influência na necessidade de obter o consentimento informado do doente, antes da intervenção concreta.

2. Os **bens jurídicos** juscivilisticamente protegidos pelo consentimento informado são, para além do *direito de autodeterminação nos cuidados de saúde* (Guilherme de Oliveira), a *integridade física e moral* da pessoa humana. O direito civil pode, pois, fazer uma valoração autónoma, face ao direito penal, dos bens jurídicos a tutelar (Sinde Monteiro). Donde resulta, no plano da técnica jurídica, que se deve construir um *Tabestand* autónomo, especificamente civil, e que se fundamenta no art. 70.º, n.º1, e no art. 483.º, n.º1, primeira

parte (primeira modalidade de ilicitude). Serão assim ressarcíveis, não só os *danos não patrimoniais* causados pela violação do seu *direito à autodeterminação* e à *liberdade*, mas também por violação da sua *integridade física* (e, eventualmente, da *vida*) (art. 70.º), bem como os *danos patrimoniais* derivados do agravamento do estado de saúde (art. 483.º). Em tese é admissível a compensação por danos não patrimoniais, mesmo que a intervenção tenha sido benéfica para a saúde da pessoa e não tenha causado efeitos secundários, quando a intervenção não se funde num consentimento livre e esclarecido.

3. O consentimento informado para intervenções médicas insere-se no âmbito do *consentimento tolerante* (Orlando de Carvalho), sendo, no plano da natureza jurídica, uma *causa de justificação da ilicitude*, regulada pelo art. 340º e, subsidiariamente, pelo art. 81º. Esse consentimento deve, pois, respeitar a ordem pública e os bons costumes.

Este instituto deve ser caracterizado juridicamente como um *acto jurídico stricto sensu* (cujo regime jurídico está previsto no art. 295º CC) e dentro desta categoria insere-se nos *quase-negócios jurídicos* ou *actos jurídicos quase negociais*.

4. O consentimento para ser válido deverá ser prestado por uma pessoa capaz, com total liberdade (isto é, isenta de coacção) e devidamente esclarecida. Nestas acções, o *onus probandi* do cumprimento do dever de informar e do dever de obter o consentimento recai sobre o réu.

Os argumentos que vêm sendo aduzidos neste sentido prendem-se com razões de teoria processual e outros de natureza substancial. Quanto aos primeiros, invoca-se o princípio de igualdade de armas (“*Waffengleichheit im Prozess*”) ou uma igualdade na aplicação do direito (“*Rechtsanwendungsgleichheit*”), bem como se salienta a dificuldade da *prova de facto negativo*, a chamada *diabolica probatio*, com que o paciente estaria onerado se sobre ele impendesse o *onus probandi*. No mesmo sentido, fala a doutrina francesa do princípio de *meilleure aptitude à la preuve*, ele próprio ligado ao princípio geral de *collaboration des parties au procès dans l’administration de la preuve*.

Quanto aos argumentos substanciais, alega-se que o consentimento informado do paciente é, tecnicamente, uma *causa de justificação da ilicitude*, pelo que deve ser visto como um *facto impeditivo* do direito invocado, caindo assim, no âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 340º.

5. Este consentimento não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, pelo que se advoga a edificação de uma figura dogmática autónoma: a *capacidade-para-consentir* ou *competência*, distinta da capacidade negocial.

Esta figura conta com uma estrutura de base bio-psicológica e normativa autónoma. Como factor determinante para afirmar a capacidade para consentir, tem-se posto em relevo a necessidade de o sujeito ter capacidades intelectuais, volitivas e emocionais que lhe permitam assumir uma decisão; e essa decisão deverá estar, em regra, de acordo com a estrutura de valores (*Wertsystem*) que a pessoa autonomamente assumiu para si (Amelung).

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, incluindo a *autonomia prospectiva* (Dworkin), e às *relações de afecto*, *maxime* familiares. 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*.

6. 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 CEDHBio).

Em segundo lugar, entendo que se deve respeitar os *testamentos de paciente* e a nomeação dos *procuradores de cuidados de saúde* (art. 9º da CEDHBio). 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. *De jure condendo*, defendo que 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 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, por forma a conferir ao portador de anomalia psíquica os pertinentes mecanismos de representação.

Nos casos de intervenções médico-cirúrgicas mais graves existe legislação especial que visa proteger os incapazes, mesmo quando estes têm um representante legal atribuído. Assim acontece, *v.g.*, no caso de ensaios clínicos, transplantações de órgãos, testes genéticos, intervenções psico-cirúrgicas e (*de jure condendo*) no caso da esterilização.

7. Relativamente à **esterilização não terapêutica** de menores ou incapazes adultos, não me parece que a solução radical de banir absolutamente essa possibilidade responda aos legítimos anseios e necessidades dos incapazes e da sua família. Por outro lado, parece inadmissível deixar ao arbítrio dos representantes legais e do médico a decisão sobre um aspecto tão simbólico na vida de uma pessoa. Assim, *no caso de menores*, a adequada ponderação, com base no princípio da proporcionalidade (art. 18º CRP), não permite que se avance, salvo em casos absolutamente excepcionais, para a solução radical de esterilização definitiva. Diferentemente, no caso de uma *mulher adulta*, a família depara-se com uma pessoa que pode vir a ter uma vida sexual activa de várias décadas e seria indigno sujeitar essa pessoa, *toda a sua vida*, a uma vigilância apertada. Por outro lado, nessa idade o



seu diagnóstico de atraso mental profundo e permanente estará estabelecido com toda a segurança.

No plano do regime *procedimental* a adoptar, o processo deve ser proposto pelos *representantes legais* do incapaz no *tribunal* competente. A esterilização contraceptiva irreversível deve ser considerada medida de *último recurso*; a autorização judicial deve fundamentar-se nos seguintes elementos: - Relatório médico, que demonstre que *não há esterilidade*, que *o atraso mental é profundo e irreversível* e que nenhum método contraceptivo não cirúrgico garante a prevenção de gravidez; - Relatório de assistente social, sobre as condições actuais de apoio familiar, social e médico da menor e possibilidade de superação das insuficiências verificadas nestes domínios; - Declaração dos pais ou outros representantes legais, que manifeste a concordância ou discordância quanto à intervenção.

Admitindo, pois, a esterilização pura de incapazes adultos, deve-se ter sempre presente que estes podem gozar de alguma capacidade de discernimento, pelo que a lei deve assegurar o *direito de audição* e o *direito de veto* perante a esterilização.

8. Quanto à capacidade para consentir dos **menores**, mostro preferência pela aceitação de uma *idade indicativa* relativamente aos sistemas totalmente abertos e casuísticos. A idade de 14 anos (art. 38º, n.º 3 CP) deve ser a *idade de referência* no direito português. A lei 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*”. Uma vez, legislação especial traça a fronteira 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).

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 também ser considerado *capaz para dissentir*. Nos termos do art. 1886º (*a contrario*), o menor com mais de 16 anos tem o direito de decidir sobre a sua *religião*. 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 CRP), seja numa perspectiva religiosa, seja agnóstica ou atea, mas sempre na liberdade de *consciência*. Todavia, veria assim com bons olhos uma norma, semelhante à austríaca 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. 1878.º.

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 CEDH/Bio).

9. O contrato de prestação de serviços médicos é um *contrato de consumo* e portanto merecedor da aplicação das regras de protecção dos consumidores, especialmente das normas que impõem deveres de informação.

10. O **devedor da obrigação** de informação é o médico. Admito, porém, que seja lícita, dentro de certos condicionalismos, a delegação de certas competências a um *assistente*. Por outro lado, o consentimento válido amplia-se a *todas as pessoas da equipa*.

O médico não pode delegar a tarefa de esclarecer em pessoal paramédico (nomeadamente os *enfermeiros*). Estes apenas devem dar informação relativa aos actos do seu âmbito de competência.

11. O **dever de esclarecimento** tem a sua base jurídica, entre nós, no art. 157º CP, mas nada impede, ao nível do direito civil, que – na medida em que tal se justifique – as exigências sejam maiores. A *finalidade* fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta.

No cumprimento desse dever, o médico deve tomar em conta os seguintes tópicos: o diagnóstico; os meios e os fins do tratamento; os efeitos secundários; o prognóstico; as alternativas terapêuticas com os seus efeitos secundários, riscos e benefícios respectivos; os riscos e benefícios do tratamento; a urgência da intervenção e o risco da demora no tratamento; os riscos e consequências da recusa do tratamento; a duração aproximada do tratamento e as condições materiais que lhe estão associadas; a possibilidade de levar a cabo o tratamento num centro de saúde mais adequado; a competência ou falta de competência do médico; o custo do tratamento; o dever de comunicar novos riscos identificados

posteriormente à execução de exames de diagnóstico, tratamentos ou acções de prevenção e o eventual dever de comunicar os erros médicos praticados, etc.

12. O *affaire 'Perruche'* veio lançar, de forma muito intensa, o debate sobre as acções de *wrongful life*. Por seu turno, a reacção legislativa da *loi du 4 mars* poderá estar a criar um regime de privilégio e a quebrar as regras milenares da responsabilidade civil.

13. A **revelação dos riscos** é a pedra de toque do consentimento informado. O caminho mais acertado é o de apresentar vários vectores de análise, *tópicos*, guidelines, que permitam decidir o caso concreto. Para aferir da necessidade de comunicar ou não um determinado risco deve tomar-se em consideração as seguintes linhas de análise:

(1) a *necessidade terapêutica* da intervenção, a incluir a urgência do tratamento, a necessidade do tratamento, a perigosidade do tratamento, a novidade do tratamento, a gravidade da doença, o facto de a intervenção ser meramente diagnóstica ou ser terapêutica;

(2) a *frequência da verificação* dos riscos – sendo que mais importante do que o critério estatístico é o da verificação dos riscos no grupo de pacientes a que pertence o doente: os chamados “riscos especializados”; entendo que o médico deve informar os *riscos raros*, quando, no caso de estes se verificarem, a vida do paciente resultar gravemente prejudicada e apesar de raros, serem *específicos daquela concreta intervenção*;

(3) a *gravidade dos riscos* – a impor que quanto mais grave for o risco, mais se deve estender o dever de os revelar;

(4) e finalmente, o *comportamento do paciente* – tópico que conduz a que a informação seja adequada ao paciente concreto, isto é, tenha em conta a específica actividade profissional do paciente ou o tipo físico-patológico em que o doente se insere (obeso, fumador, grávida, etc.).

14. Advogo que a distinção entre **obrigações de meios** e **obrigações de resultado** é útil e operante. Impõe-se, porém, procurar evitar alguns equívocos que, por vezes, se verificam na doutrina, relativamente ao ónus da prova quando está em causa uma obrigação de meios. Sem dúvida que o paciente tem de *provar o incumprimento* das obrigações do médico, isto é, tem de provar objectivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis; ou seja, terá de provar a verificação de um *erro de técnica profissional*, com recurso às *leis da arte e da ciência médica*, mas não tem de provar a culpa do médico, isto é, que

*aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente.* A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de o fazer, pelo que sobre ele *impende o ónus da prova da culpa*. Por outras palavras, o *ónus da prova da culpa incide, também nas obrigações de meios, sobre o devedor inadimplente*. A prova do incumprimento do contrato, por sua vez, é que se afigura mais difícil: não basta, pois, ao lesado provar que não ficou em melhor estado de saúde ou que, porventura esse estado se agravou, ou mesmo que veio a falecer; terá de provar que o médico não cumpriu os seus deveres de actuação técnica, não respeitou as *leges artis*.

15. O critério para aferir da adequação e suficiência da informação revelada para fins de autodeterminação é – na minha perspectiva - o *padrão do paciente concreto*. O médico tem o *dever jurídico* de conduzir o diálogo por forma a apurar os traços essenciais da estrutura da *personalidade* e da capacidade cognitiva do paciente. Uma informação em abstracto perfeita pode ser inútil, se o paciente não perceber o idioma ou se for analfabeto, se não tomar em consideração a religião ou as opções filosóficas profundas do paciente, ou se as consequências laterais ou os riscos, sendo desprezíveis para um paciente abstracto, forem insuportáveis para o concreto paciente, devido à sua profissão ou aos seus lazeres. Numa palavra: o dever de informar sendo parte integrante das *leges artis (lato senso)*, deve ser realizado tal como todo o acto terapêutico: *a cada paciente a sua dose!*

A posição do médico fica assim mais onerada, mas nada impede que em sede de litígio o médico lance mão dos mecanismos clássicos da culpa do lesado, da falta de colaboração do paciente, do incumprimento dos deveres do paciente para assim *excluir a sua culpa*.

16. O dever de informar conhece um pequeno número de **excepções**: (1) a *urgência*; (2) a *renúncia* ao direito a ser informado e o *direito a não saber*; (3) o caso do *paciente resoluto*; (4) a hipótese do *paciente que já está informado*; e, finalmente, (5) o *privilégio terapêutico*.

17. O **privilégio terapêutico** deve ser entendido de forma bastante restritiva, em virtude da Reforma do CP de 1995 e da ratificação da CEDH/Bio. Obviamente que se deve postergar um qualquer *direito à mentira*; por outro não é admissível omitir uma informação importante com o objectivo de evitar que o paciente *recuse uma intervenção* ou fique *desencorajado* de se lhe submeter. A utilização da excepção terapêutica exige que a utilidade

terapêutica da intervenção seja grande e, sobretudo, só é legítima quando está em causa *risco para a vida* do paciente ou *grave dano à saúde, física ou psíquica* do mesmo.

**18. O direito a não saber** está consagrado na nossa ordem jurídica, desde logo no art. 10º, n.º 2 CEDH Bio, e também com raízes no direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato à dignidade humana. A renúncia à informação pode ser *expressa* ou *tácita*, mas neste último caso deve ser *clara e inequívoca*. Por outro lado, exige-se uma *renúncia informada*. Esse direito pode sofrer *restrições* tanto no interesse do próprio paciente como para protecção de terceiros.

**19.** Entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o **dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas**. Este dever afirma-se, com forte autonomia, nos seguintes casos: quando se recorre a *formulários pré-elaborados*; na *medicina de equipa*; quando o *paciente não compreende o idioma*, ou quando o *paciente é surdo*; nos casos de *paciente resoluto* ou dos doentes, que em razão da sua profissão ou em razão da sua experiência ao nível dos tratamentos não carecem de (tanta) atenção ao nível do cumprimento do dever de informar. Este dever de verificar o esclarecimento do paciente pode ter também um outro sentido: o profissional de saúde tem a obrigação de criar as condições para que o paciente tome uma *decisão livre e isenta de vícios*. Por outro lado ainda, esta etapa do processo do consentimento informado pode servir para o médico *reavaliar a capacidade para consentir* do paciente.

**20.** No direito português vigora o princípio da *liberdade declarativa*. Assim, o consentimento relevante para excluir a ilicitude da lesão tanto pode ser *expresso* como *tácito*. Por vezes a lei exige o **consentimento expresso**. Assim acontece nos casos de: (1) consentimento para a participação em ensaios clínicos (art. 10º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril); o exercício do direito ao *co-consentimento* dos menores e incapazes deve, também, ser declarado de forma *expressa*. (2) No caso de doação de órgão ou tecidos, após a entrada em vigor da CEDH Bio no ordenamento jurídico interno, nenhuma dúvida resulta de que a declaração terá de ser expressa. (art. 19º, n.º2 CEDH Bio), embora já antes a lei estabelecesse que o consentimento devia ser *inequívoco* (art. 8º, n.º 1 da Lei 12/93, de 22 de Abril). Também a *concordância* dos menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade deve ser *expressa* (art. 8º, n.º4 da referida Lei). (3) O mesmo regime vale para a realização de intervenções psico-cirúrgicas, (art. 5º, n.º 2 da LSM), bem

como da prática de electroconvulsoterapia (art. 5º, n.º1, al. d) da LSM). (4) No caso de testes genéticos, o consentimento expresso também é exigido. Assim se prevê para os exames de diagnóstico do estado de heterozigotia, o diagnóstico pré-sintomático, os exames de biologia molecular em crianças (cfr. artigos 3º, n.º2, al. d), 4º, n.º 2, al. a) e 7º, n.º1 do Despacho n.º 9108/97, de 13 de Outubro) e no diagnóstico pré-natal, quando implique a utilização de técnicas invasivas (cfr. art. 3 al. c) do Despacho n.º 5411/97, de 6 de Agosto). (5) Finalmente, a esterilização voluntária tem de ser feita mediante declaração escrita, contendo a *inequívoca* manifestação de vontade de que deseja submeter-se à necessária intervenção (art. 10º, n.º 1 da Lei n.º 3/84, de 24 de Março).

21. Nos termos do art. 219º, vigora o princípio da *liberdade de forma*. No contrato médico a regra é a da oralidade. Existem, contudo, algumas intervenções médicas para as quais a lei impõe certas **formalidades**. Assim acontece em matéria de: *interrupção voluntária da gravidez* (art. 142º, n.º3, al. a) do CP); *esterilização* (art. 10º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março); no *diagnóstico pré-natal*, (al. c) do art. 3º do Despacho n.º 5411/ 97, de 6 de Agosto); *testes de biologia molecular* em crianças e adolescentes (art. 7º, n.º1 do Despacho n.º 9109/97, de 13 de Outubro); no âmbito da LSM exige-se o consentimento escrito para a prática de electroconvulsoterapia e de intervenções psicocirúrgicas (art. 5º, n.º1, al. d) e n.º 2 da LSM); no domínio dos *ensaios clínicos em seres humanos*, o art. 10º do Decreto-Lei n.º 97/94 exige que o consentimento seja *dado por escrito*. No caso de *procriação assistida* os diversos projectos têm vindo a prever a exigência de consentimento escrito. Quanto às *transplantações entre vivos*, a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, não exigia forma escrita, mas com a entrada em vigor da CEDHB, o consentimento deve ser “*prestado de forma expressa e específica, quer por escrito quer perante uma instância oficial*” (art. 19º, n.º2). Enquanto o legislador não clarificar este ponto do regime, defendemos que *o consentimento deve ser prestado por escrito*.

Por outro lado, o princípio da liberdade de forma não é afastado nos casos de *intervenções invasivas*.

Por vezes a lei exige a intervenção de terceiras entidades (*v.g.*, tribunal, outros médicos, comissões de ética) no processo complexo e dinâmico de formação do consentimento informado.

22. O consentimento do paciente deve ser prestado antes do acto médico que se pretende levar a cabo e deve subsistir durante todo o tratamento. A informação deve ser

fornecida ao paciente com o **tempo** suficiente para que este possa reflectir sobre a sua decisão, de modo que a decisão seja adoptada com a necessária serenidade.

Por vezes a lei exige o respeito por determinado *prazo de reflexão* (v.g., no caso da interrupção voluntária da gravidez e, *de jure condendo*, no caso de esterilização voluntária).

**23.** O consentimento do paciente é **revogável** sem sujeição a formalidade alguma. A renúncia ao direito de revogar deve ser sancionada com a *nullidade*.

No caso de o doente não comparecer a uma intervenção médica programada, não pode haver lugar à execução específica, nem à aplicação de uma *sanção pecuniária compulsória* (art. 829º-A), nem mesmo ao pagamento de uma indemnização por frustração de expectativas (art. 81º, n.º2). Apenas poderá ser obrigado a pagar os honorários nos termos previstos no art. 81º, n.º 3 CDOM.

**24.** O **consentimento presumido** é importante para os casos em que o paciente está *inconsciente* ou por outra razão *incapaz de consentir* e não está representado por um representante legal, sendo a *intervenção urgente*, ou no caso de *alargamento do âmbito da operação*. A vontade hipotética que se busca respeitar é a vontade do paciente e não do representante, por isso não se deve considerar o consentimento presumido como um instituto da representação. Assume aqui grande importância o conhecimento do sistema de valores (*Wertsystem*) do paciente para que o médico possa formular um juízo que com ele se adeque.

Perante o problema das *extended operations*, o direito português (art. 156º, n.º2, al. b do CP) não exige que o perigo seja *grave* ou *imminente*. Porém, exige, ainda assim, que o alargamento da operação vise evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde. E, será inadmissível, ao menos no plano civil, que com base num *potencial* perigo para o corpo ou para a saúde o médico realize uma intervenção não urgente ou que, pelo menos, possa razoavelmente aguardar pelo consentimento informado do paciente. O médico deve interromper a operação quando a sua continuação acarrete consequências tão negativas quanto a sua repetição, isto é, deve-se dar prioridade à possibilidade de escolha do paciente.

**25.** No plano dos direitos fundamentais, reconhece-se um **direito à recusa de tratamentos médicos**, mesmo que esta surja como irrazoável. Este direito funda-se quer na *liberdade de consciência* (art. 41º, n.º 1 CRP), quer no *direito à integridade física e moral* (art. 25º, n.º 1 CRP), quer ainda na *liberdade religiosa* (art. 41º CRP).

26. Cada vez mais o Homem tem que se confrontar com a necessidade de edificar o *direito a morrer*, enquanto direito a não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida. Efectivamente, “quando inventámos métodos para instrumentalizar os sinais de vida para além dos limites da vida com qualidade — da vida com personalidade — perdemos colectivamente o direito de vivermos de acordo com um código moral mais simples” (Fernando Araújo).

27. Emerge, actualmente, o direito aos **cuidados paliativos**. *De jure condendo*, proponho que se legisle no sentido de conferir o direito de os trabalhadores acompanharem um paciente em fim de vida, em termos análogos aos previstos na legislação sobre a paternidade e a maternidade. Também, ao nível da segurança social e ao nível fiscal, deve ser promovido o apoio ao cuidado dos idosos no próprio domicílio. Por outro lado, urge criar novas especialidades hospitalares: psicólogos, enfermeiros especialistas em cuidados paliativos, etc. Outra exigência de um sistema de saúde moderno é a promoção de uma medicina de proximidade.

28. Verifica-se um movimento geral de reflexão, debate em todo o mundo ocidental e, inclusivamente, registam-se alterações legislativas (Países Baixos, Bélgica) sobre o problema da **eutanásia**. Efectivamente, a medicina mudou a nossa morte e muitos exigem outra compreensão para o problema.

29. No direito português há um *dever jurídico de documentação*. Entende-se que o *dossier* médico pode ter uma importância decisiva num processo de responsabilidade por violação do consentimento informado. Entre nós, o art. 344º, n.º 2 estabelece a inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova à parte onerada. Para além disso, é de grande importância na boa relação médico-paciente e, simultaneamente, pode ajudar a controlar os ‘galopantes’ custos de saúde. Outras finalidades da documentação são a segurança terapêutica, a facilidade de prova que permite a apresentação dos honorários. Um bom registo clínico permite que o médico duplique ou omita certos exames ou tratamentos, facilita a mudança de médico ou o tratamento simultâneo por vários médicos, nomeadamente no caso de o paciente desejar uma *segunda opinião*.



Em Portugal, o **acesso** ao processo clínico é **mediato**, na medida em que só pode ser efectuado por intermédio de um médico. Consagra-se assim o acesso mediato ou indirecto ao *dossier* clínico. Mas, nos países latinos, nossos vizinhos mais próximos, assiste-se a um movimento de abandono desta forma de acesso, para outra mais liberal, estabelecendo-se a regra do acesso directo.

**30.** A utilização de **formulários** para a prestação do consentimento informado não é, em si, de rejeitar. Todavia, é inadmissível que este momento tão nobre, clinica e humanamente tão importante, se transforme num “*bürokratischen Formalismus*” (Laufs e Uhlenbruck).

Ora, é indefensável que a mera assinatura num formulário faça prova do cumprimento do dever de esclarecimento. Assim, a minha proposta é a de que se apliquem os meios de controlo, formal e material, concreto e abstracto, do diploma das cláusulas contratuais 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.

**31.** A **telemedicina** vem alterar, de algum modo, a relação médico-paciente, levantando-se várias questões jurídicas importantes.

O primeiro problema é o dos doentes com acesso à informação médica e científica via *internet*. O médico deve informar de acordo com o *critério do paciente concreto*, e se estes *pacientes estão melhor informados* isso significa que eles têm direito a uma explicação ainda mais densa, adaptada ao seu nível intelectual e cultural; por seu turno, estes pacientes estarão mais conscientes e mais capazes de colocar questões que deverão ser adequadamente respondidas. Por outro lado, o médico deve estar atento às eventuais informações erradas que o paciente tenha obtido e, se assim acontecer, deve cumprir o seu dever de o informar correctamente.

Outra questão é a de saber se a telemedicina deve ser apresentada como uma alternativa de tratamento. Enquanto a telemedicina não for considerada, em geral, como um tratamento *standard*, um médico em cuja clínica ou hospital não seja possível recorrer a estes métodos não é obrigado a chamar à atenção do paciente para outras instituições que ofereçam tais possibilidades, ou seja estas situações ainda não caem no dever jurídico de o médico informar o paciente relativamente a métodos de tratamento alternativos. Mas

quando a telemedicina se tornar uma prática corrente, deverá ser proposta ao doente, quando se justifique, esta possibilidade, nos termos gerais, sem prejuízo do princípio da liberdade de escolha do método terapêutico e da independência por parte do médico.

Quanto ao conteúdo da informação, entendo que esta deve abranger uma descrição do tipo de telemedicina que se vai realizar, a experiência e a especialização do telecirurgião (ou consultor), os fins para os quais a informação médica pode ser usada (por exemplo, para diagnóstico ou para fins educacionais), e quais os objectivos e meios de controlo de armazenamento da informação médica computadorizada numa base de dados. O paciente deve ter a garantia de que a sua privacidade será respeitada tal como na medicina tradicional, mas que, enquanto estiverem a trabalhar *on line* sempre há o risco de um terceiro ter acesso (ilícito) às informações.

Quanto à responsabilidade pela informação, parece-me – e isto vale para a *telecirurgia*, bem como para a *telemonitorização* - que os princípios enunciados relativos à *medicina de equipa* e da colaboração entre médicos devem prevalecer aqui, pelo que ambos são *solidariamente* responsáveis pelo cumprimento do dever de informar, sem embargo de, no plano das relações internas, se poder onerar o médico que está fisicamente presente junto do paciente e que, naturalmente, tem mais facilidade de estabelecer o diálogo propício ao consentimento informado. Esta é, também, uma das situações em que faz todo o sentido apelar à *obrigação de verificar se o paciente deu o seu consentimento informado*, antes de iniciar a intervenção. Por outro lado, o *dever de documentação* mantém-se neste domínio, nos termos gerais.

Quanto à forma do consentimento, se de *jure condendo* se deveria exigir a *forma escrita*, dado o seu carácter experimental, *de jure condito* prevalece a liberdade de forma (art. 217º).

**32.** O consentimento informado é, indubitavelmente, a regra. Porém, casos há em que o direito admite a realização de **intervenção médica, sem ou mesmo contra a vontade da pessoa**. Trata-se de situações cuja excepcionalidade devemos afirmar peremptoriamente.

**33.** A **urgência** é uma situação em que não é possível, em tempo útil, obter o consentimento do lesado ou dos seus representantes legais e quando a demora na intervenção médico-cirúrgica ponha em *perigo a vida* ou leve a um *agravamento do estado de saúde* do doente. O seu fundamento legal encontra-se no art. 156º, n.º2, al. a) CP e no art. 8º CEDH Bio.

O seu alcance não é pois ilimitado. Lançando mão da distinção entre *intervenções terapêuticas* e *não terapêuticas*, o médico deve limitar-se às primeiras, deixando para uma fase em que o doente já possa autodeterminar-se, a execução das segundas. Por outro lado, a vontade do sujeito não desaparece totalmente, pelo simples facto de não poder, no momento, dar o seu consentimento. Assim, se se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento *seria recusado*, então o médico deve – em nome da autonomia do paciente – abster-se de intervir. Os princípios do *consentimento presumido* (*maxime*, o respeito pela vontade hipotético-conjectural) devem, pois, ser respeitados nesta sede.

**34.** Para se compreender o exacto recorte do consentimento informado, apresentei ainda um elenco de excepções a este instituto, que se julgam justificadas em nome de outros valores jurídico-constitucionais. Tecnicamente, estamos perante verdadeiras **autorizações legais** para a intervenção médica.

Destacam-se as normas de *direito da saúde pública* (*v.g.*, vacinação obrigatória, internamento de portadores da doença de Hansen e de portadores de tuberculose). Quanto ao internamento compulsivo de portadores de doenças contagiosas (de que a tuberculose é um exemplo importante), proponho uma interpretação do regime material e procedimental que se ajuste às normas do direito positivo e à Constituição. Efectivamente, a legitimidade das restrições ao direito à liberdade dos portadores de doenças contagiosas (constantes do Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho, e da Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949) pode ser defendida fazendo apelo ao art. 5º, n.º 1, al. e) da CEDH, que permite a “*detenção legal de uma pessoa susceptível de transmitir uma doença contagiosa...*” e ao art. 26, n.º1 da CEDH Bio que admite restrições ao direito ao consentimento, desde que estas estejam previstas por *lei*, constituam medidas *necessárias*, numa sociedade democrática, para a segurança pública, para a prevenção de infracções penais, *para a protecção da saúde pública* ou para a protecção de direitos e liberdades de outrem. Por outro lado, por interpretação teleológica da al. h) do n.º 3 do art. 27º CRP, podemos justificar esta solução: o *telos* da norma que admite esse internamento de portadores de anomalia psíquica é o de proteger a saúde e a vida de terceiros face a situações de perigo concreto causadas pelo cidadão doente. Ora, também a possibilidade de internamento do portador de doenças contagiosas, embora não esteja expressamente previsto na letra da lei, permite cabalmente cumprir os fins da dita norma e só assim não se estará a cair numa discriminação, porventura injustificada, dos doentes mentais. E, para mais, dessa forma dar cumprimento ao art. 64º CRP segundo o qual “*todos*

*têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover*”. Contudo, deve-se ser muito parcimonioso no recurso ao internamento compulsivo de cidadãos portadores de lepra e de tuberculose. A regra deve ser sempre a do consentimento livre e informado. Apenas no caso de a pessoa se recusar a submeter a um tratamento e criar uma situação de *perigo concreto* para terceiros pessoas (conviventes, colegas de trabalho ou outros terceiros), se poderá admitir que se leve a cabo um tratamento coactivo. E dentro deste, a solução de internamento deve sempre ser considerada como a *ultima ratio*, dando-se preferência aos meios terapêuticos em regime ambulatorio.

Apesar de ter defendido que este regime, assim exposto, não é incompatível com o art. 27º da CRP, a questão ficaria melhor sanada com uma revisão do texto constitucional que acrescentasse, no n.º 3 do art. 27º, *a possibilidade de internamento de portador de doença contagiosa em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judiciária competente, quando o portador esteja a pôr em perigo a saúde ou a vida de terceiros*.

No *plano do procedimento* que conduz ao dito internamento, a Lei n.º 2.036 afigura-se *supervenientemente* inconstitucional. Não deve ser a Direcção-Geral de Saúde a determinar o internamento compulsivo. A esta compete, apenas, *desencadear* o processo (LBS, Base XIX), sendo a decisão final, de acordo com a Constituição (art. 27º, n.º3, al. h)), competência exclusiva do *tribunal*. Por outro lado, cabe nos poderes do Ministério Público *promover as diligências necessárias* para atingir tal fim, devendo seguir-se as normas pertinentes do Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de Julho, ou da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho (LSM).

Analisei ainda – perfunctoriamente – as normas de direito prisional (tratamento em detidos), de direito do internamento (o internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica), de direito processual (penal e civil, *maxime* nas acções de filiação), e de direito laboral (onde se estabelecem exames médicos obrigatórios), normas essas que evidenciam que o direito à integridade física e à autonomia pessoal por vezes devem ceder por forma a satisfazer interesses e valores de ordem constitucional conflituantes. Porém, esses casos devem ser absolutamente excepcionais e sempre sujeitos ao princípio da proporcionalidade, necessidade e adequação (art. 18º CRP).

Finalmente, a breve análise do regime do dissentimento que vigora entre nós para a colheita *post-mortem* de órgãos e tecidos para fins de transplantação e a utilização de cadáveres para fins de ensino e de investigação científica, mostra que o respeito pelo consentimento das pessoas se deve fazer valer não só durante a sua vida, mas mesmo para além dela. Naturalmente, nestes casos já não está em causa a violação da integridade física e da autodeterminação nos cuidados de saúde de uma pessoa, mas apenas a possibilidade de

*tocar* a dignidade que é devida ao cadáver e, eventualmente, deste modo, causando a lesão do princípio da liberdade de consciência, pelo que tem sido admitido como válido um regime, como o nosso, onde o Estado está autorizado a colher os órgãos do cadáver, no caso de a pessoa, em vida, não ter expressamente declarado a sua oposição junto do RENNDA, com o escopo final de permitir melhorar a saúde e salvar a vida de outros concidadãos. Gostaria de frisar o que já vai implícito: por um lado, é tecnicamente incorrecto falar aqui de consentimento presumido; por outro, seria intolerável que o Estado violasse as declarações expressas (de acordo com a lei) de oposição de uma pessoa.

Por tudo isto, resulta claro que o direito ao consentimento informado não é um direito absoluto; este direito por vezes cede perante valores jurídico-constitucionais conflituantes, que devem ser devidamente ponderados pelo legislador, e que têm vindo a ser sujeitos ao controlo do Tribunal Constitucional e mesmo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.



## BIBLIOGRAFIA

- *A Excelência da Investigação na Essência da Universidade – Homenagem a Egas Moniz*, Coimbra, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, 1999.
- *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- ABBING, Henriette Roscam, “The Convention on Human Rights and Biomedicine. An Appraisal of the Council of Europe Convention”, *European Journal of Health Law*, 5, 1998, 377-387.
  - — “Health, Human Rights, and Health Law: The Move Towards Internationalization, with special emphasis on Europe”, *International Digest of Health Legislation*, 1998, 49, 101-112.
  - — “Medical research Involving Incapacitated Perons: What are the Standards?”, *European Journal of Health Law* 1, 1994, 147 e ss.
- ABREU, José Luís Pio, *Comunicação e Medicina*, Coimbra, Virtualidade, 1998.
- “Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal”, *BMJ*, n.º 145, Abril, 1965, pp.223 e ss. (Acta da 16ª Sessão – art. 40º)
- “Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal”, *BMJ*, n.º 143, Fevereiro, 1965, pp.17 e ss.
- ADVISORY COMISSION ON CONSUMER PROTECTION AND QUALITY IN HEALTH CARE INDUSTRY (appointed by President Clinton on March 1997)), *Final Report Consumer Bill of Rights and Responsibilities*.
- AHRENS, Hans-Jürgen/ von BAR, Christian/ FISCHER, Gerfried/ SPICKHOFF, Andreas/ TAUPITZ, Jochen (Hrgs.), *Festschrift für Erwin Deutsch*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999.
- ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença), Coimbra, polic., 1983.
- ALBERGARIA, Pedro Soares, “Internamento Compulsivo”, *Sub Judice*, 14, 1999, Janeiro/Março, 87-91.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de, *A Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98 de 24 de Julho – Anotada)*, Coimbra, Almedina, 2003.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português”, *Revista de Direito do Consumidor*, 16, Out/Dez, 1995.
- ALMEIDA, Moitinho de, A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Iuridica*, 1972, Tomo XXI, 327-355.
- ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de, *Responsabilidade Civil Hospitalar*, Lisboa, polic., 2000.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1992.
  - — *Direito Comparado - Ensino e Método*, Lisboa, Edições Cosmos, 2000.
  - — *Contratos, I – Conceito, Fontes, Formação*, Coimbra, Almedina, 2000.
- — “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996.
- ALPA, “La Responsabilità Medica”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1999, 315 e ss.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *A Responsabilidade da administração no Direito Português*, Separata da “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, Vol. XXV, Lisboa, 1973.
  - — “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996.
- AMARILLA, Manuel/ ÁLAMO, Cecilio (Coord.), *El Consentimiento en la Utilización de Fármacos*, Alcalá, Asociación Española de Derecho Farmacéutico Editores, 2000.
- AMELUNG, Knut, “Die Einwilligung zwischen medizinischer Erfahrung, amerikanischer Ethik und kulturellem Gedächtnisverlust”, *MedR* 2000, Heft 11, 520-521.
- ANDRADE, José VIEIRA de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
  - — *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

- — "Experimentação Humana, Perspectiva Jurídico-Criminal", in *A Excelência da Investigação na Essência da Universidade - Homenagem a Egas Moniz*, Coimbra, 1999.
- — *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999 e Tomo II, 2000.
- ANDRADE, Manuel da Costa, "Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas", *Revista de Direito e Economia*, 12, 1986.
- ANDRADE, Manuel Domingues de, *Teoria Geral das Obrigações*, (com a colaboração de Rui de ALARCÃO), 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 1966.
  - — *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, 7ª reimp., Coimbra, Almedina, 1987.
  - — *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 7ª reimp., Coimbra, Almedina, 1987.
  - — *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976.
- ÁNGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Ed. Civitas, 1999.
  - — in: *Comentário del Código Civil*, artigo 1902 del CC) coordenado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, Tomo 8, p. 524.
  - ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de/ YZQUIERDO TOLSADA, Ricardo (Coord.), *Estudios de Responsabilidad Civil, En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid, Dykinson, Ciudad Argentina, 2001.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *Extracción y Transplante de Órganos e Tejidos Humanos (problemática Jurídica)*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, "Consentimento Informado na Prática Clínica", *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, 121-127.
- ANTUNES, Manuel, *A Doença da Saúde- Serviço Nacional de Saúde: ineficiência e desperdício*, Lisboa, Quetzal Editores, 2000.
- ANTUNES, Maria João, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, Studia Iuridica, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999.
  - — *Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade*, Coimbra, Almedina, 2001.
  - — *A Hora dos Direitos dos Animais*, Coimbra, Almedina, 2003.
- ARCHER, Luís/ BISCAIA, Jorge/ OSSWALD, Walter, *Bioética*, Lisboa, S. Paulo, 1996.
  - ARCHER, Luís, "Dimensões Éticas da investigação Biomédica", in *A Excelência da Investigação na Essência da Universidade - Homenagem a Egas Moniz*, Coimbra, 1999.
  - ARCHER, Luís, "Procriação Medicamente Assistida, evolução do pensamento ético de 1986 a 1999", *Brotéria*, vol. 150, Março de 2000, pp. 337-367.
- ÁRNASON, Vilhjálmur, "Gadamerian dialogue in the patient-professional interaction", *Medicine, Health Care and Philosophy* 3, 2000, 17-23.
- ARNAUT, António, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 5ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- ASCENSÃO, José de OLIVEIRA, "Procriação Assistida e Direito", in: *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Pedro Sares Martínez*, Coimbra, 1999.
  - — *Direito Civil – Teoria Geral*, vol I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- AUBY, Jean-Marie, *Droit Médical et Hospitalier*, Paris, Litec, 2002.
- BAIRD/ROSENBAUM, *Eutanásia: as questões morais*, Bertrand Editora.
- BAKER, Robert/ CAPLAN, Arthur/ EMANUEL, Linda/ LATHAM, Stephen, *The American Medical Ethics Revolution (How the AMA's Code of Ethics as Transformed Physicians' Relationships to Patients, Professionals, and Society)*, Baltimore and London, The John Hopkins University Press, 1999.
- BARBAS, Stela Neves, *Direito ao Património Genético*, Coimbra, Almedina, 1998.
- BARENDRECHT/ HONDIUS/ HESSELINK et al. (relator: Rui Prista Cascão), *European Group on a Civil Code "Chapter X – Treatment"*, polic., 2002, (estudo anda não oficial gentilmente cedido pelo relator).
- BARI, Mauro, *Diritti-Doveri Responsabilità del Medico - dalla bioetica al biodiritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1999.
- BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Aequitas – Editorial Notícias, 1995.
- BARROS, Pedro Pita/ SIMÕES, Jorge (Orgs.), *Livro de Homenagem a Augusto Mantas*, Associação Portuguesa de Economia da Saúde, 1999.



- BARTH, Peter, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, Wien, polic., 1999.
- BARTRAM/ BECHMAN/ BREYER/ FEY/ FONATSCH/ IRRGANG/ TAUPIZ/ SEEL/ THIELE, *Humangenetische Diagnostik – wissenschaftliche Grundlagen und gesellschaftliche Konsequenzen*, Springer, 2000.
- BEAUCHAMP, Tom/ CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 5<sup>th</sup> Edition, New York - Oxford, Oxford University Press, 2001.
- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Franckfurt, 1986.
- BELEZA, José, “A Ortotanásia como problema jurídico-penal”, in *As Técnicas Modernas de Reanimação*, Porto, 1973.
- BERG, Gunnar / ROLL-HANSEN, Nils, *Eugenics and the Welfare State. Sterilization in Denmark, Sweden, Norway and Finland*, East Lansing, Michigan State University Press, 1997.
- BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padua, CEDAM, 1998.
- BISCAIA, Jorge, “Consentimento”, *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Univeridade Católica Editora, 2003, pp. 95-103.
- BLUM/ TALIB/ CARSTENS/ NASSER/ TOMKIN, “Rights of Patients: comparative Perspectives from Five Countries”, in 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 2002, p. 39-42.
- BOOZANG, Kathleen, “Western Medicine Opens the Door to Alternative Medicine”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. XXIV, Nos 2&3, 185-212.
- BRAZIER, Margaret, *Medicine, Patients and the Law*, Penguin Books, 1992.
  - BRAZIER, Margaret/ MIOLA, José, “Bye-Bye Bolam: a Medical Litigation Revolution?”, *Medical Law Review*, 8, Spring, 2000, 85-114.
- BRITO, Lopes de / RIJO, Lopes de, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2000.
- BUDDEE, Antje, *Der Arztvertrag nach dem SGB V*, Tübingen, Köhler-Druck, 1997.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION/ THE LAW SOCIETY, *Assessment of Mental Capacity, Guidance for Doctors and Lawyers*, London, BMA, 1995.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION/ ROYAL COLLEGE OF NURSING, *The Older Person: Consent and Care*, London, BMA, 1995.
  - BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Advance Statements about Medical Treatment*, London, BMA, 1995.
- BRITO, Carlos Soares, “Colheitas de Órgãos e Tecidos de Pessoas Falecidas com Vista à Realização de Enxertos ou Transplantes (inconstitucionalidade material do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho)”, *ROA*, Ano 48, 1988, Lisboa, 239-266.
- BRONZE, Fernando José Pinto, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, Studia Iuridica, 3, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
  - — *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- BYK, Christian, “Le Consentement à l’acte médical dans la relation médecin-patient en Europe”, in LEMAIRE/ RAMEIX/ GHANASSIA, *Consentement aux soins: vers une réglementation*, Paris, Flammarion, 1995.
  
- CABRAL, Manuel Villaverde/ SILVA, Pedro/ MENDES, Hugo, *Saúde e Doença em Portugal*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002.
- CABRAL, Pedro, “Da livre Circulação de Cuidados Médicos na União Europeia”, *Direito e Justiça*, Vol. XIV Tomo 1, 2000, 89-114.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, T. II, Reimpressão, 1980.
- CAMBRON, Ascension, “Approche juridique de la stérilisation des handicapés mentaux en Espagne”, in MISSA, Jean-Noël/ SUSANNE, Charles (Éds), *De l’eugénisme d’État à l’eugénisme privé*, Bruxelles: De Boeck Université, 2001, pp. 121-126.
- CAMPBELL *et al*, *Medical Ethics*,
- CAMPOS, António Correia de, *Yellow Light at the Crossroads: wait for Green or cross the Yellow (Uncertainties about the Future of the Portuguese NHS)*, Documento de Trabalho 3/96, Associação Portuguesa de Economia da Saúde, 1996.
- CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direitos de Personalidade*, 2º edição, Coimbra, 1992.
  - — *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 1997.
  - CAMPOS, Diogo Leite de, “A vida, a morte e a sua indemnização”, *BMJ*, 365º.
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.), *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*, Oeiras, Celta Editora, 2000.
- — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998.
- CARAPINHEIRO, Graça, *Saberes e Poderes no Hospital – Uma Sociologia dos Serviços Hospitalares*, Edições Afrontamento/ Centro de Estudos Sociais, 1993.
- CARDOSO, Augusto Lopes, “O Papel do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e em especial a sua autoresponsabilidade”, *Brotéria*, Vol. 141, 439-451.
  - — “Os desafios do Direito face às Actuais questões de Reprodução Humana Assistida”, *Cadernos de Bioética*, 17, Novembro de 1998, 41-48.
  - — “Alguns Aspectos da Eutanásia”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 401, 1990, 21 e ss.
- CARNEIRO, Silva, “Responsabilidade da Administração Hospitalar”, *RDES*, ano XIX, 1972, 123-305.
- CARVAIS, Robert/ SASPORTES, Marilyne, *La greffe humaine (In)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1ª turma) do curso jurídico de 1980/1981*, Coimbra, polic., 1981.
  - — *A teoria geral da relação jurídica seu sentido e limites*, Coimbra, Centelha, 1981.
  - — “Transplantações e direitos das pessoas”, in CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 1993, pp. 135-147.
  - CARVALHO, Orlando de, “Les droits de l’homme dans le droit civil portugais”, *BFD*, vol. XLIX, 1973, 1-24.
- CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil – Contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por Omissão*, Coimbra, Almedina, 1999.
- CASADEVANTE ROMANÍ, Fernández, “El Convenio para La Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 7/1997, 105-120.
- CASCÃO, Rui, “Família e Divórcio na primeira república”, *A mulher na sociedade portuguesa – visão histórica e perspectivas actuais*, Instituto de História Económica e Social, Faculdade de Letras, 1986.
- CAVICCHI, Ivan, *Il remedio e la Cura – Cultura Terapeutica tra scienza e libertà*, Roma, Editori Riuniti, 1999.
- CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 1993.
- CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 1993.
- CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO/ INSTITUT FÜR ARZT UND ARZNEIMITTELRECHT UNIVERSITÄT GÖTTINGEN, *Genome Analysis Legal Rules – Practical Application*, Reports of the Workshop 11<sup>th</sup> – 14<sup>th</sup> June 1992 under the auspices of the Commission of the European Communities, Coimbra, Almedina, 1994.
- CHABAS, François, “L’Obligation Médicale D’Information en Danger”, *JCP*, n.º 11, 15 de mars 2000, 459-462.
  - — “Responsabilité des médecins en cas de naissance d’enfants handicapés: la Cours de cassation confirme sa jurisprudence”, *JCP – La Semaine juridique*, n.º 5 – 30 janvier 2002, 243 ss.
- CHADWICK, Ruth/ LEVITT, Mairi/ SHICKLE, Darren, *The Right to know and the right not to know*, Ashgate, 1997.
- CHAN, David/ GOH, Lee Gan, “The Doctor-Patient Relationship: A Survey of Attitudes and Practices of Doctors in Singapore”, *Bioethics*, Volume 14 Number 1, 2000, 58-76.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “Perícia genética y proceso penal”, *Rev Der Gen H* 9/1998, 5-90.
- CLÉMENT, Jean-Marie, *Droits des Malades (les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droit hospitalier)*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira, “Contrato” – Evolução do Conceito no Direito Português, *BFD*, LXIV, 1988, 233-296.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I – *Introdução*, *Direito Matrimonial*, 1ª Edição, Coimbra, Atlântida Editora, 1965.

- COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I – *Introdução, Direito Matrimonial*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- COHEN, Cynthia, “Public Policy and the Sale of Human Organs”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number I, March 2002, pp. 47-67
- COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del Dano Alla Persona e Alternative Istituzionali. Studio di Diritto Comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999.
- COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS , *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, 1990.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA “Comparazione tra i vari Codici Deontologici Europea in “informazione e consenso all’atto medico”, 10 giugno 1992.
- COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTIQUE DE BELGIQUE, Avis n.º 1 du 12 mai 1997 - *concernant l’opportunité d’un règlement légal de l’euthanasie*.
  - — Avis n.º 2 du 27 juillet 1997 - *concernat la Convention du Conseil de l’Europe sur les Droits de l’Homme et la Biomédecine*.
- CONSEIL NATIONAL D’ÉTHIQUE DE FRANCE, Avis n.º 26 – 24 juin 1991, *concernant la proposition de résolution sur l’assistance aux mourants, adoptée le 25 de avril 1991 au Parlement européen par la Comisión de l’environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs*.
  - — Avis n.º 58 -12 juin 1998 – *Consentement éclairé: information des personnes qui se prêtent à des activités de recherche*.
  - — Avis n.º 63 - 27 janvier 2000, *Fin de Vie, arrêt de vie, euthanasie*, www.ccne-ethique.org
- CONTI, Christian, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Bern, Stämpfli Verlag Ag, 2000.
- CONSELHO DE REFLEXÃO SOBRE A SAÚDE, *Reflexão sobre a Saúde, Recomendações para uma reforma estrutural*, Lisboa, 1998.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 1999.
  - — *Da Pós-Eficácia das Obrigações*, sep. Dos Estudos em honra do Prof. Doutor Cavaleiro e Ferreira, Lisboa, 1984.
  - CORDEIRO, António Menezes, “Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa”, *ROA*, 61, III, Dezembro de 2001, 1229-1256.
  - — “A Modernização do Direito das Obrigações”, *ROA*, 2002, 91-110.
- CORREIA, António Ferrer/ CORREIA, Eduardo, “Fundamento da interdição por demência”, *RLJ*, Ano 86º, 1954, 289 e ss.
  - CORREIA, Eduardo, “Nota Informativa Sobre o Projecto do Código Penal”, *BMJ*, n.º 127, Junho, 1963, pp. 5 e ss
  - CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I e II, com a colaboração de Figueiredo Dias, Coimbra, Almedina, 1971.
- CORREIA, Sérvulo, “As relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996.
  - CORREIA, José Sérvulo, “Da Sede do Regime de Responsabilidade Objectiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa”, *ROA*, 61, III, 1313-1348.
- COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 9ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2001.
  - COSTA, Almeida/ CORDEIRO, Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1986.
- COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
  - — “O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações”, in CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 1993, pp. 87-134.
  - — Congresso de Homenagem a Albin Eser, Coimbra, polic. 2002.
- COSTA, Pinto da, *Responsabilidade Médica*, Porto, Ed. Felício & Cabral, 1996.
- COSTA, José de FARIA, “À qui appartient le caavre, quelques rélexions (in)opportunes”, *Le fait de l’analyse*, Octobre 1999, 139-148.
  - — “Consenso, Verdade e Direito”, *BFD* 77 (2001), 421-432.
- CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Studia Iuridica 52, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- COUNCIL OF EUROPE/CONSEIL DE L’EUROPE, *Responsabilité pénale et responsabilité civile des professionnels – Actualité et avenir des notions de négligence et de risque*, Actes, 22º Colloque de droit européen, La Laguna, 17-9 novembre 1992, Les éditions du Conseil de L’Europe, 1995.

- COUNCIL OF EUROPE/CONSEIL DE L'EUROPE, Explanatory Report to the Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biologic and medicine. Convention on human rights and biomedicine – Dir/jur (97) 5, Strasbourg, May 1997.
- CRUZ, Peter de, *Comparative Healthcare Law*, London - Sidney, Cavendish Publishing, 2001.
- CUNHA, Paulo, *Direito da Família*, Tomo I, Lisboa, 1941 (coligidas pelos alunos Raúl Ventura, Raúl Marques e Júlio Salcedas).
  
- DAMM, Reihard, “Prädiktive Medizin und Patientenautonomie – Informatinelle Persönlichkeitsrechte in der Gendiagnostik”, *MedR* 1999, Heft 10, 437-448.
  - — “Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus. Medizinrechtliche Probleme der Selbstbestimmung in der modernen Medizin”, *MedR* 2002, Heft 8, 375-387.
- DANTAS, António Leones, “Notas sobre o internamento compulsivo na Lei de saúde Mental”, *Revista do Ministério Público*, Ano 19º Outubro –Dezembro, 1998, n.º 76, 51-65.
- DAVIS, John, “The Concept of Precedent Autonomy”, *Bioethics*, Volume 16, Number 2, 2002, 114-133.
- DAVIES, Michael, *Textbook on Medical Law*, Second Edition, London, Blackstone Press Limited, 1998.
- DE CUPIS, Adriano, *I Diritti della Personalità*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1950.
- DEMICHEL, André, *La Responsabilité Médicale*, Guides Essentiels, L'Hermès, 1997.
- DEMOGUE, *Traité des Obligations*, Tomo V, Paris, 1925 e Tomo IV, Paris, 1931.
- DEVERS, Gilles, *Pratique de la responsabilité Médicale*, Paris, Éditions ESKA, 2000.
- DEUTSCH, Erwin, “Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs”, *NJW* 1965, 1985 ss.
  - — “Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten”, *NJW* 79, 1905-1909.
  - — “New Constitutional-Civil Law: Illegal Abortion Contract Valid; But Obligation to Pay Child Support is not recoverable Damage!”, *Intern. J. of Bioeth.*, 1994, vol 5, n.º 4, 327-330.
  - — “Das Kind und sein Unterhalt als Schaden”, *VersR* 1995, 609 e ss.
  - DEUTSCH, Erwin, *Medizinrecht (Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht)*, 4. Auflage, Berlin [etc.], Springer, 1999.
  - — “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts im Bereich der Einwilligung und Aufklärung sowie des Behandlungsfehlers”, in MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien - New York, Springer, 1998.
  - — “The Functions of Ethical Committees, in LEMAIRE/ RAMEIX/ GHANASSIA, *Consentement aux soins: vers une réglementation?*, pp. 43-48.
  - DEUTSCH, Erwin/ SCHREIBER, Hans-Ludwig (Eds.), *Medical Responsibility in Western Europe*, Berlin [etc.], Springer Verlag, 1985.
  - DEUTSCH/ TAUPITZ, *Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin (zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki)/ Freedom and Control of Biomedical Research (The Planned Revision of the Declaration of Helsinki)*, Berlin [etc.], Springer, 1999.
- DIAS, Augusto Silva, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, s.d..
- DIAS, Carlos Melo, Consentimento informado como mediador razoável da relação profissional de saúde- doente, (Trabalho de Pós-graduação em Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico), Coimbra, polic., 2001.
- DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, *Studia Iuridica*, 21, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
  - — *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001.
  - — *Colectânea de Legislação Médica*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
  - DIAS, Jorge de Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “lege ferenda””, *Scientia Iuridica*, XXXIII, Jan-Abril, 1984.
  - — “O problema da Ortotanásia: introdução à sua concepção jurídica”, in *As Técnicas Modernas de Reanimação*, Porto, 1973.
  - — *Direito Penal*, Sumários das Lições à 2ª Turma do 2º na da Faculdade de Direito, Coimbra, polic., 1975.
  - — *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1993.
  - — *Direito Penal, Questões Fundamentais*, Coimbra, polic., 1996.

- — *Textos de Direito Penal (Doutrina Geral do Crime)*, Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, elaboradas com a colaboração de Nuno Brandão, Coimbra, polic., 2001.
- — *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.
- DÍAZ-REGAÑON, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzado, 1996.
- DIBOS-LACROUX, Sylvie/ VALLAS-LENERZ, Emmanuelle, *Patients Faites respecter vos droits!*, Issy-les-Moulinaux, PRAT, 2002.
- *Dicionário Médico Enciclopédico Taber*, 17ª edição, Manole, São Paulo – Brasil
- *Dictionnaire Permanent: Bioéthique et Biotechnologie*, Paris, Editions Legislatives, 2002.
- DIERKS/ FEUSSNER/ WIENKE (Hrgs.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, Springer, 2001.
  - DIERKS, “Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin”, in DIERKS/ FEUSSNER/ WIENKE (Hrsg.), *Rechtsfragen dder Telemedizin*, Springer, 2001.
- DIJON, Xavier, *La réconciliation corporelle. Une éthique de droit médical*, Bruxelles, Éditions Lessius, 1998.
- DILCHER, Hermann, in Staudinger Julius, *Kommentar zum BGB*, 1. Buch, *Allgemeiner Teil*, 1995.
- DINIS, Joaquim Sousa, “Dano Corporal em Acidentes de Viação”, *CJ (STJ)*, Ano IX, 2001, Tomo I, 5-12.
- *Direito da Saúde e da Bioética* (I Curso de Direito da Saúde e Bioética, Lisboa 1990), Lisboa, AAFDL, 1991.
- *Direito da Saúde e da Bioética* (II Curso de Direito da Saúde e Bioética, Lisboa 1993), Lisboa, AAFDL, 1996.
- *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.
- DOMMERS, Johannes, “An introduction to European Union Health law”, *European Journal of Health Law*, 4, 1997, 19-41.
- DONNELLY, Mary, *Consent: Bridging the Ga between Doctor and Patient*, Cork, Cork University Press, 2002.
- DONNELLY, Mary, “Decision-Making for Mentally Incompetent People: The empty formula of Best Interests?”, *Med Law* (2001) 20: 405-416.
- DOYAL, Len/ TOBIAS, Jeffrey, *Informed Consent in Medical Research*, London, BMJ Books, 2001.
- DREYFUSS, Didier/ LEMAIRE, François/ OUTIN, Hervé-Dominique/ RAMEIX, Suzanne, *L'aléa thérapeutique*, Paris, Flammarion, 1999.
- DREEZEN, “Telemedicine and Informed Consent”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 2002.
- DUARTE, Paulo “O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor” *BFD* 75, 1999, 649-703.
- DUARTE, Pedro Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000.
- DUBOIS, Louis, “La Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine”, *RDSS*, 1998, 217 e ss..
  - — “Le droit du patient à l’information: harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en oeuvre”, *RDSS*, 36<sup>e</sup> année, N.º 2 Avril - Juin 2000, 357-368.
  - — “Le refus de soins: qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu?”, *RDSS*, 38<sup>e</sup> année, 2002, 43-49.
- DUFKOVÁ, Jarmila, “Zivil- und Strafrechtliche Auswirkungen des Transplantationsgesetzes vom 5.11.1997 auf Verwaltungs- und klinische Sektionen bei Organentnahmen und hierbei zu Transplantationszwecken entnommenen Geweben”, *MedR* 1999, Heft 10, 454-458.
- DUPUY, Olivier, *L’information médicale. Information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002.
  - — *Le dossier médical*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002
- DYSON, Freeman, *O Sol, o Genoma e a Internet – Ferramentas de Revoluções Científicas*, Lisboa, Temas e Debates, 2000
- DWORKIN, Ronald, *Life’s Dominion: an argument about abortion and eutanasia*, London, Harpen Collins Publishers, 1993.
  
- EISNER, Beat, *Die Aufklärungspflicht des Arztes: Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA*, Verlag Hans Huber, 1992.
- *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil, Cahiers d’actualité*, Paris, Dalloz, 2002.
- ENGLEHARDT, Tristram, *The Foundations of Bioethics*, Oxford/New York, 1986.

- ENGLJÄRINGER, Daniela, *Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffe*, Wien, Verlag Orac, 1996.
- ERCHSEN, “The Danish Patient Insurance System”, *Med Law* (2001) 20:355-369.
- ESER, Albin (Hrgs.) *Biomedizin und Menschenrechte – Die Menschenrechtskonvention des Europarats zur Biomedizin – Dokumentation und Kommentare*, Frankfurt am Main, Knecht, 1999.
  - — *Neue Aufgaben und Grenze des Medizin(Straf)Rechts*, polic., Coimbra, Março de 2002.
- *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, 61, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, “Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la Ordenanza Procesal Penal de 17 de Marzo de 1997”, *Rev Der Gen H* 10/1999, 65-90.
  
- FADEN, Ruth/ BEAUCHAMP, Tom, *A History and Theory of Informed Consent*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1986.
- FALLBERG, Lars, “Consequences of the Amsterdam Declaration – a rights revolution in Europe?”, in 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 2002.
- FARIA, Paula Lobato, “Protecção e confidencialidade de dados pessoais médicos informatizados-panorama jurídico em Portugal”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. II, N.º 2 – Abril - Junho 1993.
- FARIA, Paula Lobato, “Protecção Jurídica de Dados Médicos Informatizados”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991.
- FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1995.
  - — *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999 e Tomo II, 2000.
- FARNSWORTH, Allan, *An Introduction to the Legal System of the United States*, Third Edition, New York, Oceana Publication, Inc., 1996.
- FAUNCE, “Medical disclosure and Consent Forms: Proposal for an international standard”, *Medicine and Law* (1997) 16: 581-591.
- FAURE, Michael/ KOZIOL, Helmut, *Cases on Medical malpractice in a Comparative Perspective*, Tort and Insurance Law, Vol. 1, Wien - New York, Springer, 2001.
- FENWICK, Peter/ BERAN, Roy, “Informed Consent - Should The ‘Bolam Test’ Be Rejected”, *Medicine and Law* (1996) 16: 215-223.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de Responsabilidade Médica*, Tercera Edición, Granada, Comares Editorial, 2000.
- FERREIRA, José Henrique da Costa, *Telemedicina, dos conceitos à prática*, Coimbra, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, polic., 2002.
- FIORI/BOTTONE/ D’ALESSANDRO (eds.), *Responsabilità medica – 40 anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 2000.
- FLUSS, Sev S., “Comparative Overview of International and National Developments in Regard to Patient’s Rights Legislation”, in WESTERHALL/ PHILLIPS (Ed.), *Patient’s Rights*, Stockholm, 1994.
- FORZIATI, Michele, “Anotação Cass. Civ., 22 gennaio 1999”, n. 589 – Sez. III, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1999, 653 e ss.
- FOST, Norman, “Waived Consent for Emergency Research”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. XXIV, NOS 2&3, 1998, 163-183.
- FRADA, Manuel Careiro da, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil – O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997.
- FRASSELLE, Nadine, *Du Patient au Consommateur*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1996.
- FRISCH, *Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe*, Coimbra, polic., Março de 2002.
  
- GADAMER, Hans-Georg, *Über die Verborgenheit der Gesundheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993. Tradução portuguesa: *O Mistério da Saúde – o cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*, Lisboa, Edições 70.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001.
  - — “Consentimiento informado y relacion de causalidad”, *Book of Proceedings*, II, p. 181, 2002.
- GANNER, Michael, *Heimvertrag – Rechtsgeschäfte im Heim*, Wien, Verlag Österreich, 2001.

- GAROUPA, Nuno, “Análise Económica do Direito”, *Legislação - Cadernos de Ciência de Legislação*, INA, 32, Out-Dez, 2002, 23-38.
- GASCON, Suzanne, *L'utilisation médicale et la commercialization du corps humain*, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993.
- GASTMANS, “Tube feeding in Patients with advanced dementia. A clinical ethical approach”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 2002.
- GASPAR, António Silva Henriques, “A responsabilidade Civil do Médico”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, 335 e ss.
- GAUTIER, Pierre-Yves, “Les distances du juge’ à propos d’un débat étique sur la responsabilité civile”, *JCP - La semaine juridique – édition générale*, n.º 2 10 janvier 2001, 66-68.
- GEHRLEIN, Markus, *Leitfaden zur Arzthaftpflicht (nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes)*, München, Verlag Franz Vahlen, 2000.
- GELLER/ STRAUSS/ BERNHARDT/ HOLTZMAN, “Decoding’ informed Consent – Insights from women regarding Breast Cancer susceptibility testing”, *HASTING CENTER REPORT*, March-April 1997, 28-33.
- GEVERS, Sjeff, “Legal Issues in the development and use of Clinical Practice Guidelines”, *Med Law* (2001) 20: 183-191.
- GHERSI, Carlos Alberto (Dir.), *Responsabilidad Profesional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.
- GIESEN, Dieter, *International Medical Malpractice Law*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nihoff Publishers, 1988.
- GIGERENZER, Gerd/ HOFFRAGE, U. / EBERT, A, “AIDS Counselling for low-risk clients”, *Aids care* (1998), Vol. 10, NO. 2, 197-211.
  - GIGERENZER, Gerd, *Ecological Intelligence – An Adaptation for Frequencies*, in *The Evolution of Mind*, Edited by Denise DELLAROSA CUMMINS and Colin ALLEN, New York - Oxford, Oxford University Press, 1998.
- GILL, Michael/ SADE, Robert, “Paying for Kidneys: The Case against Prohibition”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number I, March 2002, pp. 17-54.
- GIRÃO, Irene de Seça, *O mandato de interesse comum: um contributo para a determinação do conceito de interesse subjacente às norma dos artigos 1170.º, n.º 2, 1175.º e 265.º, n.º 3 do Código Civil Português*, Coimbra, polic., 1997.
- GIRARD, Nathalie, *Le consentement du mineur aux soins médicaux*, Québec, Les éditions Yvon Blais Inc., 1993.
- GLANZ, Leonard, “Research with Children”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. XXIV, NOS 2&3, 1998, 213-244.
- GLATZ, Christian, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- GLENDON, Mary Ann, *The Transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996.
- GO, “Telemedicine in Surgery”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 2002.
- GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual – Casos da vida de um médico de saúde pública*, Lisboa, AAFDUL, 1999.
- GOMES, Júlio, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XV, 1989, 105-144.
- GOLDBERG, Richard, *Causation and Risk in the Law of Torts: Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Oxford - Portland – Oregon, Hart Publishing, 1999.
- GORONI, Marinela, “Anotação ao Acórdão do Trib. Milano, 14 Maggio 1998”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1999, 487 e ss.
- GOUEIA, Miguel, “Do Pecado Original às Reformas”, *Economia Pura*, Junho de 2000.
- GREENE, Brendan, *Essential Medical Law*, London - Sidney, Cavendish Publishing Limited, 2001.
- GRISSO, Thomas/ APPELBAUM, Paul, *Assessing Competence to Consent to Treatment – A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1998.
- GUIMARÃES, Maria de Nazareth LOBATO, “Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar”, *Revista do Ministério Público*, ano 3º, Vol. IX, 1982, 193-201.
  
- HAAN, Jurriaan de, “The New Dutch Law on Euthanasia”, *Medical Law Review*, 10, Spring 2002, 57-75.
- HARDWIG, John, “Is There a Duty to Die?”, *Hastings Center Report*, March-April 1997, 34-42.
- HART, Dieter (Hrsg.), *Ärztliche Leitlinien – Empirie und professioneller Normsetzung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

- HASTINGS CENTER REPORT, “Adolescent Choices about Life and Death”, Volume 27, NO. 6, November-December 1997 (Joanne SILBERBER, HAIMOWIZ/ DELANO/ OLDHAM, Robert WEIR/Charles PETERS, Lainie ROSS).
- HAUBERICH, Sabine, *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht*, Springer, 2000.
- HEIDE, Jochen, *Medizinische Zwangsbehandlung – Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtlichen Grenzen der Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- HENNEZEL, Marie de, *Diálogo com a Morte*, Editorial Notícias.
- HERZOG, Peter, “Landesbericht USA”, in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Springer, 2000, pp. 963-1045.
- HIRSCH, Christine, *Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung – “Wrongful birth” und “wrongful life” – Problematik im österreichischen Recht*, Wien, Manz, 2002.
- HÖFLING, Wolfram/ DEMEL, Michael, “Zur Forshung an Nichteinwilligungsfähigen”, *MedR* 1999, Heft 12, 540-546.
- HOFFRAGE/ LINDSEY/ HERTWIG/ GIGERENZER, “Communicating Statistical Information”, *Science*, 22 December 2000, Volume 90, pp. 2261-2262.
  - HOFFRAGE, Ulrich/ GIGERENZER, Gerd, “Using Natural Frequencies to Improve Diagnostic Inferences”, *Academic Medicine*, Vol. 73, No. 5/ May 1998.
- HÖFTBERGER, Christian, “Österreichische Rechtsprechung zur Arzthaftung”, *MedR* 2000, Heft 11, 505-511.
- HOG, Erling *Living Organ Vendors in Brazil: Autonomy, Exploitation, and Human Rights*, Coimbra, Faculty of Law Centre for Human Rights University of Coimbra Portugal, polic., 2001.
- HONDIUS, Ewoud/ van HOOFT, Annet, “The New Dutch Law on Medical Services”, *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996, 1-17.
- HÖNSELL, Heinrich (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.
- HÖRSTER, Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2000.
  - — “Consentimento-Comentário”, *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, pp. 105-113.
- HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris, Vrin, 1999.
  - HOTTOIS, Gilbert/ PARIZEAU, Marie-Hélène, *Dicionário da Bioética*, Instituto Piaget, 1998.
  - HOTTOIS, Gilbert/ MISSA, Jean-Noël, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles: De Boeck Université, 2001.
- IAPICHINO, Lucilla, *Testamento Biologico e Direttive Anticipate – Le Disposizioni in Previsione dell’Incapacità*, IPSOA, 2000.
- ILIEV, Dimo/ VIENONEN, Mikko, *Patient’s Rights Development in Europe* – December 1998, WHO – Health Services Management (HMA) Health Care Systems, World Health Organization – Regional Office for Europe.
- JARA, José Manuel, “A teoria e a prática do Internamento Compulsivo”, *Hosp. Júlio de Matos* 2, 2000, 124-128.
- JONES, MICHAEL, “Informed Consent and Other Fairy Stories”, *Medical Law Review*, 7, Summer 1999, 13-134.
- JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos a Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1995.
- JUNGBECKER, Rolf, “Formulargestützte Aufklärung”, in RATAJCZAK/ STEGERS (Schriftleitung), *Risiko Aufklärung – Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wobin führt die Rechtsprechung?*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2001.
- KAHN, Axel/ ROUSSET, Dominique, *Os Caminhos da Medicina no Século XXI: Genes e Homens*, Publicações Europa América, 1999.
- KARNER, Ernst, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, Springer, Wien - New York, 1999.
- KATZENMEIER, Christian, “Patientenrechte in Deutschland heute”, *MedR* 2000, Heft 1, 24-25.
- KAVENY, M. Cathleen, “Assisted Suicide, the Supreme Court, and the Constitutive Function of the Law”, *Hastings Center Report*, September-October 1997, 29-34.
- KENNEDI, Ian/ GRUBB, Andrew, *Medical Law*, Third Edition, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000.



- KERN, Bern-Rüdiger, “Rechtliche Konsequenzen für medizinischen Standard, Methodenfreiheit, Sorgfaltsmassstab und Aufklärung”, in in DIERKS/ FEUSSNER/ WIENKE (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, Springer, 2001.
- KERN, Gerson, *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Wien, Manz, 1999.
- KLEINMAN, Arthur, “Intimations of Solidarity? The Popular Culture Responds to Assisted Suicide”, *Hastings Center Report*, September-October 1997, 34-36.
- KOCH, Hans-Georg/ REITER-TEIL, Stella/ HELMCHEN, Hanfried (eds.), *Informed Consent in Psychiatry (European Perspectives of Ethics, Law and Clinical Practice)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.
- KOPETZKI, Christian (Hrsg.), *Antizipierte Patientenverfügungen – “Patiententestament” und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten*, Wien, Manz, 2000.
  - KOPETZKI, Christian (Hrsg.), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2002.
- KOZIOL, Helmut, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Wien, Manz Verlag, 1997.
  - — *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band II: Besonderer Teil, 2. neubearbeitete Auflage, Wien, Manz, 1984.
  - KOZIOL, Helmut (Ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, Kluwer Law International, 1998.
- KUHLMANN, Jens, *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, Peter Lang, 1994.
- KUNTZ, Klaus (Hrsg.), *Arzt haftungsrecht: Entscheidungssammlung*, Neuwied: Luchterland – Losebl. Ausg., 2001.
- *La Responsabilité Civile du Médecin*, Actes du Colloque (9-20 juin 1992) organisé par le Laboratoire d'Épistémologie Juridique (Faculté de Droit et Science Politique), la Faculté de Médecine de Marseille, le Conseil Départemental des Bouches du Rhône de l'Ordre des Médecins, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993.
- LAHTI, Raimo, “Towards a Comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finish Experience”, WESTERHÄLL, Lotta / PHILLIPS, Charles (Eds.), *Patient's Rights – Informed Consent, Access and Equality*, Stockholm, Sweden, 1994, p. 207 e ss.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Le Droit du Dommage Corporel, systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 1990.
- LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Dritte, neu bearbeitete Auflage, Springer, 1995.
- LARENZ/ WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 1997.
- LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2002.
- LAUFS/ DIERKS/ WIENKE/ GRAF-BAUMANN/ HIRSCH (Hrg.) *Die Entwicklung der Arzthaftung*, Springer, 1997.
- LEENEN, H.J.J./ GEVERS, J.K.M./ PINET, G., *The Rights of Patients in Europe – A comparative Study*, Deventer – Boston, Kluwer Law and Taxatin Publishers, 1993.
- LEFLAR, Robert, “The Cautious Acceptance of Informed Consent in Japan”, *Med Law* (1997) 16: 705-720.
- LEGROS, Bérengère, “Vers la disparition de l'indemnisation des préjudices nés suite à l'inexécution de l'obligation d'information médicale”, *Revue générale de droit médical*, n° 6, 129 ss.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, “Acidentes de Trabalho e Responsabilidade Civil (a natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual)”, *ROA*, Ano 48, Lisboa, 1988, 773-843.
- LELEU, Yves-Henri/ GENICOT, Gilles, *Le droit médical – aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck, 2001.
- LEMAIRE, François/ RAMEIX, Suzanne/ GHANASSIA, Jean-Pierre, *Consentement aux soins: vers une réglementation?*, Paris, Flammarion, 1995.
- LE MAUFF, Pierre, in *Les Aspects Actuels ou Méconnus de la responsabilité Médicale*, Litec, 1991.
- LENOIR/ MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, QSJ?, PUF, 1998.
- LENOIR, *Le droit international de la bioéthique*, QSJ?, PUF, 1998.
- *Les Aspects actuels ou méconnus de la responsabilité médicale*, Actes du colloque du C.E.R.S.A.M.S. (5 avril 1991), Publications des Facultés de Droit, de Médecine et Pharmacie et du Centre Hospitalier Universitaire de Poitiers, Paris, Litec, 1992.
- LEWIS, Arthur, “No-Fault Liability – Twenty Years Experience in New Zealand”, *Med Law* (1996) 15: 425-428.

- LIMA, Pires de, *Direitos de Família, vol. I Constituição do Estado de Casado*, (texto de Guilherme Braga da Cruz), Coimbra, 1942.
  - — *Constituição do Estado de Casado, Ante-projecto de um dos livros do futuro Código Civil*, 1945.
  - LIMA, Pires de /VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986.
- LINHARES, Aroso, *As Alternativas da “violência mística” e da “escolha racional”* [Os processos da funcionalização política e económica do direito assumidos (e contrapostos) em duas experiências reflexivas-*limite*: com um compromisso prático- existencial (o dos *Critical Legal Scholars*) e como uma técnica de soluções eficientes (a da *Law and Economics*) - *Seminário sobre o Actual Problema da Autonomia do Direito, do II.º Curso de Doutoramento em Direito na FDUC*, polic., pp. 20 e ss.
- LIZ, Jorge Pegado, *Introdução ao direito e à política do consumo*, Lisboa, Notícias, 1999.
- LÓPEZ PIÑERO, José María, *La Medicina en la historia*, Madrid, Salvat Editores, 1986.
- LOSCH, Bernhard/ RADAU, Wiltrud, ““Wrongful birth” und “wrongful life”. Probleme der rechtlichen Bewältigung ärztlicher Pflichtverletzung bei der menschlichen Reproduktion”, *Ethik Med* (2000) 12:30-43.
- LOUREIRO, João Carlos, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico”, *Cadernos de Bioética*, 8, 27-65.
  - — “Tomemos a Sério os Direitos do Embrião e do Feto”, *Cadernos de Bioética*, n.º 14, Julho de 1997, 3-63.
  - — “The KEMP Principles: a bio-legal perspective”, *BFD* 75, Coimbra, 1999.
  - — “Os Genes do Nosso (Des)contentamento (Dignidade Humana e Genética: Notas de um Roteiro)”, *BFD* 77 (2001), 163-210. LOUREIRO, João Carlos, “O Direito à Identidade Genética”, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica*, 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
  - — “Transplantações: um olhar constitucional”, in CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 1993, pp. 19-86.
  - — *Sida e Discriminação Social: Escola, Habitação, Imigração, Rastreio Obrigatório, Isolamento Clínico, Tratamento Forçado – uma perspectiva jurídico-constitucional*, polic. Intervenção no Colóquio Interdisciplinar “SIDA, Problemas jurídicos”, organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 8 e 9 de Março de 1996.
  - — “Protocolo Adicional – Comentários Finais”, in: *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, pp. 171-203.
- LOZANO, Rose-Marie, *La Protection européenne des droits de l’homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, CERIC, 2001.
- LORENZO Y MONTERO, Ricardo de, “El consentimiento informado y la información Clínica en el derecho español. Incidencia del Convénio de Bioética”, in Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA/ Ricardo de LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I, Colex, 2001
- LUNA/ PÉREZ-CÁRCELES/ OSUNA, “Conflitos derivados de la información sanitaria a los familiares del enfermo”, XIII Congreso Mundial sobre el Derecho Médico, Helsinki, 6-10 Agosto de 2000, Tomo II, pp. 702-709.
- LUTZKY, Jean Courtes, “El Código de Defensa del Consumidor y la Responsabilidad Personal del Médico en la República Federativa del Brasil”, *Cadernos de Bioética*, Ano 2, n.º 1, Buenos Aires, 101 ss.
  
- MACHADO, Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1987.
- MAGNUS, Ulrich (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, 2001.
- MALICIER, D./ MIRAS/ FEUGLET/ FAIVRE, *La Responsabilité Médicale – Données Actuelles*, 2ème édition, Editions ESKA/ Editions Alexandre Lacassagne, 1999.
- MANGA, Pran, “Euthanasia and Medical Assisted Suicide – The case for Legalising Physician Assisted Suicide”, *Med Law* (2001) 20: 451-462.
- MARQUES, João Paulo Remédio, *Mudança de Sexo. O critério Jurídico (O problema do “paradigma corporal” da identificação/identidade sexual no registo civil)*, Coimbra, polic., 1991.
  - — *Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores) Versus o Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos (Em Especial Filhos Menores)*, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
  - — *Patentes de Genes Humanos?*, Centro de Direito Biomédico, 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

- MARKENSTEIN, Loes, “The Codification in the Netherlands of the Principal Rights of Patients: A Critical Review”, *European Journal of Health Law* 2, 1995, 33-44.
- MARKESINIS, Basil, “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt *Perruche*”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, 77-102.
- MARTINÉZ, Juan Gómez, “Críterios básicos para mejorar la eficacia del testamento vital”, *Diario Médico*, 20 de noviembre de 2002.
- MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido, “Processos de jurisdição voluntária. Acções de Regulação do Poder Paternal. Audição do Menor”, *BFD* 77 (2001), 721-752.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997.
- MARTINÉZ-CALCERRADA, Luis/ LORENZO, Ricardo de, *Tratado de Derecho Sanitario*, 3 Tomos, Colex, 2001.
- MASON & McCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, Fifth Edition, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 1999.
- MAY, Arnd, *Autonomie und Fremdbestimmung bei medizinischen Entscheidungen für Nichteinwilligungsfähige*, Münster – Berlin – London, LIT Verlag, 2000.
- MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien - New York, Springer, 1998.
- MAZEAUD, H. e L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3<sup>a</sup> ed., Tomo I.
- MAZZAMUTO, Salvatore, “Note in tema di diresponsabilità civile del medico”, *Europa e diritto privato*, 2, 2000, 501-512.
- McGLEENAN, Tony, “Rights to know and not to know: is there a need for a genetic privacy law?”, in CHADWICK/ LEVITT/ SHICKLE, *The right not to know and the right not to know*, p. 43.
- MEDEIROS, Rui, “A responsabilidade civil pelo ilícito administrativo no quadro da reforma do Decreto-Lei n.º 48051”, *JA*, 27, Maio/Junho, 2001, 20-33.
- MELADEL/ KIMCHI/ SHNIT/ MOLDAVSKI/ ELIZUR, “Insight and Competence to Consent to Psychiatric Hospitalisation”, *Med Law* (1997) 16: 721-727.
- MÉMETEAU, Gérard, “L’action de vie dommageable”, *JCP – La Semaine juridique*, n.º 50 13 décembre 2000, 2275-2280.
- MÉMETEAU, Gérard, “Le tour du monde en 80 lignes, notes sur la responsabilité médicale comparée”, in *Les Aspects Actuels ou Méconnus de la responsabilité Médicale*, 1991, p. 76.
- MESQUITA, Manuel Henrique, *Direitos Reais*, Coimbra, polic., 1967.
- MICHALOWSKI, Sabine, “Court-Authorised Cesarean Sections – The End of a Trend?”, *The Modern Law Review*, Vol. 62, 1999, 115-127.
  - — “Is it the best interests of a child to have a life-saving liver transplantation? Re T (*Wardship: Medical Treatment*)”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 9, No. 2, 1997.
  - — “Reversal of Fortune – Re A (Conjoined Twins) and Beyond: Who should make Treatment Decisions on Behalf of Young Children?”, *Health Law Journal*, Vol. 9, 2001, 149-169.
- MIKKONEN, Martti, “The Nordic Model: Finish Experience of the Patient Injury Act in Practice”, *Med Law* (2001) 20:347-353.
- MILLER, Edward, “Telemedicine and doctor-patient communication: a theoretical framework for evaluation”, *Journal of Telemedicine and Telecare*, vol. 8, 2002, 311-318.
- MILLER, Robert, *Problems in Hospital Law*, West Palm Beach, Florida, Shutts & Bowen.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
  - — “A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, 61, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- MISSA, Jean-Noël, “Eugénique”, in HOTTOIS, Gilbert/ MISSA, Jean-Noël, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001.
  - — “L’individu n’est rien, l’espèce est tout”: analyse historique de l’évolution de la question de l’eugénisme au XX<sup>e</sup> siècle”, in MISSA, Jean-Noël/ SUSANNE, Charles (Éds), *De l’eugénisme d’État à l’eugénisme privé*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001.
- MOINE, Isabelle, *Les Choses Hors Commerce – Une Approche de la Personne Humaine Juridique*, LGDJ, Paris, 1995.
- MOLA, Giorgio di, “La Communication avec le patient en fin de vie”, *Journal International de Bioéthique*, Décembre 1997, vol. 8, n.º 4, 47-61.
- MOLNAR, John, “Consent in the 90’s”, *Med Law* (1997) 16: 567-579.

- MONIZ, Helena, *Notas sobre a Protecção de Dados pessoais Perante a Informática (O Caso Especial dos dados Pessoais Relativos à Saúde)*, Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 7, 1997.
- MONTEIRO, António Pinto, “Contratos de Adesão: O regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais Instituído pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, *ROA*, 1986, 733 ss.
  - — “O Novo regime jurídico dos Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais”, *ROA*, Ano 62, 2002, 111-142.
  - MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Suplemento do *BFD*, Vol. XXVIII, Coimbra, 1985.
  - — *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.
  - — “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, p. 121 e ss.
- MONTEIRO, Cristina / BARBOSA, Mafalda, *Cadernos de Bioética*, n.º 25/ Abril 2001, 119-122.
- MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Civil”, *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano IV, n.º 1, Jan-Jun. 1978, 313 e ss.
  - — “Responsabilidade por culpa, Responsabilidade Objectiva, Seguro de Acidentes”, *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano V, n.º1, Jan.-Jun 1979, 317 e ss.
  - — “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal, A Lei e o Futuro”, *CJ XI* (1986), Tomo 4, 5-13.
  - — “Dano Corporal (Um roteiro do direito português)”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XV, 1989, 367-374.
  - — “Responsabilidade por Informações Face a Terceiros”, *BFD* 73 (1997), 35-60.
  - — “Anotação ao Acórdão de 12 de Novembro de 1996”, *RLJ*, n.º 3887 e 3888, 3889, 3897, 3898 e 3900.
  - — “Dano Corporal (Um roteiro do direito português)”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XV, 1989, 367-374. “Assinatura electrónica e certificação (a Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei no. 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *RLJ*, 2001, 261-272.
  - MONTEIRO, Jorge Sinde, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo/ Monteiro, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.
  - MONTEIRO, Jorge Sinde, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983.
  - — *Responsabilidade Civil por Conselhos, Informações ou Recomendações*, Coimbra, Almedina, 1990.
  - — “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996.
  - — *Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil (para um Curso de Mestrado)*, Coimbra, polic., 2001.
  - — (Org.), *Um Código Civil para a Europa?*, Studia Iuridica, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
  - MONTEIRO, Jorge Sinde/ ANDRADE, Costa/ COSTA, Faria, with the collaboration of André PEREIRA, “Country Report Portugal”, in: DEUTSCH/ TAUPITZ, *Freedom and Control of Biomedical Research, The planned revision of the Declaration of Helsinki*, Berlin, Heidelberg, [etc.], Springer, 1999, pp. 149-154.
  - MONTEIRO, Jorge Sinde/ PEREIRA, André Dias, “Landesbericht Portugal”, in Jochen TAUPITZ (Ed.) *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Berlin, Heidelberg, [etc.], Springer, 2000, pp. 819-866.
- MORAES, José, “El Derecho a la Salud en la Constitución Brasileira”, *Cuadernos de Bioética*, Ano 2, n.º 1, Buenos Aires, 43 e ss.
- MORÁN, Luis González, *La Responsabilidad Civil del Médico*, Bosch, Barcelona, 1990.
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- MORELLE, “La relation médecin-Malade dans le Droit Français”, in *Consentement aux soins: vers une réglementation?*, Paris, Flammarion, 1995, p. 25 ss.
- MORK-SPIESS, Petra, *Beweiserleichterungen im Behandlungsfehlerprozess unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechungsentwicklung zur Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern*, Bochum, Brockmeyer, 1998.
- MORRIS, David, *Doença e cultura na era pós-moderna*, Lisboa, Instituto Piaget, 2000.
- MOURA, José Souto, “O Diagnóstico Pré-Natal”, *RPCC*, Ano 4, 3.º, 1994, 321-336.
- NAMORA, Fernando, *Retalhos da Vida de um Médico*.
- NETO, Miguel Kfourri, *Culpa Médica e ónus da Prova- Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ónus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- NEVES, António Castanheira, *Apontamentos de Metodologia do Direito*, Coimbra, polic., 1981-82.
  - — *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica, 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

- — *Digesta*, Vol. 1º e vol. 2º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- NEVES, Maria do Céu Patrão (Coord.), *Comissões de Ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*, 2ª edição revista e aumentada, Gráfica de Coimbra, 2002.
- NICOLAS, Guy, *La Responsabilité Médicale*, Paris, Flammarion, 1996.
- NIVARRA, Luca, “La responsabilit  civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza”, *Europa e diritto privato*, 2, 2000, 513-535.
- NUNES, Rui/ MELO, Helena/ NUNES, Cristina, *Genoma e Dignidade Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra Editora, 2002.
  - NUNES, Rui, “Dimensão  tica da Abordagem do Doente Terminal”, *Cadernos de Bioética*, 5, Dezembro de 1993, 13-48.
- NYS, Herman, *La Médecine et le Droit*, Kluwer, 1995.
  - — *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa – Inhoud en Gevolgen voor Pati nten en Hulpverleners*, Antwerpen – Groningen, Intersentia Rectswtenschappen, 1998.
  - — “Patient’s Rights in the context of internationalisation of care and cross-border care”, in 14<sup>th</sup> World Congress n Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 2002.
  - NYS, Herman, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12/2000, 67-87.
  - — “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (‘living wills’)”, *European Journal of Health Law*, 1,179-188, 1997.
- OBSERVATÓRIO PORTUGUÊS DOS SISTEMAS DE SAÚDE, *O Estado da saúde e a Saúde do Estado, Relatório de Primavera – 2002*, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “Prática médica, informa o e consentimento”, in *Coimbra Médica*, 14, 1993.
  - — “Auto-regula o profissional dos médicos”, *RLJ*, n.º3923.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *Mãe há só uma, Duas!*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
  - — *Estabelecimento da Filia o*, Coimbra, Almedina, 1995.
  - — *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
  - — *Temas de Direito da Família*, 2ª edi o, 2001.
  - — ***Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Almedina, 2001.**
- OLIVEIRA, Nuno Pinto, “Inconstitucionalidade do Art.º 6.º da Lei sobre a Colheita e Transplante de órgãos e Tecidos de Origem Humana (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril)”, *Scientia Iuridica – T. XLIX*, 2000, n.ºs 286/288.
  - OLIVEIRA, Nuno Pinto, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solu o do Dissentimento” Ensaio sobre um caso de “constitucionaliza o” do Direito C vil*, Publica es do Centro de Direito Biomédico, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- OSSWALD, Walter, “A Morte Anunciada”, *Cadernos de Bioética*, 12, Out. 1996, 55-59.
- OSSWALD, Walter, “Avalia o  tica dos Ensaios Clínicos”, in NEVES, Maria do C eu Patrão (Coord.), *Comissões de  tica – Das Bases Teóricas   Actividade Quotidiana*, 2ª edi o revista e aumentada, 2002, pp. 165-177.
- OSUNA, Eduardo/ LORENZO/ PÉREZ-CÁRCELES/ LUNA, “Informed Consent: Evaluation of the Information Provided to Elderly Patients”, *Med Law* (2001) 20:379-384.
- OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional de Bioética*, Coimbra, Almedina, 1999.
- OTLOWSKI, Margaret, *Voluntary Euthanasia and The Common Law*, Oxford University Press, 1997.
- PAIN-MASVRENIER, Marie-Thérèse, “Réflexions   propos de l’affaire Perruche (ou l’enfant qui vient au monde malgré lui)”, *Revue générale de droit médical*, n.º 6, 161 ss.
- PALACIOS, Marcelo, “La Convención de Asturias. Convención de Bioética”, *Rev Gen H* 7/1997, 161-163.
- PALAY-VINCENT, Catherine, *Responsabilit  du médecin*, Paris, Masson, 2002.
- PATRÍCIO, José Sim es, *Do Euro ao Código C vil Europeu*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- PARASCANDOLA/ Mark/ HAWKINS, Jennifer/ DANIS, Marion, “Patient Autonomy and the Challenge of Clinical Uncertainty”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number 3, September 2002, 245-264.
- PARIS, John, “Parental Right to Determine whether to use aggressive treatment for an early gestational age infant: the messenger case”, *Med Law* (1997) 16: 679-685.
- PAYLLIER, Pascal, *Rechtsprobleme der  rztlichen Aufklärung – unter besonderer Berücksichtigung der spital rztlichen Aufklärung*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.

- PEDROT, Philippe, “Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité (L’affaire Pretty c/Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l’homme du 29 avril 2002)”, *RDSS*, N.º 3 – Juillet-Septembre 2002, pp. 475-480.
- PENNEAU, Jean, *La Responsabilité du Médecin*, Paris, Dalloz, 1992.
- PEREIRA, Alexandre Dias, *Comércio Electrónico na Sociedade de Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999.
  - — “A Protecção do Consumidor no quadro da Directiva sobre Comércio Electrónico”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, CDC – FDUC.
- PEREIRA, Ana Leonor, *Eugenia em Portugal?*, Separata da Revista de História das Ideias, Vol. 20, Coimbra, 1999.
  - — *Darwin em Portugal – Filosofia, História, Engenharia Social (1865-1914)*, Coimbra, Almedina, 2001.
  - PEREIRA, Ana Leonor/ PITA, João Rui, *Egas Moniz em Livre Exame*, Coimbra, MinervaCoimbra, 2000.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, vide MONTEIRO, Jorge Sinde/ PEREIRA, André Dias, “Landesbericht Portugal”, in Jochen TAUPITZ (Ed.) *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Berlin, Heidelberg, [etc.], Springer, 2000, p. 819-866.
  - — “Country Report Portugal”, in Jochen TAUPITZ (Hrsg.), *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?/ The Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe – a Suitable Model for a World-Wide Regulation?*, Berlin, Heidelberg, [etc.], Springer, 2002, pp. 705-738.
  - — *Violação do dever de informar, âmbito de protecção da norma e comportamento lícito alternativo*, Coimbra, polic., 2002, (trabalho apresentado na cadeira de Direito Civil II)
- PEREIRA, André Gonçalves/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1993.
- PFLÜGER, Frank, “Patientenaufklärung über Behandlungsqualität und Versorgungsstrukturen – Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt und Krankenhaus?”, *MedR* 2000, Heft 1, pp. 6-9.
  - PFLÜGER, Frank, *Krankenhaustaftung und Organisationsverschulden: Zivilrechtliche Grundlagen der Haftung des Krankenhausträgers für medizinische und organisatorische Fehlleistungen*, Springer, 2002.
- PHILLIPSON, Gavin/ FENWICK, Helen, “Breach of Confidence as a Privacy Remedy in the Human Rights Act Era”, *The Modern Law Review*, Vol. 63, No. 5, September 2000, pp. 660-691.
- PICHLER, Johannes, *Rechtsentwicklungen zu einer Verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich*, Band 1 – *Die Patientenversicherungsrechte in Schweden, Finnland und Dänemark*, Wien, Köln, Weimar, Böhlau, 1994.
- PIMENTEL, Irene, “O Aperfeiçoamento da raça”, *História*, Ano XX, n.º3, Junho de 1998, 21 ss.
- PINTO, Carlos da Mota, “Valor dos Actos Jurídicos Praticados pelos Dementes”, *RDES*, ano XII (1965), pp. 33 ss.
- PINA, Esperança, *A Responsabilidade dos Médicos*, Lisboa, Lidel Edições Técnicas, 2ª ed., 1998.
- PINTO, Carlos da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970 (reimp. em 1982).
  - — *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1986.
- PINTO, Paulo da Mota, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica*, 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
  - — *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.
  - — “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, in FIGUEIREDO DIAS/ CABRAL BARRETO/ PIZARRO BELEZA/ PAZ FERREIRA (Org.), *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, pp. 527-558.
  - PINTO, Paulo da Mota, “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *BFD*, LXIX, Coimbra, 1993, pp. 479-585.
- PITA, João Rui / PEREIRA, Ana Leonor, “Liturgia Higienista no século XIX. Pistas para um estudo”, *Revista da História das Ideias*, 15, 1993, 437-559.
  - PITA, João Rui, *Farmácia e Medicamento*, Minerva, 1993.
  - — *História da Farmácia*, Ordem dos Farmacêuticos Secção Regional de Coimbra/ Minerva, 1998.
- *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica*, 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- POWERS, Michael/ HARRIS, Nigel, *Medical Negligence*, 2nd Edition, Butterworths, 1994.
- PREISER, Stanley/ WECHT, Cyril/ PREISLER, Monty, *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, Vol. 1, 1989.
  - — *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, Vol. 2: 1994 – Vol 3: 1994.

- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1999.
- PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS, *II Relatório de Portugal sobre a Aplicação da Convenção dos Direitos da Criança*, Lisboa, 1999.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, *Relatório Parecer nº26/95 da Procuradoria Geral da República*, DR IIª Série, de 24/04/97.
  - — *Parecer nº8/91 da Procuradora Geral da República*, in: *Pareceres*, vol. II, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa.
- PROVIDOR DE JUSTIÇA, Recomendação nº 4/B/00 (Artigo 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, [www.provedor-jus-pt](http://www.provedor-jus-pt)
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997.
  
- QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil da Extracontratual da Administração Pública*, Coimbra, 1995.
- QUINTANA, Octavi, “El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: un Convenio de consenso”, *Rev Gen H* 7/1997, 165-172.
  
- RAPOSO, Mário, “Procriação assistida – Aspectos éticos e jurídicos”, in: *Direito da Saúde e da Bioética*, Lex, Lisboa, 1991.
- RAMEIX/ ROUPIE, “Du Paternalisme à L’autonomie des Patients. L’exemple du consentement aux soins de réanimation”, in LEMAIRE/RAMEIX/GHANASSIA, *Consentement aux soins: vers une réglementation?*, Paris, Flammarion, 1995.
- RATAJCZAK/ STEGERS (Schriftleitung), «*Waffen-Gleichheit*» - *Das Recht in der Arzthaftung*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2002.
  - RATAJCZAK/ STEGERS (Schriftleitung), *Risiko Aufklärung – Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wobin fügrt die Rechtsprechung?*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2001.
- REGO, Carlos Lopes do, “Comentário ao Acórdão n.º 368/02, do Tribunal Constitucional, de 25 de Setembro de 2002”, *Revista do Ministério Público*, Ano 23, Out/Dez 02, n.º 92, 149-158.
- REILLY, Philip, “Genetic Discrimination”, LONG, Clarisa (Ed.), *Genetic Testing and the use of information*, Washington D.C., The AEI Press, 1999, pp. 106 e ss..
- REIS, Vasco, “O Sistema de Saúde Português: donde vimos para onde vamos”, in BARROS/ SIMÕES (Orgs.), *Livro de Homenagem a Augusto Mantas*, 1999, pp. 261-297.
- *Relatório da Comissão de Juristas sobre Medidas de Protecção dos Direitos das Pessoas em Situação de Incapacidade e Direito de Alimentos de Maiores em Situação de Carência Económica*, Maio, 2000.
- REPRESA POLO, Patricia, “Internamiento hospitalario de los enfermos de anorexia”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, 1999, 241-259.
- RESCH, “Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen”, in KOPETZKI (Hrgs.), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, p. 42 e ss.
- REUSSER, Ruth, “El nuevo Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Rev Gen H* 7/1997, 173-182.
- RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divórcio - Guarda Conjunta dos Filhos e Mediação Familiar*, Edições Pé da Serra.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.
- RICH, Ben, *Strange Bedfellows, How Medical Jurisprudence has Influenced Medical Ethics and Medical Practice*, New York, Noston, Dordrecht, London, Moscow, Kluwer Academic/ Plenum Publishers, 2001.
- RIDLEY, Donald, “Informed Consent, Informed Refusal, Informed Choice - What is it that makes a Patient’s Medical Treatment Decisions Informed?”, *Med Law* (2001) 20: 205-214
- RIEGER (Hrsg.), *Lexicon des Arztrechts*, 2., völlig neu überarbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller, 2001.
- RIFKIN, Jeremy, *O Século Biotech – A Criação de um novo Mundo*, Publicações Europa-América, 2001.
- RIQUITO/ VENTURA/ ANDRADE/ CANOTILHO/ GORJÃO-HENRIQUES/ RAMOS/ MOREIRA, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- ROCHA, Manuel António Lopes, “Bioética e Nascimento – O diagnóstico pré-natal. Perspectiva jurídico-penal,” *RPCC*, Ano I, Fasc. 2, Abril-Junho 1991, 175-204.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, in Figueiredo Dias (Org.) *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
  - — *Novo Olhar sobre a questão penitenciária – Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- RODRÍGUEZ/ GOMÉZ/ FERNÁNDEZ-CREHUET, “El Consentimiento Informado. Aplicación en la Práctica Clínica”, *Cuadernos de Bioética* 2000, 3º-4º, 402-408.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria, *Código de Leyes sobre Genética*, Bilbao, 1997.
- ROMEO MALANDA, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, parte I, *La Ley*, ano XXI, n.º 5.185, 16 de Novembro de 2000.
- ROSA, Maria João Valente, *O envelhecimento da População Portuguesa*, Cadernos do Público, 3.
- ROSOFF, Arnold, “Informed Consent in the Electronic Age”, *American Journal of Law & Medicine*, 25 (1999): 367-86.
- ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Vega/ Universidade, 1986.
- ROXIN, Claus/ SCHROTH, Ulrich, *Medizinstrafrecht (Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht)*, 2., überarbeitete Auflage, 2001.
- RUBIALES/ del VALLE/, GARCÍA/ GARAVÍS/ VECINO/ HERNANDEZ/ LÓPEZ-LARA, “La información a la familia del enfermo oncológico”, *Cuadernos de Bioética* 2000, 3º- 4º, 388-401.
  
- SÁ, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2001.
- SANCHO, Paulo, *Revista da Ordem dos Médicos*, Junho de 1997, 44-45.
- SANTOSUOSSO, Amedeo (a cura di), *Il Consenso Informato*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1996.
- SARGOS, Pierre, “Modalités, Preuve et contenu de l’information que le médecin doit donner à son patient”, *Médecine et Droit*, 27, nov-déc, 1997, 1-3.
- SCHÄFER, Dagmar, *Patientenverfügungen, Krank – aber entscheidungsfähig*, Verlag Hans Jakobs, 2001.
- SERRA, Adriano Vaz, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, *BMJ*, n.º 85, 208 e ss.
  - — “Culpa do devedor”, *BMJ*, 68, 1957, pp. 82 ss.
  - — “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *BMJ*, n.º 92 – Janeiro, 1960.
  - — “Anotação ao Acórdão do STJ”, *RLJ* 108 (1975/1976), p. 315 ss.
- SERRÃO, Daniel/ NUNES, Rui, *Ética em Cuidados de Saúde*, Porto, Porto Editora, 1998.
- SHAPIRA, Amos, “Country Report Israel”, in Jochen TAUPITZ (Ed.) *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000, pp. 691 ss.
- SCHICK, “Die Einwilligungsfähigkeit aus strafrechtlicher Sicht”, in KOPETZKI (Hrgs.), *Einnwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Wien, Manz, 2002.
- SHARPE, Charles, *Nursing Malpractice – Liability and Risk Management*, Westport - Connecticut - London, Auburn House, 1999.
- SILVA, Gomes da, “O Direito da Família no Futuro Código Civil”, *BMJ*, n.º 65, Abril, 1957, p.35
- SILVA, Paula Martinho da, “Em torno da discussão sobre transplantes de órgãos e tecidos – o caso particular de Portugal e Espanha”, in *Brotéria*, 137, n.º 6 Dezembro de 1993, 523-532.
- SILVA, Eva Sónia, *A Autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos*, Coimbra, 2000, polic..
- SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997.
- SILVA, Rev. P. Dr. Serafim Ferreira e, “Conceito e Momento da Morte, aspectos teológico-morais”, in *As Técnicas Modernas de Reanimação*, Porto, 1973.
- SIMÕES, Jorge/ LOURENÇO, Óscar, “As Políticas Públicas de Saúde em Portugal nos últimos 25 anos”, in BARROS/ SIMÕES (Orgs.), *Livro de Homenagem a Augusto Mantas*, Lisboa, ENSP, 1999, p. 99-141.
- SIMON, Pablo, *El consentimiento informado*, Madrid, Editorial Triacastela, 2000.
- SINGER, Peter, *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985.
- SKEEG, P.D.G., “English Medical Law and “Informed Consent”: Na Antipodean Assessment and Alternative”, *Medical Law Review*, 7, Summer 1999, 135-165.
- SKEEG, P.D.G., “Country Report New Zealand”, in Jochen TAUPITZ (Ed.) *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000, p. 773 e ss.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.



- — *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- STAUCH, Marc/ WHEAT, Kay with TINGLE, John, *Sourcebook on Medical Law*, London - Sidney, Cavendish Publishing, 1998.
- STEFFEN, Erich/ DRESSLER, Wolf-Dieter, *Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung*, 9., neubearbeitete Auflage, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum, 2002.
- STEINER, “Geschäftsfähigkeit und Heilbehandlung”, *RdM* 1994, 7 ss.
- STELLAMOR/ STEINER, *Handbuch des Österreichischen Arztrechts*, Band I: Arzt und Recht, Wien, Mansche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1999.
- STINGRE, Didier/ VERDEIL, Xavier, *Les infections nosocomiales*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002.
- STRAUSS, S A, *Doctor, Patient and the Law*, Thrd Edition, Pretoria, J L van Schaik, 1991.
  
- TAG, Brigitte, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis: eine arztstrafrechtliche Untersuchung*, Springer, 2000.
- TAMBURINI, “Dall’informazione alla comunicazione”, in SANTOSUOSSO, (a cura di), *Il Consenso Informato*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1996.p. 69 e ss.
- TAUPITZ, Jochen (Hrsg.), *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? - The European Convention on Human Rights and Biomedicine, a suitable model for a worldwide regulation?*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2002.
  - TAUPITZ, Jochen/ BREWE, Manuela, *Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten Knapper Kassen*, Springer, 2001.
  - TAUPITZ, Jochen, “El Derecho a no saber en la legislación alemana”, *Rev Der Gen H* 8/1998, 105-125 e 9/1998, 163-179.
- TELLES, Inocêncio GALVÃO, *Contratos Cíveis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. VII, pp. 114-282.
- TERRY, Nicolas, “Cyber-Malpractice: legal Exposure for Cybermedicine”, *American Journal of Law & Medicine*, 25 (1999), 327-66.
- THE SWEDISH COMMITTEE ON TRANSPLANTATION, Stockholm, 1989.
- REDE EUROPEIA DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA “Medicina e Direitos do Homem” da Federação Europeia das Redes Científicas, *A Saúde face aos Direitos do Homem à Ética e às Morais*, Instituto Piaget.
- THOUVENIN, Dominique, *La Responsabilité Médicale – Analyse des Données Statistiques Disponibles et des Arrêts Rendus par La Cour de Cassation et le Conseil d’État e 1984 à 1992*, Paris, Flammarion, 1995.
- TOMASMA, David, “A model of Community substituted consent for research on the vulnerable”, *Medicine, Health Care and Philosophy* 3, 2000, 47-57.
- TORRALBA, Jorge, “Caminhos para uma Reforma do Serviço Nacional de Saúde”, in Presidência da República, *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, INCM, 1999.
- TSUKAMOTO, “The irreversibility of the Persistent Vegetative State, Persistent vs Permanent Vegetative State”, 14<sup>th</sup> World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 76
  
- UBEL, Peter, *Pricing Life, Why it’s time for health-care rationing*, A Bradford Book, 2000.
- UHLENBRUCK, “Der patientenbrief – die privatautonomie Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod”, *NJW* 1978, 569 ss.
- US NATIONAL BIOETHICS ADVISORY COMMISSION, “Research Involving Persons with Mental Disorders that may affect Decisionmaking Capacity – Executive Summary”, *Journal international de bioéthique*, 2002, vol. 13, n. 1, 109-141.
  
- VANSWEEVELT, Thierry, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l’Hôpital*, Bruylant (Bruxelles), CED-Samson (Bruxelles), MAKLU Uitgevers (Anvers-Apeldorm), 1996.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana, *Aspectos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1990.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 1996.
  - — *Direito da Família*, 1<sup>o</sup> Vol., 5<sup>a</sup> edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1999.
  - VARELA, Antunes / BEZERRA, Miguel / NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985

- VARELA, Antunes, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127º, n.º 3843, n.º 3849, n.º 3852.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995.
- VÁZQUEZ FERREYRA/ TALLONE, *Derecho Médico y mala praxis*, 2000.
- VEATCH, Robert, *Cross Cultural Perspectives in Medical Ethics*, 2nd Edition, Jones and Bartlett Publishers, 2000.
- VEIGA, Francisco / MONTEIRO, Fátima / TELES, Natália e GUERREIRA, Teresa, “Eutanásia – pelo Direito de Morrer em Paz”, *Cadernos de Bioética*, Ano XI, n.º 24, Dezembro de 2000, 97-111.
- VELOSO, António José de Barros, *Medicina: A Arte e o Ofício*, Gradiva.
- VELOSO, Maria Manuel, *A Compensação por Dano Contratual não Patrimonial (em especial no direito de Autor)*, Coimbra, polic., 1998.
- VELTEN, Wolfram, *Der Medizinisch Standard im Arzthaftungsprozess, Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standard medizinischer Heilbehandlung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.
- VERHEGGEN, Frank, “Myth and reality of informed consent in clinical trials”, *Med Law* (1997) 16: 53-69.
- VERREL, Torsten, “Zivilrechtliche Vorsorge ist besser als strafrechtliche Kontrolle – Zum Stellenwert von Patientenverfügung, Betreuungsverfügung, Vorsorgevollmacht und vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung”, *MedR* 1999, Heft 12, 547-550.
- VICENTE, Dário Moura, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001.
- VILALTA, A Esther/ MÉNDEZ, Rosa, *Responsabilidad médica*, BOSCH, 1999.
- VINCENT, Gilbert (sous la direction de), *Responsabilités professionnelles et déontologie. Les limites éthiques de l'efficacité*, L'Harmattan, 2002.
- VINEY, Geneviève, “Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion”, *La semaine juridique – édition générale*, n.º 2 10 janvier 2001, 65.
- VOLL, Doris, *Die Einwilligung im Arztrecht – eine Untersuchung zu den Straf-, Zivil – und Verfassungsrechtlichen Grundlagen, insbesondere bei Sterilisation und Transplantation unter Berücksichtigung des Betreuungsgesetzes*, Peter Lang, 1995.
- Von NARR/ REHBORN, *Arzt – Patient – Krankenhaus*, 2. Auflage, dtv, 1991.
- WALLACE, Paul, *Terramoto Geracional: uma viagem na montanha russa demográfica*, Europa-América, 2001.
- WARREN e BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890.
- WEAR, Stephen, *Informed Consent – Patient Autonomy and Clinician Beneficence within Healthcare*, 2<sup>nd</sup> Edition, Washington, D.C., Georgetown University Press, 1998.
- WETTSTEIN, Herri, *Leben-und Sterbenkönnen (Gedanken zur Sterbebegleitung und zur Selbstbestimmung der Person)*, Bern, Peter Lang, 2000.
- WHITE, Becky Cox, *Competence to Consent*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 1994.
- WICKS, Elizabeth, “The Right to Refuse Medical Treatment under the European Convention on Human Rights”, *Medical Law Review*, 9, Spring, 2001, 17-40.
- WIDDERSHOVEN, “The doctor-patient relationship as a Gadamerian dialogue: A response to Arnason”, *Medicine, Health Care and Philosophy* 3, 2000, 25-27.
- WIENKE, Albrecht/ LIPPERT, Hans-Dieter (Hrsgs.), *Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht – Ausgewählte medizinrechtliche Aspekte*, Springer, 2000.
- WINFIELD & JOLOWICZ, *Tort*, II Edition by W.V.H. ROGERS, London, Sweet & Maxwell, 1979.
- WOLF, Manfred/ HORN, Norbert/ LINDACHER, Walter, *AGB-Gesetz Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Kommentar*, München, Verlag Beck, 1984.
- ZIMMERMANN, Theodor, *Die Auswirkungen des Betreuungsrechts in der ärztlichen Praxis, Einwilligung, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Forschung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997.