

Rui Miguel Lima Alves

O CONSENTIMENTO NO TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO:

O CONSENTIMENTO DOS INCAPAZES



Porto

26 de Setembro de 2011

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE INFANTE D. HENRIQUE

MESTRADO EM DIREITO



MESTRADO EM DIREITO

O CONSENTIMENTO NO TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO:

O Consentimento dos Incapazes

Rui Miguel Lima Alves

Dissertação de Mestrado em Direito.

Trabalho realizado sob a orientação do Sr. Professor Doutor Manuel da Costa
Andrade

Porto, Universidade Portucalense

Setembro de 2011

Os meus agradecimentos,

Ao Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, orientador desta dissertação, pela preciosa ajuda, aconselhamento, disponibilidade e simpatia demonstradas na feitura deste trabalho.

Ao Senhor Professor Gonçalo Dias Pereira pela disponibilidade e conselhos prestados.

Aos meus familiares e amigos que, dotados de espírito crítico, me apoiaram paciente e incondicionalmente, pois sem eles teria sido uma tarefa muito mais árdua.

“Um Homem é capaz
de uma coisa quando pode fazer o que
quer no momento em que o quiser”.

Sócrates

RESUMO

A presente investigação desenrola-se em volta da temática do consentimento informado nos tratamentos médico-cirúrgicos, mais especificamente o consentimento dos incapazes em razão da idade e de anomalia psíquica.

A obrigação de o médico obter o consentimento informado do paciente, para efectuar intervenções médicas, é relativamente recente e tem como fundamento o respeito pela vontade e autodeterminação do paciente. Estes princípios não eram tidos em consideração no momento de tomar uma decisão médica, já que era o médico que decidia qual o melhor interesse do paciente, mesmo que para isso fosse necessário ocultar-lhe o verdadeiro quadro clínico.

Esta situação transformou-se completamente e a antiga regra é agora a excepção, pois o paciente tem capacidade decisória e o poder de escolher o que pode ou não ser feito com o seu corpo.

O consentimento para ser válido e eficaz tem de obedecer a alguns pressupostos como são a capacidade, a liberdade de decisão e a informação completa que permita ao paciente ficar terapeuticamente esclarecido para, deste modo, escolher qual a melhor solução para a sua situação médica.

É neste sentido que surge o problema dos indivíduos incapazes, já que como não têm capacidade para consentir são necessárias formas de suprir a sua incapacidade, de modo a permitir que sejam preservados os melhores interesses destes indivíduos.

Palavras-Chave: consentimento informado, incapaz, capacidade, menor, tratamento e menoridade.

ABSTRACT

This research discusses the theme of the informed consent in medical and surgical treatments, specifically the consent of incapable individuals on grounds of age and mental disorder.

The obligation of the physician to obtain the informed consent, in order to perform medical interventions, is relatively recent and is based upon the respect of the will and self-determination of the patient. These principles were not taken into consideration when making a medical decision, since the doctor decided the best interests of the patient, even if, for that, he had to hide the real clinical status.

This situation has completely changed and the old rule is now the exception, because the patient now has the capacity to choose what can or cannot be done with his body.

For the consent to be valid and effective it must fulfil certain conditions as the capacity, the freedom of decision and the complete information in order to allow the patient to be therapeutically informed, thus he could choose the best solution for the medical situation that he's facing.

In this sense, the problem with the incapable individuals, once they don't have the capacity to consent, lies on the need to find how these individuals can express their will, so that their best interests can be protected.

Keywords: informed consent, incapable, capacity, minor, treatment and minority.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CDOM - Código Deontológico dos Médicos

CEDHBio - Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ÍNDICE

RESUMO	5
ABSTRACT	7
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	8
INTRODUÇÃO	12
Capítulo I – O Consentimento Informado	15
1.Elementos Históricos do Consentimento Informado	15
1.1-Alemanha	17
1.2-Itália.....	18
1.3-França	18
1.4-Espanha	19
2.Legislação Internacional e Nacional.....	19
3.O Consentimento Informado	23
3.1-A quantidade de informação.....	26
3.2-Informação sobre os riscos	28
3.3-O consentimento como causa de justificação	29
4.Excepções ao Consentimento Informado.....	31
Capítulo II – O Consentimento Informado de Incapazes	34
1.A Capacidade para Consentir	34

2.Os Menores	35
2.1-A recusa do menor com mais de 16 anos	40
2.2-O menor sem capacidade para consentir.....	41
2.3-A recusa do tratamento por parte dos pais.....	42
2.4-As soluções do Direito Comparado	45
3.Os Adultos Incapazes	47
3.1-Os Adultos Incapazes com Representante Legal.....	47
3.2-Incapazes Adultos Sem Representante Legal.....	50
3.2.1-A Família	51
3.2.2-O Médico.....	52
3.2.3-O Ministério Público	54
3.2.4-Testamentos de Paciente e Procurador de Cuidados de Saúde	55
3.3-Soluções do Direito Português e possíveis alterações.....	59
3.4-As Soluções do Direito Comparado	62
3.4.1-Espanha	62
3.4.2-França	63
3.4.3-Bélgica	64
3.4.4-Holanda.....	65
3.4.5-Alemanha	66
3.4.6-Inglaterra	66
3.4.7-Estados Unidos da América	68
4-Análise do Projecto de Lei N.º788/X, Direito dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado.....	69

5-Intervenções Médicas Invasivas em Incapazes	75
5.1-Colheita e Transplantes de Órgãos e Tecidos de origem humana	76
5.1.1-Colheita de Órgãos e Tecidos em Cadáveres.....	78
5.2-Ensaio Clínico com Medicamento de Uso Humano	79
5.3-A Esterilização de Incapazes	84
5.4-A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo de Pacientes Incapazes	85
5.5-Interrupção Voluntária da Gravidez.....	89
5.6-Procriação Medicamente Assistida	90
5.7-As Terapêuticas Não Convencionais.....	91
CONCLUSÃO	92
BIBLIOGRAFIA.....	95

INTRODUÇÃO

O Consentimento Informado para a prática de acto médico tem vindo a ganhar enorme relevância nos últimos anos. Esta crescente importância tem origem, por um lado, no desenvolvimento da Medicina, ao qual não são alheias as constantes inovações tecnológicas e científicas, que acabam por influenciar positivamente a qualidade e a eficácia do diagnóstico e da intervenção ou tratamento, e, por outro lado, no surgimento e desenvolvimento de novos ideais da sociedade ao conferir maior importância à dignidade¹, autonomia e vontade do indivíduo. Desta forma, a relação que se estabelece entre o médico e o paciente tem vindo a sofrer alterações, na medida em que se atribui maior relevância e preocupação aos direitos fundamentais da pessoa. Actualmente, o paciente já não tem um papel passivo no tratamento médico, como sucedia na Medicina Antiga, pois é um sujeito com capacidade activa na decisão médica, sendo capaz de intervir para defender os seus interesses ao aceitar ou recusar as opções médicas que lhe devem ser propostas pelo médico.

Com o advento e desenvolvimento da doutrina do consentimento informado, a lei altera o papel do paciente, pois, atribui-lhe capacidade decisória, escolhendo aquilo a que se aceita ou não submeter, sendo desta forma tratado como um fim em si mesmo e não como objecto de um acto médico.^{2 3} Esta autonomia do paciente não existia na Medicina Antiga, época em que o verdadeiro estado clínico do doente era ocultado, uma vez que a

¹ JOÃO CARLOS GONÇALVES LOUREIRO refere que a dignidade da pessoa humana é um “valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos”. Cfr. LOUREIRO, João Carlos Gonçalves – “O Direito à Identidade Genética do Ser Humano”, *in Portugal Brasil Ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, p. 279-281, *Apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coleção do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º24, Coimbra Editora, 2010, p. 21.

² Cfr. RODRIGUES, João Vaz - *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º3, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 27.

³ Kaufmann defende que “a pessoa humana não deve nunca ser utilizada como um meio para atingir um fim, mesmo que com isso os outros pretendam apenas realizar o melhor para ela. A pessoa humana é dona de si mesma.” Cfr. KAUFMANN, Arthur – *Die Eigenmächtige Heilbehandlung*, *ZStW*, 1961, p. 360, *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa - *Consentimento e Acordo em Direito Penal* – Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 403, nota de rodapé 118.

evolução da doença e respectivos prognósticos eram incertos e inexactos. Apesar de a verdade clínica não ter sido sempre a prática corrente, em muito devido aos incipientes conhecimentos científicos e ao reduzido desenvolvimento cultural, a realidade é que o médico procurou sempre o bem-estar dos doentes e não o seu mal, algo que se apreende do afamado Juramento de Hipócrates.⁴

Todavia, mesmo havendo uma maior protecção do indivíduo e dos seus Direitos Fundamentais, emerge a problemática do consentimento de incapazes, quer se trate de adultos incapazes ou menores, isto é, saber como será prestado o consentimento por estes indivíduos, já que são considerados, à partida, incompetentes para consentir. Naturalmente, e tendo em conta a especial vulnerabilidade destas pessoas, cabe à sociedade em geral, e ao legislador em particular, protegê-los contra possíveis atropelos à sua integridade física e moral.

Neste sentido, procuramos analisar a problemática que o consentimento prestado por menor e por adulto incapaz levanta na prática da medicina, pelo que, se mostra indispensável abordar as posições da doutrina jurídica e da deontologia médica sobre a temática, nomeadamente, saber quando o menor tem a idade e capacidade de entendimento suficiente para consentir e, assim, entender os benefícios e consequências da intervenção médica; importa igualmente saber qual o procedimento a adoptar quando o adulto incapaz tem e não tem representante legal atribuído, bem como as formas de suprir tal falta de representação. Neste sentido, é analisado o papel do Tribunal, da família, do médico, do Ministério Público, dos testamentos de paciente e, também, quais as soluções que outros ordenamentos jurídicos consagram para solucionar as dificuldades que podem surgir do consentimento de incapazes. Para além disso, analisaremos o Projecto de Lei 788/X relativo ao Consentimento Informado, procurando, por fim, encontrar soluções que visem melhorar o consentimento relativamente aos menores e aos adultos incapazes,

⁴ Cfr. SILVA, João Ribeiro – *Perspectivas da Bioética: Bioética Contemporânea III*, Edições Cosmos, 2003, p. 54.

sobretudo no que concerne à sua representação para, desta forma, se conseguir fazer respeitar e proteger os seus direitos da melhor forma possível.

CAPÍTULO I – O CONSENTIMENTO INFORMADO

1. Elementos Históricos do Consentimento Informado

Muitos foram os anos em que os profissionais da Medicina eram vistos e reconhecidos como um ser altivo, superior e, até, autoritário. Eram tempos em que os cuidados de saúde eram algo desumanizados, em que o médico não tinha obrigação de informar e esclarecer o paciente. Estes eram os tempos do Paternalismo Médico⁵ segundo o qual o médico podia omitir o verdadeiro estado de saúde do doente, sendo prática normal não o esclarecer quanto ao diagnóstico, riscos e tratamentos a efectuar. Esta foi a *praxis* durante os tempos em que os cuidados de saúde se baseavam no Juramento de Hipócrates⁶, segundo o qual “o paciente não tem cara”.⁷ Este pensamento estava alicerçado no facto de o paciente não ter o mínimo conhecimento no âmbito da Medicina, pelo que o médico não estava obrigado a esclarecê-lo sobre os procedimentos a adoptar e podia decidir pelo doente, já que era visto como um sujeito com habilitações e competências para decidir o que, *in casu*, fosse o melhor para o enfermo.

O paternalismo Clínico colocava de parte a autonomia e vontade do paciente ao não haver um dever de o informar, pelo que não era possível o consentimento informado. Este paradigma foi alterado e instituída a necessidade de ser obtido o consentimento informado, prévio ao acto médico,

⁵ O Paternalismo clínico perdurou desde a Grécia Antiga até, sensivelmente, à segunda metade do século XX. Foi abolido em resultado das mutações sociais e políticas que a 2ª Guerra Mundial desencadeou, mormente com a maior protecção dos Direitos Fundamentais do Homem.

⁶ A Hipócrates, considerado o fundador do Paternalismo Médico, atribui-se a célebre expressão: “Faz tudo ocultando ao doente a maioria das coisas [...] distrai a sua atenção. Anima-o sem lhe mostrar nada do que se vai passar nem do seu estado actual [...]”, *Apud* OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias - *Consentimento Informado*, publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Coimbra, 2006, p. 11.

⁷ Cfr. REIS, Rafael Vale – *O Consentimento na Relação Médico Paciente* – texto do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 4.

como uma forma de garantir e respeitar os direitos do paciente uma vez que é dada ao doente a possibilidade de decidir o que fazer com o seu corpo e a sua saúde.⁸

A obtenção do consentimento tem vindo a enraizar-se na prática clínica das últimas décadas, pelo que se tem atribuído maior relevância à autodeterminação do doente, em contraste absoluto com o paternalismo clínico defendido por Hipócrates.⁹ Estes novos direitos, motivados por novos ideais, fizeram surgir as primeiras decisões de Tribunais, relativas ao consentimento informado prestado pelo doente no âmbito de um acto médico, que visam garantir o respeito pela vontade do doente.

O ordenamento jurídico inglês, desde muito cedo, focou a sua objectiva na necessidade de obter a colaboração do doente, como se afere na sentença pioneira, proferida no séc. XVIII, mais precisamente em 1767, relativa ao caso *Slater versus Baker & Stapleton*, em que o Tribunal decidiu que a actuação de dois médicos foi contrária ao costume profissional, tendo sido responsabilizados por não terem, previamente, obtido o consentimento do doente num acto médico em que lhe quebraram o osso da perna para tratarem uma fractura mal consolidada.¹⁰

Em 1774, a Declaração de Filadélfia, fruto de ideais iluministas, promoveu o direito individual à liberdade e à propriedade, o que acabou por se traduzir no desenvolvimento da Biomedicina.

Nos tribunais dos Estados Unidos da América os casos relacionados com o consentimento informado, por parte do paciente, para a prática de actos médicos, existem desde o início do séc.XX. A sentença proferida pelo Juiz Benjamin Cardozo, em 1914, no caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, é vista como “o embrião da doutrina do consentimento informado”.¹¹

⁸ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme – *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição aumentada, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 60.

⁹ Segundo José Faria Costa, a autodeterminação do paciente contribuiu para a substituição do modelo paternalista por um modelo de autonomia do doente enquanto agente activo, detentor de direitos. Cfr. COSTA, José Faria – “O Fim da Vida e o Direito Penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*; Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 792.

¹⁰ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 33 e nota de rodapé n.º31.

¹¹ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 30.

Neste aresto ficou célebre a afirmação proferida pelo Juiz supracitado: “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”, que haveria de consagrar o direito do paciente a dispor livremente do seu corpo.¹²

A proliferação e evolução da doutrina do consentimento informado sucedeu, principalmente, nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial. Somente em 1957 a expressão “*Informed Consent*” foi aceite pela jurisprudência dos Estados Unidos da América, ao ser utilizada pioneiramente por um Tribunal Californiano.^{13 14} A partir desta sentença, tornou-se indispensável o dever de o médico informar o doente e obter o consentimento previamente ao acto médico. Em pouco tempo, este dever generalizou-se aos restantes ordenamentos jurídicos Anglo-Saxónicos e Europeus.

Nos dias correntes, o consentimento informado é encarado como basilar na relação médico-paciente, tendo sido abandonada a filosofia paternalista, herdada do Juramento de Hipócrates. O médico já não está numa posição altiva perante o doente, pelo que se estabeleceu uma relação de confiança entre o médico e o paciente, sendo possível um diálogo aberto que esclareça todas as dúvidas e anseios que o paciente possa demonstrar, até porque este já se encontra abalado psicologicamente devido à doença, pelo que necessitará de um médico disposto a o ouvir e auxiliar.

1.1-Alemanha

Na Alemanha aponta-se a sentença do caso *Reichsgericht*, de 1894, como o marco primeiro do desenvolvimento da doutrina do consentimento

¹² Juiz Benjamin Cardozo, *Apud* PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º9, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 58.

¹³ Cfr. PEREIRA, André Dias - *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade* - Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa de Macau, República Popular da China a 18 de Julho de 2008, p. 2.

¹⁴ Tratou-se do caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* em que o paciente (Martin Salgo) ficou paralisado após a intervenção cirúrgica a que foi submetido, não tendo sido informado sobre esta possível consequência.

informado.¹⁵ Já desde 1931, antes da subida ao poder de Adolf Hitler, existia na Alemanha legislação que determinava a obtenção do consentimento prévio aos actos médicos de experimentação científica com o ser humano. O texto constitucional alemão de 1949, em muito influenciado pelos horrores desencadeados pelos ideais nazis e pelos regimes totalitários que então vigoraram, promoveu a dignidade e personalidade da pessoa humana, bem como o seu direito ao consentimento informado.¹⁶

1.2-Itália

Em Itália, o consentimento informado também está presente a nível constitucional ao proteger a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana (artigos 2º, 13º e 32º da Constituição Italiana). A nível jurisprudencial, o consentimento informado surge destacado numa sentença proferida pela *Corte d'Appello* de Milão a 21 de Março de 1939. Neste caso o médico actuou sem obter o consentimento e o paciente faleceu por complicações pós-operatórias resultantes de graves distúrbios no crânio. Em sequência, a esposa demandou o médico, todavia não lhe foi dada razão, pois não ficou provado que o médico tenha violado qualquer comportamento, mas foi, pela primeira vez, vagamente delineado o dever de informar por parte deste.¹⁷

1.3-França

A jurisprudência desempenhou também um papel central no desenvolvimento da doutrina francesa do consentimento informado. Na sequência da sentença proferida, em 1889, no Tribunal de Liège, começou a admitir-se a necessidade de ser obtido o consentimento prévio do doente, para

¹⁵ Neste caso o médico procedeu à amputação do pé, alegando a possível infecção tuberculosa de uma criança de sete anos, contra a vontade do seu pai, algo que foi considerado como um limite ao tratamento médico lícito, apesar de efectuado segundo as *leges artis*. Cfr. RODRIGUES, João Vaz - ob. cit., p. 36.

¹⁶ Cfr. PEREIRA, André Dias - O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente, ob. cit., p. 59-60.

¹⁷ Cfr. RODRIGUES, João Vaz - ob. cit., p. 37 e 40.

assim ser possível realizar uma intervenção médica. Contudo, o caso mais relevante da jurisprudência francesa surge em 1961, no qual se afirma 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*”.¹⁸

1.4-Espanha

Em Espanha, o consentimento informado decorre da consagração constitucional do dever de respeito pela integridade física e dignidade da pessoa.¹⁹ A nível jurisprudencial destaca-se uma sentença de 1959, proferida pelo Supremo Tribunal, na qual ficou provado que o médico agiu sem obter o consentimento informado do paciente ou dos familiares. Entendeu o referido Tribunal que era dever do médico obter “[...] a autorização expressa da pessoa interessada, maior de idade e em plenitude de juízo, como dono da sua integridade corporal”.²⁰

2.Legislação Internacional e Nacional

Com a crescente consciencialização da autonomia, liberdade e dignidade das pessoas, foram surgindo várias normas cuja finalidade era garantir que abusos e violações contra a dignidade humana, como sucederam em grande número na II Guerra Mundial, não se repetissem.

A necessidade de tornar o consentimento informado numa exigência para a prática de actos médicos consubstanciou-se pouco após o *terminus* da

¹⁸ Cfr. NICOLAS, Guy, *La Responsabilité Médicale*, 1996, p. 34, *Apud* PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 61.

¹⁹ Artigos 9º n.º2 (Direito de Liberdade e Igualdade), 10º n.º1 (Direitos de Personalidade), 15º (Direito à Vida, Integridade Física e Moral), 43º (Protecção da Saúde).

²⁰ Neste caso, o doente foi submetido a uma intervenção cirúrgica a uma hérnia inguinal, tendo o médico detectado no decorrer da operação um tumor no pénis, pelo que lhe decepou o membro totalmente. O paciente estava anestesiado localmente, lúcido e os seus familiares encontravam-se no Hospital, pelo que teria sido possível obter o consentimento para esta operação, uma vez que a vida do enfermo não estava em causa. Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 45 e 46.

Guerra, em 1947, com o Código de Nuremberga. Este código inovador defende os direitos dos pacientes, nomeadamente, o direito à autodeterminação, estando, no entanto, mais direccionado para o âmbito da experimentação clínica.²¹ O Código de Nuremberga consagrou a doutrina do consentimento informado e exige quatro requisitos para que a autorização do paciente seja considerada válida: ser voluntário, ser prestado por pessoa capaz, ter sido informado e esclarecido.²²

Um ano volvido surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, embora não efectue menções concretas no âmbito da Medicina, acaba por, indirectamente, aludir à protecção do ser humano no artigo 12º ao estatuir que: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada [...]. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”.²³

O Direito ao Consentimento surge positivado pela primeira vez no Direito Internacional com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em 1966. Menciona o seu artigo 7º que “ninguém será submetido à tortura nem a pena ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento”.²⁴

Adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional a 1 de Dezembro de 1999, a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, também apelidada de Convenção de Oviedo, desempenhou um papel fulcral no desenvolvimento do Direito Biomédico. Esta Convenção protege, de acordo com o artigo 1º, “[...] 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”.

²¹ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 59.

²² Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 35.

²³ Cfr. Declaração Universal dos Direitos do Homem, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>.

²⁴ Cfr. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>.

Destaca-se, ainda, o artigo 5º relativo ao consentimento²⁵, o artigo 6º relativo à protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento²⁶ e, também, o artigo 7º relativo à protecção das pessoas que sofram de perturbação mental.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 3º n.º2 alínea a), consagra o consentimento informado como pressuposto do acto médico.²⁷

O ordenamento jurídico português protege a integridade física e moral do indivíduo e garante a sua autodeterminação. Exemplo disto são os artigos 1º, 9º alínea b), 12º, 13º, 25º, 26º, 63º, 64º, 71º e 72º da CRP que atribuem ao Estado a função de garantir os direitos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, logo recai sobre o Estado a responsabilidade principal na protecção das pessoas incapazes, mais vulneráveis e dependentes, nomeadamente no que diz respeito ao dever de tutelar e garantir o direito à saúde dos cidadãos.²⁸

O consentimento informado está previsto, de forma mais concreta, no Código Penal, que exige, em regra, a sua verificação para a prática do acto médico. Este Código estabelece, no artigo 156º n.º1, sanções para os profissionais médicos que não cumpram o dever de obter o consentimento prévio do doente, bem como excepções a esta obrigatoriedade no n.º2. O CP institui, também, o dever de esclarecimento do paciente no artigo 157º. Destacam-se, ainda, os artigos 38º, 39º, 149º e 150º do CP, relativamente à

²⁵ Artigo 5º da CEDH Bio: “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

²⁶ Destaca-se o n.º3 do artigo 6º da CEDH Bio que refere: “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. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”.

²⁷ Cfr. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>.

²⁸ Neste sentido vide RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 60-61.

regulação do direito ao consentimento informado no ordenamento jurídico português.

No Código Civil, ganha destaque o artigo 70º ao consagrar o Direito Geral de Personalidade protegendo o direito à integridade física ou moral. No mesmo sentido proteccionista encontramos, na lei civil, o artigo 340º que, com as devidas adaptações, considera lícita a conduta do médico que actue após ter obtido o consentimento do doente para determinado tratamento ou intervenção (n.º1), excepto nos casos em que tal seja contrário à lei ou aos bons costumes (n.º2).

O consentimento informado é igualmente referido em normas deontológicas, nomeadamente, nos artigos 44º e seguintes do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.²⁹

Para além disso, o consentimento informado aparece enunciado noutros diplomas avulsos e legislação dispersa. É possível elencar: a Lei de bases da Saúde de 1968; a Lei n.º46/2004, de 19 de Agosto, sobre Ensaios Clínicos; a Lei n.º12/93, de 22 de Abril, sobre Transplantes de Órgãos e Tecidos (actualizada pela Lei n.º22/2007, de 29 de Junho, e, pela Lei n.º12/2009, de 26 de Março); a Lei n.º3/84, de 24 de Março, sobre Esterilização; o Despacho n.º108/97 da Ministra da Saúde, DR, II 6-8 sobre Diagnóstico Pré-Natal; a Lei n.º36/98, de 24 de Julho, sobre Saúde Mental; o artigo 84º do Decreto-Lei 104/98, de 21 de Abril, referente ao Estatuto da Ordem dos Enfermeiros; os artigos 17º a 19º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos Dentistas.

²⁹ Cfr. Código Deontológico da Ordem dos Médicos, [consult. 17/05/2011], disponível em: https://www.ordemdosmedicos.pt/send_file.php?tid=ZmljaGVpcm9z&did=c06d06da9666a219db15cf575aff2824.

3.0 Consentimento Informado

Importa, agora, feita que está uma sucinta exposição dos principais dispositivos legais que disciplinam o consentimento informado, mencionar as suas particularidades e pressupostos.

O Consentimento, para ORLANDO DE CARVALHO, “significa o comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, uma determinada actuação, no caso do consentimento para o acto médico, uma actuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio, em benefício alheio ou em benefício geral”.³⁰ Segundo este autor o consentimento pode ser subdividido em três categorias: o consentimento tolerante, que justifica a agressão de um terceiro sem lhe atribuir qualquer poder jurídico (artigo 340º do CC); o consentimento autorizante, que admite um poder de agressão a um terceiro, apesar de o bem jurídico manter a sua natureza pessoal, sendo livremente revogável, não obstante a possibilidade de existir uma obrigação de indemnização (artigo 81º n.º2 do CC); e o consentimento vinculativo, que atribui eficácia jurídica e vinculativa de natureza contratual à disposição de um determinado direito subjectivo.³¹

O consentimento, para ser válido, deverá ser prestado por uma pessoa capaz, com total liberdade e devidamente esclarecida.³² A verificação da capacidade é essencial para garantir a validade do acto médico e da licitude da ofensa à integridade física do paciente. O regime jurídico do consentimento informado obriga o médico a respeitar a autodeterminação do paciente e, conseqüentemente, a informá-lo e esclarecê-lo sobre o diagnóstico, alcance,

³⁰ Cfr. CARVALHO, Orlando de – Noção inspirada na prelecção proferida a 13.01.1996 na aula inaugural do Curso de Pós-Graduação em Direito da Medicina promovido pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Apud* RODRIGUES, João Vaz - ob. cit., p. 24, nota de rodapé n.º7.

³¹ Cfr. CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Centelha, 1981, p. 183-184, *Apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 173.

³² Neste sentido, ver Ponto II do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º301/06.4TVPRT.P1.S1, de 18-03-2010, onde se refere que: “O consentimento só é válido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica”.

estado e desenvolvimento da doença, terapia proposta, consequências e riscos da intervenção ou tratamento proposto e possíveis alternativas.³³

Para que as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos com finalidade terapêutica não constituam ofensas à integridade física³⁴, devem ser efectuadas de acordo com o artigo 150º do CP³⁵, ou seja, devem ser levadas a cabo de acordo com as *leges artis*.³⁶ Para que isso se verifique, é necessário que o agente seja um “médico ou outra pessoa legalmente autorizada”, que actue com finalidade terapêutica (“prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”), que a intervenção seja realizada por indicação médica e com respeito pelas *leges artis*, isto é, que sejam “intervenções ou 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*”.³⁷ Quando a intervenção ou procedimento é realizado tendo em conta as *leges artis*, não é lesado o bem jurídico integridade física, pelo que se for levada a cabo sem o consentimento do paciente, estamos perante um crime contra a sua liberdade e autodeterminação, de acordo com o artigo 156º do CP. Logo, nestas situações de intervenções médicas arbitrárias, sem o consentimento ou informação adequada, o médico poderá ser responsabilizado por danos patrimoniais e não

³³ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 28; e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Proc. N.º042434, de 09-03-2000, onde se refere, no ponto II do sumário, que “Os médicos dos estabelecimentos públicos de saúde têm o dever de prestar aos pacientes informação adequada sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado, em ordem a permitir-lhes uma opção esclarecida entre receber ou recusar os cuidados de saúde propostos.”

³⁴ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2004, p. 445.

³⁵ Cfr. Artigo 150º n.º1 do 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”.

³⁶ O Acórdão n.º683/05.5TAPTG.E1 do Tribunal da Relação de Évora, de 08-04-2004, precisa o conteúdo deste conceito ao referir que: “As *leges artis* são as “regras da arte” [...] reconduzem-se a normas escritas (não jurídicas) de comportamento, fixadas ou aceites por certos círculos profissionais e análogos e destinadas a conformar as actividades respectivas dentro de padrões de qualidade, designadamente, a evitar o desenvolvimento de perigo ou a ocorrência de danos que tais ofícios são naturalmente hábeis a produzir”, e, ainda, que: “O respeito pelas *leges artis*, no caso específico da medicina, impõe a execução dos cuidados médicos de acordo com a técnica mais apurada, segundo os processos e regras oferecidas pela ciência médica, quer quanto à técnica da intervenção ou do tratamento médico-cirúrgicos, quer quanto à sua oportunidade e conveniência no caso concreto e à idoneidade dos meios utilizados.”

³⁷ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense ao Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 307.

patrimoniais. Como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE recorrendo a uma síntese de MEZGER “As intervenções e tratamentos que correspondem ao exercício consciente da actividade médica não constituem quaisquer ofensas corporais, mas podem ser punidas como tratamentos arbitrários”.³⁸

Quando as actuações médicas forem efectuadas com intenção terapêutica, mas desrespeitando as “*leges artis* e, desse modo, criarem um perigo para a vida ou constituírem uma grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”.³⁹ Situação diversa sucede quando para além da violação das *leges artis*, a intervenção ou procedimento, não tendo cariz terapêutico, é praticada com dolo, pelo que preenche o tipo de crime de ofensa à integridade física simples⁴⁰ ou ofensa à integridade física com as respectivas agravações previstas nos artigos 144º a 148º.⁴¹

Para o paciente prestar o seu consentimento, tem de ter capacidade para tomar decisões, pois, caso não a tenha, será necessário suprir a incapacidade para assim poder consentir. Além disso, o paciente tem de, previamente, ser devidamente informado pelo médico sobre o diagnóstico, alcance, consequências e riscos que a intervenção comportará, bem como possíveis alternativas.⁴² O doente tem, por último, de consentir ou dissentir o tratamento de livre vontade, isto é, sem que haja coacção ou qualquer tipo de vício da vontade⁴³, já que, deste modo, o consentimento seria ineficaz.⁴⁴

³⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e Acordo*, ob. cit., p. 418.

³⁹ Cfr. Artigo 150º n.º2 do CP.

⁴⁰ Cfr. Artigo 143º do CP.

⁴¹ Cfr. Artigos 144º Ofensa à integridade física grave, 145º Ofensa à integridade física qualificada, 146º Ofensa à integridade física privilegiada, 147º Agravação pelo resultado, 148º Ofensa à integridade física por negligência do CP.

⁴² Cfr. Artigo 157º do CP: “Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

⁴³ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 129-130.

⁴⁴ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais*, ob. cit., p. 452.

3.1-A quantidade de informação

A informação prestada pelo profissional médico deve ser dada de uma forma adequada ao paciente concreto (titular do direito à informação), efectuado em linguagem corrente e perceptível para o paciente.⁴⁵ Pretende-se que seja construído um diálogo entre o médico e o paciente para esclarecer dúvidas e anseios, pelo que o médico deverá cultivar e cativar a confiança do paciente. Este dever de colaboração entre pacientes e agentes médicos está previsto na Lei de Bases da Saúde na Base XIV, n.º2 alínea c)⁴⁶, no artigo 81º alínea a) do Estatuto Hospitalar⁴⁷, na Declaração dos Direitos dos Pacientes (Organização Mundial de Saúde)⁴⁸ e nos pontos 6 e 8 da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes⁴⁹, que resulta da Constituição da República Portuguesa, da Lei de Bases da Saúde e do Estatuto Hospitalar. A norma fundamental no ordenamento jurídico português, relativa ao dever de esclarecimento está vertida no artigo 157º do CP, o qual prevê que: “O consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento [...]”. Esta norma gera dificuldades de aplicação, pelo que se deve analisar, casuisticamente, qual a melhor forma de esclarecer o paciente. As

⁴⁵ Neste sentido afirma JOÃO RIBEIRO DA SILVA que “para que o consentimento informado constitua uma realidade, é preciso que a informação seja dada e simultaneamente percebida”. Cfr. SILVA, João Ribeiro da - *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*, Edições Cosmos, 2003, p. 74.

⁴⁶ Vide Base XIV, n.º2 alínea c) da Lei de Bases da Saúde: “Colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação”, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.portaldasauade.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/enquadramento+legal/leibasessaude.htm>.

⁴⁷ Artigo 81º alínea a) do Estatuto Hospitalar, Decreto 48357 de 27 de Abril de 1968, “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 [...]”.

⁴⁸ A Declaração dos Direitos dos Pacientes (Organização Mundial de Saúde, 1994) refere 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”, e, ainda, 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).

⁴⁹ Cfr. Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, especificamente o ponto 6: “O doente tem direito a ser informado sobre a sua situação de saúde”, e o ponto 8: “O doente tem direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer acto médico ou participação em investigação ou ensino clínico”, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.dgs.pt/default.aspx?cn=55065716AAAAAAAAAAAAAAAAAAAA>.

informações devem ser fornecidas tendo em conta o paciente concreto, a sua capacidade, formação e, ainda, o tratamento médico a que será submetido.

A quantidade de informação não se encontra pré-estabelecida, não é estanque, pelo que deve estar relacionada com a gravidade da doença e o perfil do paciente; Assim, as informações devem ser simples, utilizando vocabulário acessível e não técnico-científico, suficientes, contendo somente as informações essenciais à tomada de decisão⁵⁰, habilitando o paciente a compreender o seu sentido e alcance de maneira a que possa consentir livremente, tendo em conta todas as condições que o tratamento ou intervenção possa causar.⁵¹ O dever de esclarecimento é prévio à intervenção, devendo o paciente dispor de um prazo de reflexão, sendo-lhe possível revogar o consentimento a todo o tempo.

O consentimento informado não é, nem pode ser visto, como uma mera formalidade, pois, para além de ser uma responsabilidade moral, ética e profissional do médico, servirá para consciencializar o paciente do seu estado presente e futuro, dando-lhe a hipótese de efectuar a escolha mais correcta para o seu estado de saúde.⁵² Contudo, ocasionalmente, sucede que o esclarecimento ao doente não é total, pois, apenas lhe são entregues formulários para assinar e ler que, obviamente, não garantem o devido esclarecimento do doente relativamente às questões que envolvem todo o tratamento que vai realizar. Quer isto dizer que a simples assinatura de um formulário médico não garante um verdadeiro consentimento informado, na medida em que é apenas um meio de garantir a formalização legal de um processo de diálogo que deverá ter ocorrido com o médico.⁵³ O consentimento não requer qualquer formalismo para ser eficaz, pois basta ser fruto da autodeterminação do indivíduo, claro e inequívoco, podendo ser revogado até à

⁵⁰ Não se exige uma informação completa e absoluta de todos os riscos possíveis, mesmo que muito pouco prováveis, excepto nos casos em que o paciente tenha problemas específicos, como diabetes, alergias, entre outros, ou mesmo devido à sua profissão ou interesses.

⁵¹ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 241-243.

⁵² Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 246.

⁵³ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias – *O Consentimento Informado no Direito Português* – texto do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Maio-Junho de 2008, p. 18-19.

execução do facto.⁵⁴ Apesar disso, as informações prestadas ao paciente devem ser reduzidas a escrito, como princípio geral, sobretudo nos casos em que as intervenções são mais delicadas e perigosas, pelo que deverá haver um maior rigor no processo de obtenção do consentimento. Deste modo, o maior rigor na obtenção do consentimento informado ajudaria, também, a resolver os problemas relacionados com o ónus da prova, uma vez que o diálogo entre o paciente e o médico não é reduzido a escrito, o que dificultará ao médico provar que obteve o consentimento do paciente para a prática de uma qualquer intervenção e, ao paciente provar que não consentiu ou não foi devidamente informado e esclarecido.⁵⁵ Isto coloca o médico numa posição algo desfavorecida, pois, não tem um meio de prova inequívoco que demonstre que o doente consentiu, pelo que a necessidade da redução a escrito do consentimento informado se revela como fundamental.⁵⁶

3.2-Informação sobre os riscos

A informação sobre os riscos é um das matérias que mais dúvidas tem gerado, pois, discute-se se é obrigação do médico comunicar todos os riscos, incluindo os mais graves, ou apenas os riscos normais e previsíveis.

Assim, segundo a maioria da doutrina somente existe a obrigação de comunicar ao paciente os riscos normais e previsíveis, deixando de parte a necessidade de informar os riscos graves, hipotéticos ou raros, porque, caso assim não fosse, poderia o doente ficar atemorizado com riscos que raramente se concretizam. Alguma doutrina tem defendido a obrigação de comunicar os riscos significativos, ou seja, os que o médico sabe ou devia saber que são

⁵⁴ Cfr. Artigo 38º n.º2 do CP; e Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais*, ob. cit., p. 452-453.

⁵⁵ A circular informativa n.º15/DSPCS, de 23/03/1998, da Direcção Geral de Saúde aconselha que: “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 (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”.

⁵⁶ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias - *Consentimento Informado*, publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Coimbra, 2006, p. 49.

importantes e relevantes para uma pessoa normal, colocada no caso concreto.⁵⁷ De acordo com este critério, quanto mais urgente for o tratamento, menor será o rigor que se deve exigir quanto à informação a transmitir ao paciente.

Situação contrária acontece quando o tratamento não tem carácter necessário, nos casos de cirurgia voluntária, sendo aqui o rigor de informação mais elevado. Nos casos em que a intervenção é mais perigosa, se apresenta como uma novidade e/ou o doente padeça de uma doença extremamente grave deve ser fornecida pelo médico uma maior quantidade de informação.⁵⁸

Diversamente, ou seja, menor rigor na prestação de informação, é possível “em relação a tratamentos de rotina: tratar um dente cariado ou administrar uma injeção”.⁵⁹

A necessidade de informação é capital, já que, se o médico não revelar adequadamente as informações responderá, em princípio, pelas consequências negativas posteriores à intervenção, pois, tornará o consentimento ineficaz e, conseqüentemente, ilícita a intervenção. Esta ilicitude da intervenção, por sua vez, viola a liberdade, a integridade física e psíquica do paciente, o que resultará em responsabilidade médica.⁶⁰

3.3-O consentimento como causa de justificação

O consentimento informado acaba por ser um limite à prática de intervenções médicas, uma vez que apenas ficam legitimadas com o consentimento informado do paciente.⁶¹ Neste sentido é relevante verificar se o consentimento pode ou não ser uma causa de justificação da ilicitude. Assim, torna-se necessário recorrer às lições de MANUEL DA COSTA ANDRADE,

⁵⁷ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 397.

⁵⁸ Cfr. PEREIRA, André Dias – “O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica” *in* *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Volume 11, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 442-449; Cfr. OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias – *O Consentimento Informado no Direito Português*, ob. cit., p. 6.

⁵⁹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 400.

⁶⁰ Cfr. PEREIRA, André Dias – “O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica”, ob. cit., p. 496.

⁶¹ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 147.

especialmente, ao paradigma dualista que defende, tendo em vista analisar a possibilidade de o consentimento poder ser visto como uma causa de exclusão da ilicitude ou como uma causa de exclusão da tipicidade.

A prestação do consentimento por parte do paciente tem como consequência um acordo que exclui o tipo e, assim, legitima as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, o que por sua vez significa que, desta forma, não se verifica uma violação da autonomia e da liberdade do paciente, sendo afastada a tipicidade da respectiva incriminação, ou seja, a arbitrariedade das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Por seu turno, o consentimento suprime a ilicitude das ofensas corporais que resultam da actuação do médico.⁶² Quer isto significar que o artigo 156º do CP não tem, nestes casos, aplicação, já que o acordo tem validade para o tratamento e para o médico que foram aceites.⁶³

Quanto a esta temática, MANUEL DA COSTA ANDRADE salienta que o Código Penal protege o bem jurídico autonomia e liberdade individual para dispor do corpo e da vida⁶⁴, ao passo que JOÃO VAZ RODRIGUES entende que o consentimento informado se alicerça em “direitos especiais de personalidade”, designadamente, no direito à integridade física e psíquica, no direito à liberdade de vontade e no direito à vida.⁶⁵

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS refere que o consentimento funciona como acordo que exclui a tipicidade quando a ofensa corporal deriva “de uma intervenção médico-cirúrgica, medicamente indicada, levada a cabo segundo as *leges artis* e dotada de finalidade terapêutica”.⁶⁶

Para ORLANDO DE CARVALHO o consentimento informado para intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos, se situa no consentimento tolerante, sendo uma causa de justificação da ilicitude, regulada pelos artigos

⁶² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2004, p. 167-168.

⁶³ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e Acordo*, ob. cit., p. 15; e *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 386.

⁶⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e Acordo*, ob. cit., p. 418.

⁶⁵ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 49-52.

⁶⁶ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais*, ob. cit., p. 445.

340º e 81º do CC. O consentimento tem de respeitar os cânones de ordem pública e dos bons costumes sob pena de nulidade nos termos dos artigos 81º n.º1 e 280º n.º2 do CC por remissão do artigo 295º do mesmo Código.⁶⁷ Significa isto que os bons costumes actuam como um limite à eficácia do consentimento, na medida em que “tem de se provar [...] que o facto contraria os bons costumes, devendo superar-se a favor do arguido [...] os casos de dúvida”.⁶⁸

4.Excepções ao Consentimento Informado

O consentimento informado comporta excepções, como são o Privilégio Terapêutico, o Direito a “não saber” e as situações de emergência.

O Privilégio Terapêutico, previsto no artigo 157º *in fine* do CP, permite que o médico omita informações, ou não informe previamente o doente, e que actue sem o seu consentimento em situações de perigo iminente ou grave dano para a saúde, ou seja, situações que a “serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.⁶⁹ O Privilégio Terapêutico é um regime excepcional, pelo que o médico deve ter especial atenção e ponderação na sua utilização, na medida em que certas opções que possa tomar seriam recusadas pelo doente, caso fossem dele conhecidas. O artigo 157º do CP não garante um direito à mentira por parte do médico, nem, muito menos, permite que o médico omita uma informação importante, com o objectivo de que o doente aceite ou não submeter-se a determinada intervenção. Os familiares podem desempenhar um importante papel, pois permitem que o médico recolha junto deles informações que visam avaliar a personalidade e capacidade do paciente e, desta forma, conseguir perceber quais as informações que não lhe deverão

⁶⁷ Cfr. CARVALHO, Orlando, TGDC, p. 183,198 e ss., *Apud* PEREIRA, André Dias – *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 131.

⁶⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 290.

⁶⁹ Por exemplo, as situações em que o paciente sofre um enfarte do miocárdio, pelo que não deverá sofrer fortes emoções. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 399.

ser reveladas. MANUEL DA COSTA ANDRADE refere a este respeito que “[...] à luz do direito português vigente, o médico estará legitimado para ocultar a verdade sobre doenças (como [...] o caso do cancro) cujo conhecimento pelo paciente desencadearia processos de prostração, desânimo e desespero, com perigo para a vida ou a saúde. O mesmo podendo adiantar-se em relação à natureza e ao risco das intervenções sempre que, atento o envolvimento cultural e o carácter do paciente, a sua comunicação pudesse desencadear os mesmos efeitos”.⁷⁰

O Direito a “não saber”, previsto no artigo 10º n.º2 da CEDH Bio⁷¹ e no artigo 50º n.º3 do CDOM, reflecte o princípio da autonomia da pessoa humana, bem como o seu direito à reserva da vida privada, ao permitir que o paciente transfira para o médico o poder decisório quanto às intervenções a realizar.⁷² A renúncia à informação pode ser expressa ou tácita, desde que inequívoca, mas informada. O Direito a “não saber”, como refere o artigo 26º da referida Convenção, contém restrições, quer no interesse do paciente, quer no interesse de terceiros, como se percebe quando estão em causa doenças contagiosas, em que o dever de informar o paciente se sobrepõe à vontade de não saber.

Por fim, nas situações de urgência, quando o consentimento informado não pode ser obtido em tempo útil, os médicos podem prestar os tratamentos adequados e necessários para salvar a vida ou evitar uma grave deterioração da saúde do paciente. O paciente deverá, assim que possível, ser informado relativamente às intervenções levadas a cabo e deve ser pedido o seu consentimento para futuras intervenções. O fundamento legal encontra-se previsto no artigo 156º n.º2 alínea a) do CP e no artigo 8º da CEDH Bio.⁷³ Este

⁷⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa – *Direito Penal Médico*, ob. cit., p. 126.

⁷¹ Cfr. Artigo 10º n.º2 da CEDH Bio: “A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º2”; e, artigo 50º n.º3 do CDOM: “A revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar”.

⁷² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 399.

⁷³ Cfr. Artigo 156º n.º2 alínea a) do CP: “2.O facto não é punível quando o consentimento: a) só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde”; e artigo 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 medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa”.

regime, apenas pode ser utilizado em situações médicas urgentes, não sendo possível para intervenções desnecessárias e irreversíveis. Quando o médico tiver conhecimento de que o paciente não quer ser abrangido pelo tratamento em causa, deverá respeitar a sua vontade independentemente do resultado que daí advenha.⁷⁴

⁷⁴ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias - *Consentimento Informado*, ob. cit., p. 71.

CAPÍTULO II – O CONSENTIMENTO INFORMADO DE INCAPAZES

1.A Capacidade para Consentir

A capacidade para consentir é o requisito essencial da doutrina do consentimento informado. Quando o paciente tem capacidade de discernimento, autonomia e entendimento é considerado capaz perante a Lei para tomar decisões, pois é o titular do direito a consentir. Segundo a BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, para que o paciente seja considerado capaz ou competente é necessário que compreenda em termos amplos e em linguagem simples no que consiste e porque lhe é proposto o tratamento médico; seja capaz de identificar os principais benefícios, riscos, alternativas e consequências de uma não intervenção médica; e, possua uma capacidade de ponderar e tomar uma decisão livre.⁷⁵ Uma pessoa será capaz quando tenha a faculdade de prover, de forma autónoma, aos seus interesses, seja directamente ou por outra pessoa, por força da sua competência volitiva e intelectual natural a quem a ordem jurídica reconhece o estatuto jurídico para agir. Diferentemente, a pessoa será incapaz quando não possa actuar autónoma e pessoalmente, tornando-se necessário recorrer à representação legal ou assistência para suprir a ausência da mesma.⁷⁶ A representação garante àquele que não seja capaz de tomar decisões autonomamente e por si, que os seus melhores interesses sejam protegidos e garantidos, nomeadamente no que diz respeito à prestação do consentimento, com especial destaque para os actos médicos.

ANDRÉ DIAS PEREIRA defende que a capacidade para consentir deve ser autonomizada em relação à capacidade negocial prevista na lei Civil, uma vez

⁷⁵ Cfr. British Medical Association/Royal College of Nursing - *The older person: consent and care*, London, England: BMA, 1995, p. 15.

⁷⁶ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 194-195.

que é desprovido de sentido o emprego de mecanismos criados para os negócios jurídicos a situações em que se envolve o Direito Médico, já que o consentimento é uma exteriorização de vontade, de elevada índole pessoal, e não um mero negócio jurídico de cariz patrimonial.⁷⁷ Similarmente, ORLANDO DE CARVALHO salienta que o consentimento “não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos”.⁷⁸

Contudo, quando o paciente não tem capacidade, levantam-se inúmeras questões relativas à capacidade de adultos em prestar um consentimento informado, livre, sério e eficaz. A representação de adultos incapazes, levanta várias questões, sendo um assunto delicado que merece melhor regulamentação legal, nomeadamente, com a criação de uma figura que possibilite dispor do direito à integridade física e autodeterminação nos cuidados de saúde, porque, o paciente pode ser capaz de consentir num acto médico, mas não o ser em situações que envolvam negócios jurídicos de cariz patrimonial.

2.Os Menores

A prestação do consentimento por indivíduos incapazes, devido à idade, levanta algumas dúvidas, motivadas pela reduzida autonomia e vulnerabilidade que os caracterizam. Não obstante, devem ser ouvidos e a sua vontade valorada, qualquer que seja a sua idade, uma vez que a sua saúde e integridade física estão em causa.⁷⁹ O menor é, independentemente da idade, um sujeito de direitos fundamentais, pelo que tem o direito a participar e a ser informado sobre a sua situação médica para, deste modo, salvaguardar o seu direito à vida e integridade pessoal. A menoridade tem como principal função

⁷⁷ Neste sentido cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 148, 152 e ss.

⁷⁸ Cfr. CARVALHO, Orlando, TGDC, p. 183 *Apud* PEREIRA, André Dias – *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 163.

⁷⁹ Neste sentido *vide* artigo 6º n.º2 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e Medicina e, também, artigos 12º n.º1 e 13º n.º1 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

garantir o necessário cuidado e protecção de que a criança necessita, para desta forma permitir o desenvolvimento da sua autonomia e personalidade⁸⁰ e, como particularidades, uma incapacidade geral para agir e um modo de suprimento e cuidado do menor (as responsabilidades parentais).

O problema de saber se o menor de idade tem a capacidade e o discernimento suficiente para consentir, num tratamento médico, tem-se colocado, sendo alvo de debate, qual a idade concreta para consentir, apesar de não se dever descurar os diferentes níveis de desenvolvimento cognitivo que cada um revela. Consequentemente, é fulcral aferir se a lei protege, de forma suficiente, os menores em situações que envolvam a sua saúde e integridade física, particularmente, saber se o limite de 16 anos, previsto no artigo 38º do CP, é apropriado à actualidade, que se pauta por uma incessante evolução da Medicina e por um grau de instrução superior dos menores. A alteração legislativa do Código Penal⁸¹, que elevou a idade de consentimento do menor, de 14 para 16 anos, apesar de ter como alicerce a defesa dos interesses do menor, da família e da sociedade é uma solução discutível.⁸²

O Código Civil estabelece no artigo 122º que “é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade”⁸³ e, no artigo seguinte prevê que os menores carecem de capacidade de exercício de direitos, pelo que tal carência é suprida pelo instituto das responsabilidades parentais ou, subsidiariamente, pela tutela.⁸⁴ Os 18 anos marcam, no ordenamento jurídico português, a passagem legal da menoridade para a maioridade, pelo que se verifica uma similitude entre a idade eleitoral⁸⁵ e a maioridade civil.

⁸⁰ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o Regime Jurídico do Consentimento Informado para Actos Médicos)”, in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 n.º14, Coimbra Editora, 2010, p. 106.

⁸¹ Alteração promovida pela Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro.

⁸² Neste sentido, PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 317, que defende a idade de 14 anos como referência no direito português. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 204-205, atribui grande relevância “à capacidade de discernimento” e não tanto à idade prevista pelo Código Penal para consentir, afirmando que “a existência ou falta de capacidade deveria ser analisada casuisticamente, ponderando-se a relação entre a idade do menor [...], o seu discernimento e o tratamento [...]”

⁸³ Até à reforma do Código Civil de 1977 a maioridade só era atingida aos 21 anos.

⁸⁴ Cfr. Artigo 124º do CC.

⁸⁵ Cfr. Artigo 49º n.º1 da CRP: “Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral”.

Por sua vez, o Código Penal, refere no n.º3 do artigo 38º que “o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos” e cumulativamente, se possuir o “discernimento necessário” que lhe permita “avaliar o sentido e alcance” que tal decisão comporta, isto é, ter a capacidade de avaliar o alcance, a duração, os riscos, os benefícios, os prazos de recuperação, bem como as consequências que a recusa a se submeter a uma intervenção médica tenha.⁸⁶ O Código Penal permite que o maior de 16 anos seja visto como um adulto no que diz respeito às intervenções clínicas⁸⁷, e, para além disso a CEDHBio afirma no artigo 6º n.º2 que: “[...] 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”.

Apesar de os 16 anos serem uma presunção de capacidade de discernimento, esta tem de ser verificada casuisticamente, pelo que é possível que o médico considere que o menor não é competente para consentir, tendo por base critérios como a maturidade, a autonomia, a experiência que tem com a doença e tenham de ser os seus representantes legais a decidir prestar ou não o consentimento.⁸⁸ Segundo o artigo 1877º do CC “os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação”, pelo que os pais têm o poder-dever de velar pela sua segurança, saúde, sustento, dirigir a sua educação, representar os menores e administrar os seus bens.⁸⁹ Tal responsabilidade dos pais está, também, prevista no artigo 36º n.º5 da CRP que atribui um direito e, ao mesmo tempo, um dever aos pais na educação dos filhos⁹⁰, que caso não seja devidamente cumprido pode resultar na limitação ou perda das responsabilidades parentais.⁹¹ O poder paternal tem, contudo, alguns limites que se prendem com a idade do menor e a situação civil dos pais. Assim, quando os pais são casados o exercício do poder paternal

⁸⁶ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais*, ob. cit., p. 451.

⁸⁷ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 203.

⁸⁸ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 317-319.

⁸⁹ Cfr. Artigo 1878º n.º1 do CC.

⁹⁰ Cfr. Artigo 36º n.º5 da CRP: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.”

⁹¹ Cfr. Artigo 36º n.º5 da CRP: “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”

compete a ambos⁹², porém quando não o façam de comum acordo pode qualquer um deles recorrer ao Tribunal, que tentará a conciliação.⁹³ Diferentes são as situações (divórcio, separação judicial de pessoas e bens, separação de facto ou em caso de filho nascido fora do matrimónio, declaração de nulidade ou anulação do casamento) em que é necessária a regulação do exercício do poder paternal, que será exercido em comum ou, na falta de acordo, por aquele a quem o filho foi confiado. Distintamente, nos casos em que os pais não possam, ou estejam inibidos de exercer o poder paternal, o menor será representado por um tutor que será designado pelos pais ou pelo Tribunal de Menores.⁹⁴

O poder paternal é conferido aos representantes legais devido à incapacidade normal de os menores defenderem os seus interesses; porém, os pais devem “de acordo com a maturidade dos filhos [...] ter em conta a sua opinião [...] e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”.⁹⁵ Isto reflecte a progressiva autonomia dos menores, que aumenta, proporcionalmente, em função da idade e maturidade, e permite o exercício de mais direitos, que estavam exclusivamente reservados aos pais.⁹⁶ A menoridade tem, desta forma, um cariz mais flexível quando comparada com a interdição, já que esta se mostra mais rígida, sobretudo no período que compreende os 16 a 18 anos do menor. O estatuto da menoridade acompanha a criança/adolescente enquanto tal se mostre necessário, uma vez que a evolução da sua maturidade implica um desvanecimento de tal estatuto.⁹⁷

Deste modo, são várias as normas que atribuem aos menores o poder de decisão, situações que GUILHERME DE OLIVEIRA apelida de “maioridades especiais”. Isto verifica-se, por exemplo, no artigo 127º do CC que permite ao menor a prática de actos jurídicos de “pequena importância”; no artigo 1806º do CC, que atribui poderes de decisão ao maior de 16 anos na escolha de religião;

⁹² Cfr. Artigo 1901º n.º1 do CC.

⁹³ Cfr. Artigo 1901º n.º2 do CC.

⁹⁴ Cfr. Artigo 1927º e seguintes do CC.

⁹⁵ Cfr. Artigo 1878º n.º2 do CC.

⁹⁶ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 209.

⁹⁷ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 115-118.

no artigo 1850º do CC, ao permitir que maiores de 16 anos possam perfilhar sem necessidade de autorização dos pais; no artigo 1901º n.º3 do CC, segundo o qual o Juiz deve ouvir o menor em assuntos respeitantes ao exercício do poder parental; no artigo 1931º n.º2 do CC em que o tribunal deve ouvir o maior de 14 anos relativamente à designação de tutor; o artigo 1981º n.º1 al. a) do CC, relativo à adopção, exige o consentimento do adoptando maior de 12 anos, enquanto que o artigo 1984º al. a) do mesmo Código implica a obrigatoriedade de audição por parte do Juiz aos filhos do adoptante maiores de 12 anos; no artigo 1649º do CC relativo ao casamento de menores com mais de 16 anos em que se refere que, se o casamento for realizado sem a autorização dos pais ou tutor, pode-se verificar a aplicação de sanções de cariz patrimonial; porém a validade do casamento mantém-se.⁹⁸

Concretamente na legislação relativa ao acesso à Medicina, afiguram-se importantes as seguintes normas: o artigo 142º do CP sobre a interrupção voluntária da gravidez que permite à jovem grávida de 16 anos tomar a decisão; o artigo 5º n.º3 da Lei n.º36/98, de 24 de Julho (Lei de Saúde Mental), ao prever que somente os menores de 14 anos, ou aqueles 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.º2 do mesmo artigo. Neste sentido, aponta o artigo 5º da Lei n.º3/84, de 24 de Março, ao assegurar “a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar” e o artigo 5º n.º2 da Portaria n.º52/85, de 26 de Janeiro, relativa a Consultas de Planeamento Familiar e Centros de Atendimento para jovens, ao prever o acesso “sem quaisquer restrições [...] às consultas de planeamento familiar todos os jovens em idade fértil”.

A idade de 16 anos é uma idade fronteira, pois, atribui ao menor de idade com capacidade de discernimento e autonomia suficiente a possibilidade de decidir sobre actos médicos que os afectem, pelo que escapam à malha protectora do poder paternal, situações que, no fundo, denotam uma certa

⁹⁸ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, ob. cit., p. 113-117.

emancipação parcial dos menores. Todavia, quando a intervenção médica implique compromissos jurídicos que o menor não tenha possibilidade de concretizar, como por exemplo pagar os honorários, a medicação ou o internamento, implica que sejam os titulares do poder paternal a assumir tais deveres.⁹⁹

O menor goza ainda de uma garantia de confidencialidade, mesmo em relação aos pais, uma vez que, se tem autonomia para decidir sobre a intervenção médica, também deverá gozar de garantias acessórias, como é a confidencialidade. Contudo, este direito colide com a necessidade que o menor terá para garantir uma contínua prestação de cuidados de saúde após uma intervenção médica, pelo que o médico terá de procurar junto do menor uma solução para que este consinta na revelação da informação aos titulares do poder paternal.¹⁰⁰ Em casos limite, quando o menor pretenda manter a confidencialidade, o médico poderá quebrar o segredo médico com base na necessidade de futuras intervenções e tratamentos que o menor não poderá suportar *per sí*. Esta quebra do segredo médico assenta em regras como a colisão de direitos, do artigo 335º do CC, e o direito de necessidade ou conflitos de deveres, dos artigos 34º e 36º do CP.¹⁰¹

2.1-A recusa do menor com mais de 16 anos

Os menores dotados de capacidade para consentir, com 16 anos e com o “discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”¹⁰², também devem ser considerados capazes para dissentir¹⁰³, desde que consigam compreender o alcance, a natureza e os

⁹⁹ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme – “O acesso dos menores aos cuidados de saúde” in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição aumentada. Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 244.

¹⁰⁰ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, ob. cit., p. 131-132.

¹⁰¹ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme – “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, ob. cit., p. 246.

¹⁰² Cfr. Artigo 38º n.º3 do CP.

¹⁰³ Cfr. FRISCH, Wolfgang – “Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-Cirúrgicas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, N.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, Coimbra Editora, p. 99.

efeitos que a recusa do tratamento tenha na sua saúde.¹⁰⁴ Como refere GERALDO ROCHA RIBEIRO “preenchidos os dois requisitos – idade e capacidade de discernimento -, podemos afirmar que a criança é plenamente competente para consentir, ou seja, tem a faculdade de se emancipar do cuidado dos pais e decidir sozinha e pessoalmente sobre a realização, ou não, da intervenção ou realização de um determinado acto médico”.¹⁰⁵

A recusa de alguns tratamentos médicos, por vezes fulcrais para a saúde do paciente, tem por fundamento os artigos 41º da CRP, que garante a “liberdade de consciência, de religião e de culto”, e o artigo 1886º do CC, relativo à livre escolha da religião. Contudo, esta posição colide com o dever dos pais de “velar pela segurança e saúde” dos filhos¹⁰⁶, situação pela qual será necessário compatibilizar posições, sendo de admitir a necessidade de os pais serem chamados a colaborar no processo de esclarecimento e formação da vontade do menor, quando daí advenham resultados graves e irreversíveis para a sua vida. Porém, os valores, como a autonomia e livre desenvolvimento do menor, devem suplantar eventuais posições contrárias à dos pais.¹⁰⁷

2.2-O menor sem capacidade para consentir

Diferentes são as situações em que o menor não tem 16 anos ou não tem o discernimento suficiente para consentir, pelo que o poder paternal se impõe e as intervenções médicas necessitam do consentimento dos detentores do poder paternal¹⁰⁸, apesar de ser reconhecido ao menor o direito a participar e a manifestar a sua vontade e opinião. Deverá ainda ser obtida a adesão do menor à decisão dos pais, apesar de o direito de informação ser mais rigoroso consoante a intervenção seja mais exigente e arriscada para a sua saúde e

¹⁰⁴ Cfr. PEREIRA, André Dias – “O Consentimento (Informado) na Actividade Pericial Forense”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Ano XIV, n.º15. Coimbra: Edição APADAC, 2005, p. 19; e RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, ob. cit., p. 126.

¹⁰⁵ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, ob. cit., p. 127.

¹⁰⁶ Cfr. Artigo 1878º do CC.

¹⁰⁷ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias – *O Consentimento Informado no Direito Português*, ob. cit., p. 35-36; e *Consentimento Informado – Relatório Final*, Entidade Reguladora da Saúde, Maio de 2009, p. 54.

¹⁰⁸ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme – “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, ob. cit., p. 244.

integridade física.¹⁰⁹ Daqui exceptuam-se os casos de urgência médica, em que o médico pode tratar o menor, devido à falta de tempo para contactar os pais e a intervenção médica torna-se lícita sem o prévio consentimento¹¹⁰, e, também, os casos em que os pais recusam o tratamento para o filho com evidente prejuízo para a sua saúde.¹¹¹ Como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE “o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica: se o fizer não incorre em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário”.¹¹²

2.3-A recusa do tratamento por parte dos pais

Em regra, os pais podem recusar uma intervenção; porém, quando a recusa do tratamento médico por parte dos pais acarrete óbvio prejuízo para a saúde do menor, torna-se legítimo que o médico peça ao Tribunal a limitação do poder paternal. Desta forma, o Tribunal pode substituir-se aos pais para prestar o consentimento¹¹³, salvaguardando o superior interesse do menor.¹¹⁴ No entanto, quando o recurso ao Tribunal não for possível no imediato e coloque em risco a saúde do menor, o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médica sem a prévia autorização do Tribunal.¹¹⁵ A intervenção médica, sem o consentimento dos representantes legais, não preenche, nestes casos, o tipo de crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, pois, como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do

¹⁰⁹ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, ob. cit., p. 129 e 132.

¹¹⁰ Neste sentido, cfr. Artigo 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 medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa”.

¹¹¹ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias – *O Consentimento Informado no Direito Português*, ob. cit., p. 36.

¹¹² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 383.

¹¹³ A possibilidade de o Tribunal limitar as responsabilidades parentais, encontra-se prevista no artigo 69º n.º1 da CRP, quando o legislador refere que as crianças têm direito à protecção do Estado, nos casos em que se verifique um exercício abusivo da autoridade da família. Neste sentido apontam também os artigos 91º e seguintes da Lei n.º147/99, de 1 de Setembro (Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), que prevêem procedimentos de urgência na ausência do consentimento e de limitação do poder paternal.

¹¹⁴ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, ob. cit., p. 129-130.

¹¹⁵ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p.214-215; e RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, ob. cit., p.136 e 138.

representante”.¹¹⁶ O artigo 1878º do CC refere, explicitamente, a necessidade de os pais velarem pela saúde dos filhos, sendo esta necessidade corroborada pelo Parecer n.º8/91, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, onde se defende que quando “os pais mantêm a sua recusa ao internamento, e a situação de facto que se perfila for de molde a recear 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”. Neste sentido, também apontam o artigo 3º n.º1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989¹¹⁷, e a Recomendação n.º874/99, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 4 de Outubro de 1979.

Apesar de, nestes casos, ser necessária a intervenção do Tribunal o poder paternal deve ser respeitado e harmonizado na medida do possível com os interesses do menor, pois, a própria CRP consagra tal dever no artigo 36º n.ºs 5 e 6, sendo certo que a tutela da saúde e da vida do menor se sobrepõe ao exercício do poder paternal.¹¹⁸

A problemática da recusa de tratamentos médicos verifica-se, exemplificativamente, com as Testemunhas de Jeová, em que os seguidores desta religião rejeitam ser submetidos a transfusões de sangue, mesmo quando em causa está a vida, e, ainda, com os seguidores da religião Ciência Cristã (*Christian Science*), que rejeitam todo o tipo de tratamentos médicos, excepto a utilização de analgésicos para aliviar a dor, encontrando na oração a única forma de debelar a doença. A recusa de tratamento médico levanta algumas dificuldades, para as quais o Direito tem de ter resposta. Assim, quando o maior não se submete a uma transfusão de sangue ou a qualquer outro tratamento, sabendo que corre risco de vida, está a exercer um direito consagrado na CRP, que garante no artigo 41º n.º1 que: “A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”, não podendo ser suprimida

¹¹⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 383.

¹¹⁷ “Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.”

¹¹⁸ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme – “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, ob. cit., p. 245.

mesmo em caso de estado de sítio.¹¹⁹ Portanto, nos casos em que o indivíduo rejeita ser submetido a uma intervenção que lhe pode salvar a vida, o médico deve respeitar essa vontade, não lhe sendo assacada qualquer responsabilidade que da falta de tratamento advenha, por mais insensata que a posição do paciente lhe pareça. MANUEL DA COSTA ANDRADE salienta que “a obediência à vontade do paciente – que se opõe a um tratamento indicado para lhe salvar 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 vítima”.¹²⁰ Também JORGE DE FIGUEIREDO DIAS salienta que, por muito desrazoável que a recusa de transfusões, mesmo quando em causa está a vida, possa ser, desde que seja conhecida a vontade do paciente quando é levado para o Hospital “apesar de ser necessária de forma imediata, não pode considerar-se justificada em nome do consentimento informado”.¹²¹

Nos casos em que a recusa dos pais do menor em prestar o seu consentimento, para a realização de uma transfusão de sangue, se revela essencial para salvaguardar a vida do menor, deverá o médico prosseguir com o tratamento, ou seja, manter o menor vivo, pois, a autorização dos pais mais não é do que “tornar legal [...] a actuação do profissional de saúde”.¹²² Todavia, saber se a convicção religiosa do menor é análoga à dos seus representantes legais é complicado. Logo, quando o médico aceitar a recusa dos representantes legais pode estar a descurar as crenças do menor. Quer isto significar que ninguém pode dispor da vida de outrem, mesmo que do próprio filho se trate, apesar de a autoridade parental dever ser respeitada. Este respeito tem limites éticos e jurídicos, pelo que vemos como justificada a opção de o clínico agir de forma contrária às pretensões dos representantes legais, sempre que seja posta em risco a saúde e integridade física do menor.

¹¹⁹ Cfr. Artigo 19º n.º4 da CRP.

¹²⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 385.

¹²¹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais*, ob. cit., p. 456.

¹²² Cfr. FARIA, Maria Paula Ribeiro – “A Lei do Sangue: ou o Conflito entre o Respeito pela Autonomia da Pessoa e a Defesa da Vida e da Integridade Física”, ob. cit., p. 270.

2.4-As soluções do Direito Comparado

Ao nível do Direito Comparado, Espanha, à imagem do que sucede em Portugal, estabelece os 16 anos como a idade em que se adquire o direito a consentir. Pese embora esta similitude, Espanha possui um sistema de autonomia progressivo que se manifesta a partir dos 12 anos.¹²³

A Suíça, a Bélgica¹²⁴, a Suécia, a Finlândia e a França¹²⁵ criaram um regime distinto, segundo o qual não existe uma idade mínima que permita consentir, tendo optado por efectuar uma avaliação casuística da capacidade do menor.¹²⁶

Nos Estados Unidos da América mais de trinta Estados fixam os 12 anos como a idade de referência para consentir em tratamentos médicos.¹²⁷

Diferentemente, Áustria¹²⁸ e Alemanha¹²⁹ fixam os 14 anos como a idade mínima para consentir.

¹²³ Cfr. Artigo 9º n.º3 da *Ley Espanhola 41/2002*: “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

¹²⁴ Cfr. Artigo 12º da *Loi belge relative aux droits du patient*, de 22 de Agosto de 2002, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://users.swing.be/carrefour.naissance/Articles/leg/droitsdupatient.htm>: n.º1 “Si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur”, e n.º2 “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”.

¹²⁵ Cfr. Artigos L1111-4 do Code de Santé Publique, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E7970260B8D8B3B92B76E30DFDE3AEA0.tpdjo11v_3?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006685772&dateTexte=20110504&categorieLien=cid#LEGIARTI000006685772, “[...]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. [...]” e L1111-5 “Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix”.

¹²⁶ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 296, 297, 302.

¹²⁷ Cfr. “An Overview of Minor’s Consent Law”, State Policies in Brief – Guttmacher Institute, 1 de Outubro de 2011, [consult. 26/09/2011], disponível em: http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OMCL.pdf.

Na Inglaterra, o consentimento do maior de 16 anos é válido; Todavia, o consentimento do menor de 16 anos também pode ser válido de acordo com o critério *Gillick*. Este critério surge motivado pelo caso *Gillick*, que encorajava os médicos a prescreverem contraceptivos para menores de 16 anos sem o consentimento dos pais, situação combatida e bastante criticada por Victoria *Gillick*.¹³⁰ Assim, a *House of Lords* considerou que este tipo de actuação era no melhor interesse dos menores, pelo que os direitos parentais estavam limitados nestes casos, desde que os menores tivessem a capacidade para entender “*what was involved*”.¹³¹

Situação distinta, sucede na Holanda, em que existe um sistema de aquisição da capacidade para consentir de forma progressiva. O Código Civil Holandês (*Wetboek Boek*) prevê, no artigo 450º n.º2, que quando o menor tenha menos de 12 anos, é considerado incapaz para consentir, devendo ser os pais ou representantes legais a fazê-lo. Já quando o menor tenha idade compreendida entre os 12 e 16 anos, presume-se capaz, apesar de se exigir o consentimento dos pais ou dos representantes legais e do próprio menor para realizar uma intervenção médica. Porém, quando os pais ou os representantes legais recusem a intervenção médica, e esta se revele necessária para evitar graves prejuízos para a saúde do menor, poderá o médico efectuá-la sem recurso ao Tribunal. O maior de 16 anos é considerado plenamente capaz para consentir (artigo 447º n.º1 do *Wetboek Boek*) como sucede em Portugal.¹³²

¹²⁸ Cfr. Artigo 21º n.º2 do Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Austríaco); e artigo 146c n.º1, do mesmo código, que destaca a capacidade de compreensão, de decisão e maturidade do menor que deve ser analisada casuisticamente, e, também, o n.º2 do mesmo artigo que exige o consentimento conjunto dos pais e representantes legais quando a intervenção médica comporte riscos graves.

¹²⁹ Cfr. Artigo 1596º n.º2 do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão): “For a child that is incapable of contracting or is not yet fourteen years old, only the legal representative may approve the acknowledgement. Apart from this, a child that has limited capacity to contract can only give approval without a representative; this requires the approval of the legal representative”.

¹³⁰ Cfr. DIMOND, Bridgit – *Legal Aspects of Mental Capacity*, Blackwell Publishing, n.º88, 2008, p. 282-283, *Apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha – “Quem Decide pelos Menores?”, *ob. cit.*, p. 131, nota de rodapé n.º89: “if the child has the maturity to understand the nature, purpose, and likely effects of any proposed treatment, then he or she could give a valid consent without the involvement of the parents”.

¹³¹ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, *ob. cit.*, p. 298-302.

¹³² Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, *ob. cit.*, p. 297-298; e BOELE-WOELKI, Katharina; SCHRAMA, Wendy; VONK, Machteld, “Parental Responsibilities – The Netherlands”, *National Report*, Molengraaff Institute for Private Law, University of Utrecht, 2004, p. 6.

3.Os Adultos Incapazes

3.1-Os Adultos Incapazes com Representante Legal

Os adultos que carecem de capacidade estão sujeitos a um regime de representação, uma vez que como refere o artigo 38º n.º3 do CP: “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. Assim, os pacientes com capacidade diminuída estão sujeitos a um regime de interdição¹³³ ou de inabilitação.^{134 135} À interdição aplica-se o regime da tutela previsto no artigo 143º do CC, situação pela qual se verifica uma representação legal. O exercício da tutela, que corresponde ao conjunto de medidas legais que tem como finalidade a protecção dos bens e dos interesses dos incapazes maiores, é, geralmente, efectuado por indivíduos próximos do interditando.

As causas que motivam a interdição ou inabilitação são verificadas e comprovadas devendo ter, cumulativamente, carácter actual, permanente e prejudicial, pelo que são incapacitantes quando demonstram ser graves o suficiente para tornarem um indivíduo inapto, isto é, incapaz de gerir-se a si próprio e os seus bens, ou como refere ADALBERTO COSTA: “[...] quando incapacita de forma clara e objectiva a pessoa, tornando-a um ser sem consciência de si e do que é seu [...]”.¹³⁶ Assim, a interdição, como medida restritiva que é, apenas deve ser decretada quando se mostrar necessária para salvaguardar os interesses do indivíduo. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE

¹³³ Cfr. Artigos 138º e seguintes do CC.

¹³⁴ Cfr. Artigos 152º e seguintes do CC.

¹³⁵ São situações de interdição e de inabilitação (quando o seu grau de gravidade não permita concluir que tais deficiências são suficientemente graves para determinar a interdição) a anomalia psíquica, a surdez-mudez e a cegueira. A habitual prodigalidade, o abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes também são causas de inabilitação. Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 228 e seguintes; e Cfr. COSTA, Adalberto – *A Acção de Interdição e Inabilitação*, Colecção Acciones, Legis Editora, 2011, p. 26-29.

¹³⁶ Cfr. COSTA, Adalberto – *A Acção de Interdição e Inabilitação*, ob. cit., p. 27.

defende o decretamento da interdição quando “um maior se encontre numa posição de fragilidade e desprotecção ocasionada pelo défice das suas qualidades volitivas e/ou intelectuais que o impeçam de autodeterminar responsabilmente o seu círculo de interesses é que se poderá justificar uma limitação jurídica da capacidade de agir da pessoa, pois só assim se assegura a fundamentação especial exigida e o fim pela qual existe: a protecção do incapaz adulto”.¹³⁷

O interdito fica incapaz do exercício de direitos¹³⁸, tal qual o menor¹³⁹, sendo responsabilidade do tutor cuidar da saúde do interdito, podendo mesmo, para tal efeito, alienar bens do interdito com prévia autorização judicial.¹⁴⁰ Relativamente à inabilitação, aplica-se o regime da assistência, pelo que o curador não pratica os actos em nome do inabilitado, apenas os autoriza ou não, sendo sempre possível ao Tribunal suprir a decisão do curador. A inabilitação visa proteger e tutelar os interesses patrimoniais e actos de disposição de bens entre vivos, assim como aqueles que forem especificados na sentença; contudo, deixa espaço para que possa abranger a necessidade de autorização do curador para a prática de actos, como o consentimento para determinados cuidados de saúde, isto porque o seu âmbito não é fixo como acontece na interdição, já que compete ao Juiz determinar na sentença a medida da incapacidade do inabilitando.^{141 142}

O artigo 944º do CPC, prevê o regime processual especial de interdição e de inabilitação (especial de acordo com o artigo 460º n.º2 do mesmo código) e requer que a petição inicial seja apresentada por quem seja parte legítima.¹⁴³

¹³⁷ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, *Apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 81.

¹³⁸ Cfr. Artigos 123º e 139º do CC.

¹³⁹ Cfr. MACHADO, António Pinto; PIMENTA, Paulo - *O Novo Processo Civil*, 11ª Edição, Almedina, 2009, p. 74.

¹⁴⁰ Cfr. Artigo 145º do CC, e RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 113-114.

¹⁴¹ Cfr. Artigo 154º do CC; e artigo 153º n.º1 do CC: “Os inabilitados são assistidos por um curador, a cuja autorização estão sujeitos os actos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença”.

¹⁴² Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 215-216.

¹⁴³ Cfr. MACHADO, António Pinto; PIMENTA, Paulo - *O Novo Processo Civil*, ob. cit., p. 74-75.

Tal afere-se tendo presente o artigo 141º do CC, já que este refere que a interdição ou inabilitação podem ser requeridas pelo cônjuge, pelo tutor ou curador, por qualquer parente sucessível do requerido ou pelo Ministério Público.

Pretende-se, com a representação do incapaz, garantir que os seus direitos sejam protegidos ao actuar no tráfego jurídico, assegurando a realização dos seus melhores interesses. A análise da capacidade do adulto para consentir, deve ser aferida casuisticamente, pois, apesar da incapacidade de que padeça o indivíduo, podem verificar-se determinadas condições que possibilitem que ele manifeste uma vontade atendível sobre determinado tratamento médico.¹⁴⁴

Quando existe incapacidade para consentir deve atender-se ao representante legal para suprir tal falta, sendo os portadores de anomalia psíquica aqueles que estão sempre numa situação de incapacidade para tal efeito. Diversamente, os indivíduos que abusam de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes também poderão estar, ocasionalmente, nos momentos de intoxicação, incompetentes para consentir.

Os interditos por cegueira e surdez-mudez terão, mais frequentemente, capacidade para consentir em intervenções médicas, apesar de terem sido declarados interditos por “serem incapazes de governar suas pessoas e bens”¹⁴⁵; se, por um lado, em princípio, padecem de uma necessidade especial para poderem entender a informação e esclarecimento dos assuntos médicos, por outro lado terão capacidade para decidir sobre a sua saúde, conseguindo compreender os factos e alternativas médicas possíveis.¹⁴⁶

Os inabilitados por prodigalidade são, em princípio, considerados capazes para consentir em intervenções médicas.¹⁴⁷ Tal situação se extrai do artigo 6º n.º3 da CEDHBio que refere: “Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo

¹⁴⁴ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 84-85.

¹⁴⁵ Cfr. Artigo 138º CC.

¹⁴⁶ Cfr. COSTA, Adalberto – *A Acção de Interdição e Inabilitação*, ob. cit., p. 26-27.

¹⁴⁷ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 221.

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. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”. Como se afere da parte final deste artigo, quando o incapaz, excepto o afectado por anomalia psíquica (interdito ou inabilitado se assim a sentença de inabilitação o impuser), consiga compreender a situação e seja capaz de perceber os tratamentos, intervenções médicas e o prognóstico em causa, ele deve ser informado e ter a possibilidade de participar no processo de consentimento, o mais possível. Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE salienta que “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal que não se comunica ao representante legal”.¹⁴⁸ Já ORLANDO DE CARVALHO refere que “seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos de personalidade do menor ou interdito [...] contra a vontade esclarecida deste”.¹⁴⁹

Assim, a diferença entre incapazes, com ou sem representante legal, não é substancial, pelo que no âmbito dos actos médicos, o profissional médico deve estabelecer a capacidade do paciente concreto e, quando este se revelar incapaz, mas tenha representante legal, é este que deve ser chamado a consentir, caso contrário surge o problema de saber como e quem vai autorizar a intervenção.¹⁵⁰

3.2-Incapazes Adultos Sem Representante Legal

Ocorrem, por vezes, situações em que os pacientes se encontram num estado de incapacidade de facto, mas que ainda não foram sujeitos a um processo de interdição, motivo pelo qual ainda não têm constituído um

¹⁴⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 383.

¹⁴⁹ Cfr. CARVALHO, Orlando, TGDC, p. 184 *Apud* PEREIRA, André Dias – *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 173.

¹⁵⁰ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 216-217.

representante legal. A incapacidade para consentir pode ser pontual, nas situações em que o paciente se encontre num estado de inconsciência; duradoura, nos casos de doença psíquica grave sem representante legal; ou definitiva, como sucede nas situações de senilidade ou estados vegetativos crónicos. Nestes casos, levanta-se o problema de saber quem deverá prestar o consentimento, porquanto estes indivíduos não têm capacidade para tal, nem representante legal atribuído. Logo, importa saber quem e como deverá autorizar a intervenção médica, ou seja, será a família, o médico, um representante previamente escolhido, o Ministério Público, a vontade expressa do indivíduo em testamento vital, ou o consentimento presumido a revelar a vontade real do paciente ou dever-se-á dar início a um processo urgente de interdição ou inabilitação?

3.2.1-A Família

Geralmente a doutrina apela para que a família intervenha no processo de consentimento; contudo, o problema de saber qual ou quais os familiares devem ser informados e, se é possível fazê-lo em tempo útil, coloca-se em muitos casos. Em países como a Finlândia, França, Bélgica, Países Baixos¹⁵¹ e Espanha, a família tem um papel importante, mesmo estando em segundo plano, já que intervém, por vezes, como representante do paciente ou comunicando as preferências e ideais defendidos pelo doente, para desta forma ajudar a construir um juízo de consentimento presumido. Em Portugal, um familiar próximo ou, sobretudo, o cônjuge ou companheiro deve ser ouvido, sendo a sua opinião sobre a vontade do doente valorada especialmente, tendo em conta os deveres de socorro, auxílio e assistência que lhe cabem.¹⁵² A família ocupa este lugar de destaque, uma vez que será, em princípio, quem continuará a tratar do paciente após o tratamento médico realizado, pelo que é

¹⁵¹ A Holanda criou um sistema rápido para suprir o problema dos incapazes não representados em cuidados de saúde: *Wet Mentorschap e Behoeve van Meerderjarigen*, de 1994.

¹⁵² Neste sentido cfr. artigo 46º n.ºs 4 e 5 do CDOM: “5. Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes quereriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade”.

de salutar que esteja devidamente informada sobre o diagnóstico e prognóstico. Não raras vezes acontece que a própria família motiva e incentiva o doente a ter uma atitude positiva para superar a doença.

3.2.2-O Médico

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos estabelece no n.º4 do artigo 50º que: “O diagnóstico e prognóstico só podem ser dados a conhecer a terceiros, nomeadamente familiares, com o consentimento expresso do doente, a menos que este seja menor ou cognitivamente incompetente, sem prejuízo do disposto no artigo 89º deste Código”. Quer isto dizer que, somente alguns membros da família serão titulares de um direito à informação, pois, o doente incapaz mantém o seu direito à privacidade. MANUEL DA COSTA ANDRADE defende tal entendimento ao afirmar que “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”.¹⁵³

Nos casos de urgência, em que não é possível nomear um representante legal atempadamente e a decisão não pode ser adiada, deverá ser o médico a autorizar a intervenção médica, com base no consentimento presumido¹⁵⁴, que se forma, tendo em linha de conta a vontade hipotética do paciente; nestes casos o médico pode recorrer às pessoas mais próximas do doente para que o informem sobre a possível vontade do paciente, invertendo o processo normal do consentimento, sendo assim possível evitar danos graves e irreversíveis para a saúde do paciente.¹⁵⁵ Assim aponta o CDOM, no

¹⁵³ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 798.

¹⁵⁴ Cfr. Artigo 340º n.º3 do CC: “Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”. Sobre este artigo *vide* LIMA, Pires de, VARELA, Antunes - *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, 1987, p. 304 “3.O consentimento presuntivo a que se refere o n.º3 não dará para considerar lícita a lesão sofrida na prática de modalidades desportivas (como o boxe, a luta, ao rãguebi e o próprio futebol) que comportam grave risco de violação da integridade física do jogador. Mas cobre inquestionavelmente as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento do agredido ou acidentado, que não fique em condições de exprimir a sua vontade”.

¹⁵⁵ Cfr. PEREIRA, André Dias – “Novos Desafios de Responsabilidade Médica: uma Proposta para o Ministério Público” - (Palestra proferida no Congresso Anual do Ministério Público do Estado do Paraná, em Foz do Iguaçu a 11 de Dezembro de 2004), p. 15.

artigo 46º n.º5, ao estatuir que: “Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes quereriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade”, e, no artigo 47º alínea a) e b): “O médico deve presumir o consentimento dos doentes nos seguintes casos: a) Em situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento do doente e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade; b) Quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde”. O artigo 340º n.º3 do CC tem o mesmo sentido ao prever que: “Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”, e, também, o artigo 39º n.º2 do CP, ao referir que: “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”. A vontade presumida não resulta de uma manifestação autodeterminada da vontade do indivíduo, mas somente de um conjunto de valores e interesses do mesmo que permitem aferir o presumível sentido da decisão que teria caso fosse capaz.¹⁵⁶ Desta forma, torna-se lícita a intervenção de um terceiro na esfera jurídica do indivíduo.¹⁵⁷ Este consentimento presumido relaciona-se em *ultima ratio* com o direito de necessidade previsto no artigo 34º do CP, tendo como última finalidade o melhor interesse do incapaz. O artigo 34º aplica-se às situações em que o representante, ao opor-se à intervenção, coloca em causa a vida do representado, pelo que seria irrazoável impor tal sacrifício, já que o representante deve actuar no interesse do representado.¹⁵⁸ JORGE DE

¹⁵⁶ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 248-249; e DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais*, ob. cit., p. 453.

¹⁵⁷ Cfr. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 14ª Edição, Almedina, 2001, p. 164.

¹⁵⁸ Cfr. Artigo 34º alínea b) e c) do CP: “Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: [...] b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado”.

FIGUEIREDO DIAS salienta que para se verificar o estado de necessidade “o bem jurídico ameaçado por um perigo só pode ser salvo através da sua exposição a um outro perigo. É o caso vulgar de uma intervenção cirúrgica ou execução de tratamentos (muito) arriscados e ainda insuficientemente conhecidos da ciência médica e das suas *leges artis*, mas necessária como única forma de possivelmente salvar a vida do doente”.¹⁵⁹ Assim, também, aponta PAULA RIBEIRO DE FARIA, ao aceitar a intervenção médica devido “a uma ideia de dever ou de necessidade”, não deixando de afirmar que não existe algum conflito entre o direito de necessidade e o consentimento presumido, uma vez que “o direito à vida e à integridade física [...] um valor absoluto”.¹⁶⁰

3.2.3-O Ministério Público

No ordenamento jurídico português, quando o paciente é incapaz para consentir num acto médico não urgente será o Ministério Público, no papel de representante dos incapazes (conforme se afere pelo seu Estatuto)¹⁶¹, que deverá iniciar um processo de tutela, nomeando um curador provisório que consentirá pelo incapaz, de acordo com o plasmado no n.º1 do artigo 142º do CC.¹⁶² Adicionalmente, o artigo 1439º do CPC atribui ao Ministério Público, a capacidade de intervir como agente principal na defesa e protecção do indivíduo incapaz.

No caso de intervenções médicas não urgentes, que não envolvam a vida ou saúde essencial, a situação poderá ser colocada perante a Comissão de Ética para a Saúde ou, não havendo consenso, perante o Tribunal, com o

¹⁵⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais*, ob. cit., p. 416.

¹⁶⁰ Cfr. FARIA, Maria Paula Ribeiro – “A Lei do Sangue: ou o Conflito entre o Respeito pela Autonomia da Pessoa e a Defesa da Vida e da Integridade Física”, *in* *Direito e Justiça: revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Volume XII, Tomo 1. [s. l.]: 1998, p. 267 e 271.

¹⁶¹ Cfr. Alínea a) do n.º1 do artigo 3º: “Compete, especialmente, ao Ministério Público: a) Representar o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta” e al. c) do n.º1 do artigo 5º do Estatuto do Ministério Público, Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, actualizada pela Lei n.º9/2011, de 12 de Abril: “1 - O Ministério Público tem intervenção principal nos processos: c) Quando representa incapazes [...]”.

¹⁶² Artigo 142º n.º1 do CC: “Em qualquer altura do processo pode ser nomeado um tutor provisório que celebre em nome do interditando, com autorização do tribunal, os actos cujo adiamento possa causar-lhe prejuízo”.

intuito de se apurar qual o melhor interesse do incapaz, sobretudo nas situações em que o paciente tem vontade diversa da do seu representante legal, expressa, por exemplo, em testamento de paciente.¹⁶³

Quando a intervenção médica é urgente e necessária para salvaguardar a vida e saúde essencial do paciente o médico poderá actuar imediatamente, apesar de dever respeitar a vontade do representante, pois, presume-se que este actua segundo o melhor interesse e vontade do representado.

3.2.4-Testamentos de Paciente e Procurador de Cuidados de Saúde

Com o aumento da esperança média de vida, devido à evolução científica e consequente prolongamento de estados de doença e estados terminais, foram criadas duas figuras: o testamento de paciente (testamento vital ou *living will*) e o procurador de cuidados de saúde, que têm como finalidade principal garantir a dignidade, respeito e autonomia do indivíduo, quando a sua capacidade se encontra fragilizada.

O testamento de paciente pode ser descrito como um documento escrito por pessoa maior e capaz, normalmente na presença de testemunhas, que contém directivas a respeito dos tratamentos que aquele paciente em concreto aceita ou rejeita na fase final da sua vida, bem como nos casos em que a sua capacidade para tomar decisões importantes sobre a sua vida esteja afectada, contemplando, por vezes, a nomeação de um procurador de saúde. Os procuradores de cuidados de saúde são nomeados pelo indivíduo, para que

¹⁶³ Nesta lógica, de acordo com as *guidelines* relativas à suspensão e abstenção de tratamento de doentes Terminais – Serviço de Bioética e Ética Médica (FMUP), Relator: Rui Nunes, de 26 de Maio de 2008, n.ºs 12 e 14, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/12802541901211800343guidelines_p_11_apb_08.pdf: “Se não for possível determinar, à luz da melhor evidência existente, qual seria a vontade do doente num determinado contexto clínico, o médico e a restante equipa de saúde, em estreita colaboração com a família, devem determinar o curso de actuação mais adequado de acordo com o melhor interesse do paciente, isto é, em consonância com o princípio ético de beneficência” (12); “Se persistir desacordo entre a equipa de saúde e os familiares do paciente e não existir uma directiva antecipada de vontade, deve tentar-se, até ao limite, uma estratégia consensual. Após envidados todos os esforços, se não for possível a obtenção de um consenso, então deve recorrer-se a meios formais de resolução. Designadamente mecanismos intra-institucionais – tal como a Comissão de Ética para a Saúde ou a Direcção Clínica – ou extra-institucionais como o poder judicial” (14).

tomem decisões por conta deste, em casos de eventual incapacidade. Ao ser humano deve ser reconhecido o direito de, por si, determinar e planear a sua vida, mesmo que de forma futura. Tendo presentes as palavras de ORLANDO DE CARVALHO a pessoa é um centro autónomo de decisão, pelo que terão de ser reconhecidos juridicamente os meios legais para que se conserve o poder de decisão, assegurando-se o reconhecimento e vinculação da pessoa no seu devir.¹⁶⁴ Desta forma, seria possível garantir a dignidade e autodeterminação da pessoa humana, com a sua prévia participação em relação à incapacidade que a atingiu. Este tipo de directivas devem ser vistas como o garante da autodeterminação prospectiva do paciente, pois são elaboradas de acordo com a vontade do indivíduo e utilizadas em momento posterior, já quando a capacidade para consentir não existe.

Em Portugal ainda não há legislação específica sobre os Testamentos de Paciente, nem sobre os Procuradores de Saúde, contudo como refere JOÃO CARLOS LOUREIRO “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”.¹⁶⁵ O médico deverá atender à vontade do paciente, não podendo ignorar as directivas antecipadas, uma vez que estaria a violar o direito à autodeterminação, integridade física e moral do paciente.¹⁶⁶ Tal dever do médico surge no CDOM no artigo 46º n.º2: “Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa” e, também no artigo 9º da CEDH Bio ao referir 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”. Contudo, o médico pode não considerar o testamento de paciente em

¹⁶⁴ Cfr. CARVALHO, Orlando de – *Os Direitos do Homem no Direito Civil*, Coimbra: Vértice, 1973, p. 24, *Apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 22-24.

¹⁶⁵ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico”, in *Cadernos de Bioética*, N.º8, Ano V, Dezembro de 1994, p. 41.

¹⁶⁶ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 263.

virtude de ter decorrido algum tempo desde a sua feitura ou nos casos em que, posteriormente, o doente lhe comunicar uma vontade diferente da inicial.¹⁶⁷

A doutrina penalista portuguesa apenas atribui valor indiciário aos testamentos de paciente, na medida em que relevam o factor actualidade do consentimento, pois, como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE “o testamento do paciente só permite saber o que o paciente queria no momento em que o redigiu, mas não permite referenciar com segurança o que ele quer no momento do tratamento”¹⁶⁸, acrescentando ainda que: “Com a doutrina dominante, não cremos que lhe deva caber mais do que um valor indiciário, não podendo ser assumidos em termos vinculativos no sentido de que a sua violação determinar, sem mais, a responsabilidade penal do médico”.¹⁶⁹ Neste sentido aponta, também, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ao afirmar que o testamento de paciente tem “valor indiciário – e só esse [...]”¹⁷⁰. Afirma ainda este autor que os testamentos de paciente assumem um “relevantíssimo e crescente valor”, sendo desta forma o “mais forte indício da vontade presumida do declarante”, pelo que só não serão tomados em consideração “se forem conhecidas razões que definitivamente os contrariem”.¹⁷¹

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida¹⁷² já se pronunciou relativamente às Declarações Antecipadas de Vontade. O Parecer 45/CNECV/2005, relativo ao Estado Vegetativo Persistente, refere que as Declarações Antecipadas de Vontade têm uma importante função ao darem a conhecer a vontade presumida do paciente; o Parecer 46/CNECV/2005, sobre a Objecção ao Uso de Sangue e Derivados para Fins Terapêuticos por Motivos

¹⁶⁷ Cfr. PEREIRA, André Dias – “O Consentimento (Informado) na Actividade Pericial Forense”, ob. cit. p. 22.

¹⁶⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense*, ob. cit., p. 385; e RIBEIRO, Geraldo Rocha - *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 263-264: “(...) ao nível dos efeitos, as declarações de vontade antecipadas não se assumem como directivas inderrogáveis, uma vez que o médico pode, ponderando o hiato temporal decorrido desde a declaração, o seu conteúdo, bem como a evolução da ciência médica e do contexto social e valores manifestados à data da intervenção, justificar uma intervenção contrária à vontade manifestada previamente”.

¹⁶⁹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa - *Consentimento e Acordo*, ob. cit., p. 457.

¹⁷⁰ Cfr. DIAS, Figueiredo - *Comentário Conimbricense ao Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 14.

¹⁷¹ Cfr. DIAS, Figueiredo – “A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137, Março-Abril de 2008, p. 210-211.

¹⁷² Doravante referido como CNECV.

Religiosos, se constata que tais declarações têm efeito meramente indicativo.¹⁷³

Mais recentemente, no Parecer 59/CNECV/2010 sobre os Projectos de Lei relativos às Declarações Antecipadas de Vontade, o CNECV “reconhece a conveniência em se regular por via legislativa a forma como os cidadãos, maiores de idade e na plena posse das suas capacidades e direitos, podem declarar a sua vontade no que se refere a tratamentos e outros procedimentos relacionados com a sua saúde. Assim, se perderem a sua capacidade em exprimir a sua vontade, esta pode ser conhecida tal como anteriormente a expressaram”, bem como a legitimidade de que possa ser “designado pelo próprio e por escrito [...] um Procurador de Cuidados de Saúde a quem sejam conferidos poderes de representação a usar quando a pessoa estiver desprovida de entendimento ou de vontade”. Para além disso, o Parecer recomenda que como “a declaração antecipada de vontade pode conter disposições de recusa e disposições onde se fazem pedidos concretos, a legislação encare, de forma explícita e distinta, essas variantes declarativas, nomeadamente quanto à respectiva força vinculativa, [...] no caso de recusas de intervenções ou terapêuticas, estas recusas terão carácter vinculativo, [...] no caso de pedidos de intervenções ou terapêuticas, o seu respeito deverá ser ponderado com a necessidade de observância e respeito das leis em vigor, das boas práticas clínicas e da independência técnica dos profissionais envolvidos, assim como com a própria exequibilidade do pedido”.¹⁷⁴

Do exposto resulta que, actualmente, o testamento de paciente não tem valor vinculativo, devendo o médico, para além de não aceitar cegamente as directivas do paciente, averiguar se o conteúdo das mesmas exprime a vontade esclarecida, livre e actual daquele.¹⁷⁵

¹⁷³ Cfr. Parecer 46/CNECV/2005, de Junho de 2005, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf: “A manifestação antecipada de vontade tem apenas um valor indicativo, não dispensando a obtenção do consentimento informado que obriga a um efectivo esclarecimento quanto às consequências da recusa de tratamento”.

¹⁷⁴ Cfr. Parecer 59/CNECV/2010, de Dezembro de 2010, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf.

¹⁷⁵ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 252-253.

3.3-Soluções do Direito Português e possíveis alterações

No ordenamento jurídico português, por vezes, é difícil saber a quem compete autorizar a intervenção médica quando o adulto se encontra numa situação de incapacidade, isto é, será o Tribunal a decidir ou a nomear um representante, ou deverá ser a família a decidir, ou ainda o Ministério Público como legal representante dos incapazes a decidir? Ou porventura, deverá o médico estabelecer um juízo de consentimento presumido? Este problema levanta-se em casos não urgentes, quando não existe perigo de vida ou de agravamento do estado de saúde do paciente, pois, nos casos urgentes, o médico pode intervir imediatamente de acordo com os artigos 8º da CEDHBio e 156º n.º2 do CP.

A CEDHBio, através do artigo 6º n.º3¹⁷⁶, remete a solução para o direito interno, não estabelecendo qualquer ordem para prestar o consentimento. O CDOM, no artigo 46º, estabelece directivas importantes, pois, institui uma ordem de prioridades ao dar destaque, em primeiro lugar, ao representante legal, seguindo-se as directivas antecipadas de vontade, atribuindo depois importância ao melhor interesse do paciente permitindo que o médico faça um juízo de consentimento presumido, e, por fim na hierarquia, atribui importância à ajuda que os familiares podem dar para demonstrar qual a vontade dos pacientes, caso lhes fosse possível manifestá-la.

Pode ser defendido que, nas situações em que o incapaz não tem um representante legal atribuído, deva ser o Ministério Público, de acordo com o seu Estatuto, a suprir o consentimento.¹⁷⁷ O artigo 5º n.º3 do supracitado

¹⁷⁶ Cfr. Artigo 6º n.º3 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. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”.

¹⁷⁷ Cfr. Estatuto do Ministério Público artigo 3º n.º1 “Compete, especialmente, ao Ministério Público: a) Representar [...] os incapazes [...]” e artigo 5º n.º1 al. c) “O Ministério Público tem intervenção principal nos processos: c) Quando representa incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta” e n.º4 al. a) 4 - O Ministério Público intervém nos processos acessoriamente: a) Quando, não se verificando nenhum dos casos do n.º 1, sejam interessados na causa as Regiões Autónomas, as autarquias locais, outras pessoas

Estatuto refere que, quando o Ministério Público actua “em [...] representação de incapazes [...] a intervenção principal cessa se os respectivos representantes legais a ela se opuserem por requerimento no processo”, pelo que lhes é atribuído um papel relevante.

No mesmo sentido aponta o Decreto-Lei n.º272/2001, de 13 de Outubro, ao estatuir no artigo 3º n.º3 e 4¹⁷⁸ que, quando 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: o representante do incapaz, o procurador ou o curador do ausente, o seu cônjuge ou parente mais próximo e o próprio incapaz, se for inabilitado. No caso de haver mais de um parente no mesmo grau, é citado o que for considerado mais idóneo. Após tal procedimento, determina o artigo 3º n.º5 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”.

Entendimento distinto tem JOÃO VAZ RODRIGUES ao defender que se deve, nas situações em que o incapaz não tem representante legal atribuído, nomear um tutor provisório que tenha poderes suficientes para “que celebre em nome do interditando, com autorização do Tribunal, os actos cujo adiamento possa causar-lhe prejuízo”¹⁷⁹ ou, em substituição, ser decretado o estatuto de representação provisória, como prevê o artigo 142º do CC.¹⁸⁰ Defende o

colectivas públicas, pessoas colectivas de utilidade pública, incapazes ou ausentes, ou a acção vise a realização de interesses colectivos ou difusos.”

¹⁷⁸ Cfr. Decreto-Lei n.º272/2001, de 13 de Outubro, ao estatuir no artigo 3º n.º3 e 4: “3-São citados para, no prazo de 15 dias, apresentar oposição, indicar as provas e juntar a prova documental: a) Nos casos previstos na alínea a) do n.º1 do artigo anterior, 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; b) Nas situações previstas na alínea b) do n.º1 do artigo anterior, o parente sucessível mais próximo do incapaz ou, havendo vários parentes no mesmo grau, o que for considerado mais idóneo.

4 - Nos casos de suprimento 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, aplica-se o disposto na alínea a) do número anterior, com as necessárias adaptações”.

¹⁷⁹ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 218; e COSTA, Adalberto – *A Acção de Interdição e Inabilitação*, ob. cit., p. 42.

¹⁸⁰ Neste sentido *vide*, também, RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 248.

mesmo autor, tendo por base o artigo 257º do CC¹⁸¹, que os actos praticados pelo próprio incapaz se devem orientar pelo regime da incapacidade acidental.¹⁸² Para além disso, sugere este autor que “perante uma incapacidade que se desconhece se está juridicamente declarada poderá o agente médico actuar sob a alçada do privilégio terapêutico, caso a intervenção não possa ser adiada até que a incapacidade desapareça, se esta for acidental e previsivelmente de duração limitada, ou até que seja encontrado o representante legal, ou familiares, que, pelo menos, elucidem e auxiliem o processo de tomada de decisão”.¹⁸³

A actual legislação foi elaborada com a finalidade de proteger os interesses patrimoniais do adulto incapaz, como se verifica pela análise das normas do CC e, também, do Decreto-Lei n.º272/2001, de 13 de Outubro, até porque estabelecem prazos alargados não compagináveis com casos médicos, mesmo que se tenha em consideração a urgência prevista no n.º2 do artigo 160º do CPC.¹⁸⁴ É neste sentido que concordamos com ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, quando defende que as normas do ordenamento jurídico português procuram solucionar “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”.¹⁸⁵ A mesma visão é corroborada GERALDO ROCHA RIBEIRO ao referir que: “(...) não há na génese do nosso Código Civil, um sistema de protecção do incapazes maiores. O que há é uma protecção fragmentada, decalcada da incapacidade por menoridade, sem atender às reais especificidades do incapaz adulto”.¹⁸⁶

¹⁸¹ Cfr. Artigo 257º do CC: “1. A declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório.

2. O facto é notório, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar.”

¹⁸² Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 218-219.

¹⁸³ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 220.

¹⁸⁴ Veja-se, por exemplo, o artigo 3º n.º3 do referido Decreto-Lei que estabelece “[...] 15 dias para apresentar oposição, indicar as provas e juntar a prova documental [...]”. Cfr. Artigo 160º n.º2 do CPC: “Os despachos ou promoções de mero expediente, bem como os considerados urgentes, devem ser proferidos no prazo máximo de dois dias”.

¹⁸⁵ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 258.

¹⁸⁶ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 458.

Analisada a legislação nacional, é possível apurar que não foi delegado no médico ou na família o direito de representar o incapaz, mas, exclusivamente, um direito desta última a ser ouvida para ajudar o médico a estabelecer a vontade presumível do paciente, pelo que, sempre que a situação o possibilite, deverá ser o representante legal, um tutor provisório ou o Ministério Público a representar o adulto incapaz. Todavia, o recurso ao Ministério Público é diminuto, excepto nas situações obrigatórias, como são os casos do internamento compulsivo por anomalia psíquica, a doação de órgãos *inter vivos* de dador incapaz por anomalia psíquica e da esterilização de incapazes por anomalia psíquica, muito devido ao facto de tal processo ser lento, quando em causa estão situações que, mesmo não sendo urgentes, requerem alguma rapidez.

3.4-As Soluções do Direito Comparado

Importa agora analisar quais as soluções que os restantes ordenamentos jurídicos apresentam para solucionar o problema que surge quando o adulto incapaz não tem representante legal atribuído, sendo certo que, será a vontade, mesmo que hipotética, do paciente a que deve ter a primazia em eventuais escolhas médicas.

3.4.1-Espanha

Em Espanha, quer a doutrina quer a legislação¹⁸⁷ apontam para o apelo à família, já que deverão ser os familiares, ou pessoas próximas do paciente, a prestar o consentimento ou, em último caso, o próprio Hospital a decidir qual o melhor interesse do paciente, apesar de o paciente incapaz ser informado de

¹⁸⁷ Nomeadamente a Lei n.º41/2002, de 14 de Novembro, designada por “Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica”.

acordo com as suas capacidades de compreensão.¹⁸⁸ A Lei n.º41/2002, de 14 de Novembro, permite que sejam elaboradas Declarações Antecipadas de Vontade e designado um procurador de cuidados de saúde que sirvam de interlocutor com os médicos.¹⁸⁹

O Código de Ética y Deontología Médica Colegial Española¹⁹⁰ permite que, em situações urgentes, o médico preste os cuidados de saúde necessários, independentemente da falta de consentimento do doente, quer esta seja motivada pela sua incapacidade quer devido à falta de consentimento dos seus representantes, por ser impossível o seu contacto.¹⁹¹

3.4.2-França

Em França, o médico vê-se obrigado a recorrer ao representante nomeado pelo incapaz; todavia, sempre que tal não seja possível, deverão ser os familiares ou pessoas mais próximas a consentir.¹⁹² O Code de la Santé

¹⁸⁸ Tal se afere da Lei n.º41/2002, de 14 de Novembro, designada por “Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica”, no artigo 5º n.º2: “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”, e no artigo 5º n.º3, relativo ao “Titular del derecho a la información asistencial”, ao prever que: “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”, bem como do artigo 9º n.º3, atinente aos “Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación”, que refere: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: 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. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.”

¹⁸⁹ Cfr. Artigo 11º n.º1: “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

¹⁹⁰ Cfr. Código de Ética y Deontología Médica Colegial española, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>.

¹⁹¹ Cfr. Artigo 10º n.º5 que: “Si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, e médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.

¹⁹² Cfr. Artigo L1111-6 do Code de la Santé Publique, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E7970260B8D8B3B92B76E30DFDE3AEA0.tpdjo11v_3?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006685772&dateTexte=20110504

Publique não permite a realização de actos médicos sem que as pessoas referidas no artigo L1111-6 (representante, parente, médico) sejam consultadas, excepto em casos urgentes.¹⁹³ No mesmo sentido, aponta o artigo 36º do Code de Déontologie Medicale, pois, prevê que se o doente não pode exprimir a sua vontade, o médico não poderá efectuar a intervenção médica sem que os familiares sejam previamente informados, excepto em situações de urgência ou impossibilidade de contacto.¹⁹⁴ O artigo 42º deste código apresenta o mesmo raciocínio do artigo L1111-6 do Code de la Santé Publique, ao estabelecer que o médico deve procurar obter o consentimento junto dos representantes legais; porém, em situações de urgência, em que aqueles não estejam presentes ou o contacto não seja possível, deve o médico prestar os cuidados de saúde que se revelem necessários.¹⁹⁵

3.4.3-Bélgica

Na Bélgica, a lei relativa aos Direitos do Paciente, de 22 de Agosto de 2002, acolheu um sistema de informação em cascata, ou seja, primeiro recorre-se ao representante legal designado de acordo com o Código Civil, em seguida recorre-se à pessoa de confiança que o paciente designou, e, por fim, ao cônjuge, ao companheiro(a), aos filhos maiores, aos pais e aos irmãos. Na falta destas pessoas, será o médico que avaliará qual o melhor interesse do

[&categorieLien=cid#LEGIARTI000006685772](#): “Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions”.

¹⁹³ Cfr. Artigo L1111-4 “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”.

¹⁹⁴ Cfr. Artigo 36º do Code de Déontologie Medicale, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont_1.pdf: “si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité”.

¹⁹⁵ Cfr. Artigo 42º do Code de Déontologie Medicale: “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”.

paciente.¹⁹⁶ O paciente incapaz deverá participar no processo de decisão de acordo com as suas capacidades de discernimento.¹⁹⁷

3.4.4-Holanda

Por sua vez, na Holanda, o médico deve obter o consentimento do representante legal do paciente e, quando tal não seja possível, deverá recorrer ao cônjuge ou companheiro(a) e na ausência deste a um familiar próximo. A lei criou um processo de designação do mentor muito rápido e ágil, denominado de “Wet Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen”, de 1994¹⁹⁸, que pode ser solicitado por pessoa interessada, um membro da família ou companheiro.¹⁹⁹

O mentor apenas está habilitado a tomar decisões relativas a cuidados de saúde; todavia, o mentor não tem poder decisório relativamente a determinados assuntos considerados demasiado pessoais, como são a eutanásia ou o internamento, sendo responsável perante o Tribunal que o nomeou.²⁰⁰

¹⁹⁶ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 229-230.

¹⁹⁷ Assim declara o artigo 14º n.º1 da Lei relativa aos Direitos do Paciente, de 22 de Agosto de 2002: “Les droits [...] sont exercés par la personne, que le patient aura préalablement désignée pour se substituer à lui [...]”; n.º2: “Si le patient n'a pas désigné de mandataire ou si le mandataire désigné par le patient n'intervient pas, les droits fixés par la présente loi sont exercés par l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait. Si cette personne ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, les droits sont exercés, en ordre subséquent, par un enfant majeur, un parent, un frère ou une soeur majeurs du patient. Si une telle personne ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, c'est le praticien professionnel concerné, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire, qui veille aux intérêts du patient. [...]”; e o n.º3: “Le patient est associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension”.

¹⁹⁸ Cfr. Wet Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.movisie.nl/Vrijwilligerswerk/Docs/dossierwet_en_regelgeving/Wet_Mentorshippen%5B1%5D.pdf.

¹⁹⁹ Cfr. BLANKMAN, K. (1995), “Mentorschap” in *Kastelein W.R., Spreeuwenberg C. (red.) Van aansprakelijkheid tot ziekteverzuim, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten/Diegem, Apud Blaauwbroek, H.G., “Patient Organizations and Patient Rights within the Dutch Health Care System”, 1997, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.bbvz.nl/files/patientorganizations_netherlands_herzien.pdf.*

²⁰⁰ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 230.

3.4.5-Alemanha

Na Alemanha, dá-se preferência à vontade do paciente, mesmo que seja conhecida através de testamento de paciente, quando confrontado com a vontade expressa pelo seu representante ou pelo juízo de consentimento presumido. O consentimento pode ser prestado por pessoa nomeada pelo Tribunal ou pelo representante, previamente designado pelo paciente, conforme se verifica pelo artigo 1901º do Bürgerliches Gesetzbuch.²⁰¹

Tendo em consideração o estabelecido nos n.ºs 1º e 2º do artigo 1901b do Bürgerliches Gesetzbuch²⁰², quando o paciente não tenha efectuado um testamento de paciente e não seja possível saber a sua vontade, deverão ser ouvidos os familiares e pessoas próximas para se estabelecer a sua vontade presumida.²⁰³

3.4.6-Inglaterra

Na Inglaterra o médico pode actuar, sem pedir o consentimento a qualquer pessoa ou entidade, de acordo com os *best interests of the patient*. Defende-se que não se deve tratar o paciente se existirem provas bastantes e convincentes de que ele o teria rejeitado, o que se pode verificar através de

²⁰¹ Cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 1901a do Bürgerliches Gesetzbuch, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://bundesrecht.juris.de/bgb/index.html> (versão alemã) e http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (versão inglesa): "1-If a person of full age who is able to consent has determined in writing, for the event of his becoming unable to consent, whether he consents to or prohibits specific tests of his state of health, treatment or medical interventions not yet directly immanent at the time of determination (living will), the custodian must examine whether these determinations correspond to the current living and treatment situation. If this is the case, the custodian must see to it that the will of the person under custodianship is done. [...]"

2- If there is no living will, or if the determinations of a living will do not correspond to the current life and treatment situation, the custodian must determine the wishes with regard to treatment or the presumed will of the person under custodianship, and decide on this basis whether he consents to or prohibits a medical measure pursuant to subsection (1). The presumed will must be ascertained on the basis of concrete indications. Consideration must be given, in particular, to previous oral or written statements, ethical or religious convictions and other personal values of the person under custodianship".

²⁰² Cfr. n.º2 do artigo 1901b do *Bürgerliches Gesetzbuch*: "When ascertaining the patient's will pursuant to § 1901a (1) or the wishes with regard to treatment or the presumed will pursuant to section 1901a. 2-close relatives and other persons enjoying the confidence of the person under custodianship should be afforded the opportunity to make a statement insofar as this is possible without any considerable delay".

²⁰³ Para maior desenvolvimento *vide* RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 371-374.

directivas antecipadas de vontade ou através da consulta a familiares que devem ser envolvidos nas decisões médicas, apesar de não terem a capacidade de consentir pelo paciente.²⁰⁴

Os tratamentos de acordo com os *best interests of the patient* são aqueles que tenham em vista preservar a vida, saúde ou bem-estar. Logo, desde que os riscos não sejam significativos e os benefícios sejam claros, a intervenção médica deve prosseguir. Exemplo deste tipo de situação é o *leading case* “*Airedale National Health Service Trust vs. Tony Bland*”²⁰⁵, em que Tony Bland, adepto de futebol, sofreu danos cerebrais irreversíveis que o deixaram num estado vegetativo persistente, após ser esmagado no estádio devido ao excesso de lotação na entrada. Após esta tragédia, o Hospital, com o apoio dos pais, pediu ao Tribunal que o deixasse morrer com dignidade, pedido que foi concedido, pelo que Tony tornou-se no primeiro paciente inglês a morrer através do processo de desligamento do suporte básico de vida, que o mantinha vivo.

Desde então, muitos mais casos têm vindo a ser discutidos na Jurisprudência Inglesa. Destaca-se, por exemplo, o caso “*Pembrey vs. The General Medical Council [2003] UKPC 60*”²⁰⁶, em que se decidiu ser justificável a remoção do clínico da lista de médicos praticantes, pois, de entre outros erros, falhou em considerar adequadamente se, efectuar uma histerectomia, seria no melhor interesse de dois pacientes incapazes. Refere-se, ainda, neste caso que a decisão do médico não seguiu o normal processo de obtenção do consentimento informado, pois, o clínico não ouviu a opinião de outros médicos, não estudou e não apresentou alternativas, tendo chegado a tal solução com base somente numa consulta. Daí adveio uma grave falha, ao considerar que tal procedimento era o adequado para aqueles dois pacientes

²⁰⁴ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 231-232.

²⁰⁵ Cfr. Caso *Airedale NHS Trust vs. Tony Bland*, [consult. 17/05/2011], disponível em: [http://www.docstoc.com/docs/61077717/AIREDALE-NATIONAL-HEALTH-SERVICE-TRUST-V-BLAND-\(1993\)](http://www.docstoc.com/docs/61077717/AIREDALE-NATIONAL-HEALTH-SERVICE-TRUST-V-BLAND-(1993)).

²⁰⁶ Cfr. Caso *Pembrey vs. The General Medical Council [2003] UKPC 60*, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.careandhealthlaw.com/Public/Index.aspx?ContentID=-66&IndexType=1&TopicID=382&Category=1>.

concretos. Esta actuação do médico foi considerada deplorável por ter consequências nefastas e irreversíveis. Daqui se conclui que sérias consequências podem advir para os médicos que tratem pacientes considerados incompetentes para consentir, sem que não sejam tidos em consideração os seus *best interests*.

Relativamente à representação dos incapazes instituiu-se, em 1985, o *Enduring Powers of Attorney Act* que foi substituído, em 2005, pelo *Lasting Powers of Attorney* que permite ao indivíduo incapaz ser representado de forma a que aquele tome decisões médicas por si.

3.4.7-Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, atribui-se grande importância às directivas antecipadas de vontade; porém, quando estas não existem, é a família que desempenha um papel fundamental, pois, poderá consentir pelo paciente. Esta maior importância das directivas antecipadas de vontade remonta ao “*The Patient Self-Determination Act*”, de 1990, que pretendeu aumentar a importância do papel desempenhado pelas directivas antecipadas de vontade, assim como os poderes do procurador de cuidados de saúde.²⁰⁷ A partir de então impôs-se o dever de prestar informação e de obter o consentimento junto do paciente, passando a ser reconhecida a faculdade do paciente expressar a sua vontade quanto à realização de determinado procedimento médico, bem como a ter a possibilidade de designar um representante. Para além disso, atribui-se grande relevância aos *living wills*, relacionados com situações de doenças terminais ou com tratamentos específicos em que o paciente refere quais os tratamentos a que aceita ou não ser submetido.²⁰⁸

²⁰⁷ Cfr. CLARK, Annette, “Consent to Healthcare - Decision Making for Incompetent Patients”, in *Washington Health Law Manual – Third Edition*, 2007, p. 2C-6, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.wsha.org/files/62/HLM_Chapter2C.pdf.

²⁰⁸ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha – *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p. 375-376.

O papel relevante atribuído à família deve-se à preocupação e ao conhecimento que os familiares têm do paciente, sendo certo que o paciente quando o faz, normalmente, nomeia um familiar próximo como o seu procurador de saúde. Os familiares que prestam o consentimento são designados de “*surrogates decision makers*” e estão ordenados, normalmente, da seguinte forma: o cônjuge ou companheiro, como primeiro substituto, seguindo-se os filhos adultos, os pais, os irmãos e outros familiares.²⁰⁹ Contudo, alguns Estados têm vindo a aceitar o consentimento prestado por um amigo próximo como substituto.

Assim, os médicos estão obrigados a seguir a vontade do paciente, transmitida enquanto pessoa competente para consentir, bem como os seus *best interests*. Em última instância recorre-se aos Tribunais para dirimir eventuais diferenças de opinião, sendo certo que o representante apontado pelo Tribunal, tem o dever e a responsabilidade de tomar decisões pelo paciente incompetente.²¹⁰

4-Análise do Projecto de Lei N.º788/X, Direito dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado

O Projecto de Lei N.º788/X, relativo ao Direito dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado, promovido pelo Partido Socialista, tinha como intenção melhorar o sistema do consentimento informado em Portugal, uma vez que a Entidade Reguladora da Saúde já se tinha pronunciado sobre a fragilidade do sistema. Através da exposição de Motivos do Projecto de Lei, é possível verificar que este procura regular vários direitos dos doentes, nomeadamente, no que diz respeito ao direito de informação, dignidade e autodeterminação do doente, à titularidade e prova do consentimento informado, a uma forma mais célere de representação de adultos com

²⁰⁹ Cfr. CLARK, Annette, “Consent to Healthcare- Decision Making for Incompetent Patients”, ob. cit., p. 2C-8.

²¹⁰ Cfr. SABATINO, Charles, “Surrogate Decision Making”, Outubro de 2007, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.merckmanuals.com/home/sec01/ch009/ch009f.html>.

capacidade diminuída, à regulamentação das declarações antecipadas de vontade e, ainda, à possibilidade de designação de um procurador de cuidados de saúde.

Este Projecto de Lei foi, por um lado, acolhido com bons olhos pela Ordem dos Médicos, mas, por outro lado, bastante criticado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida no Parecer 57/CNECV/09.

O Projecto de Lei encontra-se estruturado da seguinte forma: os primeiros treze artigos estão afectos à informação e ao consentimento informado, seguindo-se a declaração antecipada de vontade e a nomeação de procurador de cuidados de saúde nos artigos 14º a 19º; e, por fim, o Projecto regula a autonomia e processo clínico nos artigos 20º a 24º.

Os artigos 1º a 13º não introduzem qualquer melhoria ou inovação em relação à legislação existente, sobretudo no que diz respeito ao Código Penal, pois, não são desenvolvidas temáticas importantes, como as declarações antecipadas de vontade, pelo que o projecto deveria ser mais amplo e possuir uma estrutura mais clara. Neste lote de artigos, destacam-se, pela negativa, o artigo 5º²¹¹, relativo ao Privilégio Terapêutico, já que é um decalque do artigo 157º do CP, não trazendo nenhuma melhoria legislativa. O próprio Parecer 57/CNECV/09 é contraditório, uma vez que critica o artigo 5º e desta forma, acaba por criticar a legislação em vigor, afirmando que o Projecto Lei é demasiado paternalista, baseando a sua crítica na excessiva autonomia que seria dada ao paciente. Esta censura constante no referido Parecer, é contrastante com a evolução legislativa ocorrida, no que diz respeito ao consentimento informado, desde o final da II Guerra Mundial até então, tendo como consequência imediata o fim do paternalismo médico como regra a seguir pelo clínico. O Parecer menciona que “[...] o projecto reflecte uma mal entendida primazia absoluta da autonomia como valor ético [...]. A autonomia, entendida do modo que nos parece subjacente ao diploma, é inadequada para

²¹¹ Artigo 5º do Projecto de Lei n.º788/X: “1-O doente não é informado se a informação implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo doente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica. 2-O médico regista no processo clínico as circunstâncias e os fundamentos da sua decisão de não informar o doente”.

se assumir como elemento único e dominante neste contexto. [...] a autonomia é apresentada quase como um direito negativo – o direito a recusar –, e não como um direito positivo, de partilha de responsabilidade”²¹², acrescentando, ainda, que “se isto é minado, por exemplo, por legislação como a proposta, a conduta médica será guiada pela necessidade de cumprir regras formais, que [...] deslocam a responsabilidade da decisão para alguém que não está habilitado para a tomar”.²¹³ Estas afirmações são de difícil entendimento, pois, é obrigação do médico tornar o paciente habilitado para consentir através de um dever de informação e consequente verificação do entendimento da informação prestada. Neste sentido, aponta também a Declaração da Conselheira MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES ao afirmar que “não partilha a visão de “autonomia” que o Parecer implicitamente apresenta ao admitir a prática de um paternalismo absoluto exercido por vezes com a cumplicidade da própria família” ou ao inscrever a “autonomia” na esteira da “responsabilidade médica e o exercício de beneficência exigem respeito pela dignidade do doente e, portanto, da sua autonomia”. Refere ainda esta Conselheira que “o Privilégio Terapêutico não só impede que a pessoa doente tenha acesso à informação que lhe diz respeito [...] contrariando o “direito a saber a verdade”, mas impede igualmente o exercício do “direito a não querer saber a verdade”.

O artigo 7º²¹⁴, relativo ao ónus da prova, levanta problemas de prova, pois, será muito difícil ao paciente e ao médico demonstrar que a informação, normalmente dada de forma oral, foi ou não facultada, uma vez que o consentimento escrito está apenas previsto, de acordo com o artigo 9º n.º2 do Projecto de Lei n.º788/X, em “caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente”.

O artigo 12º, relativo à representação de adultos com capacidade diminuída, refere que estes são representados pelo procurador de cuidados de saúde (n.º2), ou por tutor, quando aquele não tenha sido designado (n.º3).

²¹² Cfr. Parecer 57/CNECV/09, de Julho de 2009, p. 3-4, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf.

²¹³ Cfr. Parecer 57/CNECV/09, de Julho de 2009, p. 5.

²¹⁴ Cfr. Artigo 7º do Projecto de Lei n.º788/X: “Compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova, por qualquer modo, de que prestou a informação nos termos exigidos pela lei”.

Quando tais representantes estão ausentes cabe ao médico formular um juízo de consentimento presumido, tendo em conta as características pessoais e a vontade do paciente, sendo que para isso terá de ouvir “sempre que possível, o médico de família do doente, e outras pessoas que tenham mantido com o doente relações de grande proximidade, designadamente os familiares” (n.º4). A novidade deste artigo surge no n.º5, ao instituir a necessidade de comunicar a decisão do médico ao Ministério Público: “Se a intervenção tiver risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente, a decisão do médico deve ser comunicada ao Ministério Público, no prazo de 10 dias, mesmo que a intervenção já tenha sido realizada”. Esta comunicação, *a posteriori*, é de difícil entendimento, sendo mesmo criticada esta imposição pelo Parecer 57/CNECV/09, por a considerar “uma inaceitável desconfiança em relação aos princípios morais que regem a profissão desde há séculos”.²¹⁵

O artigo 13º estabelece que: “[...] a partir dos 12 anos, o jovem deve ser informado, na medida das suas capacidades de entendimento, e a sua opinião deve ser tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”. O CDOM aponta no mesmo sentido, pois refere nos artigos 46º n.º3 que: “A opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de pedir o consentimento aos representantes legais daqueles” e, 48º n.º3 que: “No caso de menores ou incapazes, o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais, mas o médico não fica dispensado de tentar obter a concordância do doente, nos termos do número 3 e 6 do artigo 46º e do artigo 52º”.

O n.º3 do artigo 13º do Projecto em análise menciona que o jovem com idade igual ou superior a 16 anos, dotado de capacidade de entendimento exigível por lei, pode “consentir ou recusar a intervenção médica, desde que esta não implique risco elevado de incapacidade grave ou de morte”. Já o n.º4 indica que em caso de risco elevado, cabe aos representantes legais prestar o consentimento, excepto quando o jovem exercer o seu direito de veto. Logo,

²¹⁵ Cfr. Parecer 57/CNECV/09, p. 7.

sempre que o consentimento for prestado pelos representantes legais, o menor pode recusar a intervenção, devendo prevalecer esta vontade, mas já quando o maior de 16 anos consentir e os representantes legais se opuserem, prevalece esta vontade. Assim, podemos concluir que é necessário que estejam todos de acordo quanto à realização de uma intervenção arriscada. O artigo em causa denota uma certa incoerência, na medida em que o n.º4 autoriza os representantes legais para estes casos, mas estabelece o direito de veto do maior de 16 anos.²¹⁶

O disposto nos artigos 14º e 15º é insuficiente relativamente à temática que tratam, isto é, as Declarações Antecipadas de Vontade. Veja-se, por exemplo, o n.º5 do artigo 14º, que sujeita a Declaração Antecipada de Vontade a uma lista imensa de requisitos exemplificativos para lhe atribuir eficácia vinculativa, sendo certo que o n.º4 do mesmo artigo refere que: “a declaração antecipada de vontade é tida em consideração como elemento fundamental para apurar a vontade do doente, salvo o disposto no artigo 15º”, atribuindo, este artigo, ao médico o poder de a não respeitar, pelo que não foi resolvido o problema da sua eficácia; ou seja, é vinculativa ou meramente indiciária? Com tal redacção, as Declarações Antecipadas de Vontade parecem ser meramente indiciárias e não vinculativas. Apesar disto, é também verdade que a decisão do médico terá de ser ponderada, pois o artigo 14º n.º6 exige-lhe que fundamente e registre a sua decisão. Devido à insuficiência deste Projecto de Lei, o Parecer 57/CNECV/09 sugere mesmo a criação de legislação específica sobre as Declarações Antecipadas de Vontade.²¹⁷ A Associação Portuguesa de Bioética aprovou um Projecto de Diploma²¹⁸, que regula o direito a formular Directivas Antecipadas de Vontade, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, que desenvolve e corrige muitas das imperfeições e insuficiências do Projecto Lei n.º788/X, sobretudo no que diz respeito à capacidade (artigo 3º e

²¹⁶ Cfr. Parecer 57/CNECV/09, p. 7-8.

²¹⁷ Cfr. Parecer 57/CNECV/09, p. 10.

²¹⁸ Cfr. Projecto de Diploma n.ºP/16/APB/09 que regula o exercício do direito a formular directivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional, [consult. 17/05/2011], disponível em http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/12802529311273053917parecer_16_testamento_vital_2009.pdf.

4º), ao conteúdo (artigo 5º), à forma (artigo 6º), aos limites (artigo 7º), ao prazo de eficácia (artigo 8º), à modificação ou revogação (artigo 9º), à nomeação de procurador de cuidados de saúde (artigo 17º) e à criação de um Registo Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (artigo 20º).

Os artigos 16º e 17º do Projecto de Lei n.º788/X referem-se ao Procurador de Cuidados de Saúde, salientando-se o n.º2 do artigo 16º por conter um erro ao referir que: “O procurador carece de plena capacidade de exercício de direitos [...]”, ao invés de dotado da mesma.

O Projecto de Lei n.º788/X termina com o capítulo III, referente à autonomia e processo clínico, nos artigos 20º a 24º. O Parecer do CNECV critica ferozmente o acesso directo do doente a todo o seu processo clínico ao referir que: “pode ser muito prejudicial para a saúde e bem-estar da pessoa doente”.²¹⁹ Segundo o Parecer, não deveria ser permitido o acesso a todo o processo clínico, nomeadamente, às partes que contêm “as observações diárias do estado do doente e de instruções para procedimentos, é [...] um instrumento de trabalho de médicos e enfermeiros”.²²⁰ Não obstante, o acesso às informações de saúde por parte do doente já é possível, de forma indirecta, de acordo com o artigo 7º da Lei n.º46/2007, de 24 de Agosto, ao estatuir que: “a comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico se o requerente o solicitar”. Porém, caso a comunicação e relação entre médico e paciente seja boa, o doente não sentirá necessidade de aceder ao processo clínico, pois, estará devidamente informado e esclarecido sobre a sua situação clínica. Diversamente, quando tal relação não é de confiança e a comunicação é escassa, os pacientes, sobretudo os mais instruídos, terão tendência a solicitar informações complementares ou, mesmo, consultar o seu processo clínico.²²¹

Assim, podemos concluir que o Projecto de Lei 788/X é imperfeito e necessita de ser reformulado tendo em vista a melhoria da legislação existente,

²¹⁹ Cfr. Parecer 57/CNECV/09, p. 11.

²²⁰ Cfr. Parecer 57/CNECV/09, p. 11.

²²¹ Vide PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma Perspectiva Europeia”, in *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, Ano XV, n.º16, 2006, p. 14-17.

não se ficando apenas por um quase decalque de legislação avulsa e do CP, sendo ainda necessário desenvolver as temáticas sensíveis, como as Declarações Antecipadas de Vontade, pois, são instrumentos fulcrais para indivíduos que venham a carecer de capacidade para consentir em tratamentos médicos e que estimariam ver a sua autodeterminação respeitada nesse momento.

5-Intervenções Médicas Invasivas em Incapazes

As intervenções médicas mais invasivas e com consequências, em teoria, mais gravosas para o paciente implicam a obtenção de um consentimento expreso por parte do médico, que expresse uma manifestação de vontade inequívoca do paciente ou do seu representante, devendo ser efectuado por escrito. A lei garante, desta forma, uma maior segurança jurídica para as partes envolvidas neste tipo de intervenções, até porque, em determinados casos, exige-se a intervenção de outras entidades no processo de consentimento. Esta participação de uma entidade adicional, que pode ser o Tribunal, uma Comissão ou mesmo uma equipa composta por vários médicos, existe quando o paciente for sujeito a uma intervenção mais agressiva, e, também devido à sua especial debilidade, tendo como finalidade verificar se os melhores interesses do paciente estão a ser garantidos.

O Tribunal pode ser chamado a intervir em situações de doação *inter vivos* de substâncias não regeneráveis, quando o dador é um menor, como se prevê no artigo 8º n.º3 da Lei n.º22/2007, de 29 de Junho, e na alínea iv) do n.º2 do artigo 20º da CEDHBio.

A Comissão de Ética para a Investigação Clínica intervém, por exemplo, no caso dos ensaios clínicos de medicamentos e terá de dar parecer favorável para autorizar a investigação (artigo 7º alínea h) e artigo 20º da Lei n.º46/2004). Nas intervenções psico-cirúrgicas, de acordo com o artigo 5º n.º1 da Lei de Saúde Mental, o Conselho Nacional de Saúde Mental designa dois Psiquiatras que darão parecer escrito para autorizar ou não a intervenção.

Em certas situações, a Lei determina que sejam envolvidos vários médicos no processo, como é o caso dos transplantes *inter vivos*, em que o consentimento é prestado perante um médico designado pelo director clínico do estabelecimento onde a colheita se realiza e que não pertence à equipa de transplante, como se afere do artigo 8º n.º1 da Lei 12/93, de 22 de Abril. Já a realização de intervenção psico-cirúrgica necessita de um parecer escrito de dois Psiquiatras designados pelo Conselho Nacional de Saúde Mental.²²² A verificação da morte cerebral está envolta num rigoroso processo de controlo como se verifica através do n.º2 do artigo 13º da Lei n.º12/93: “Na verificação da morte não deve intervir o médico que integre a equipa de transplante” e, ainda, do n.º4 do artigo 4º da Lei n.º141/99, de 8 de Agosto: “Nos casos de sustentação artificial das funções cárdio-circulatória e respiratória a verificação da morte deve ser efectuada por dois médicos, de acordo com o regulamento elaborado pela Ordem dos Médicos”.

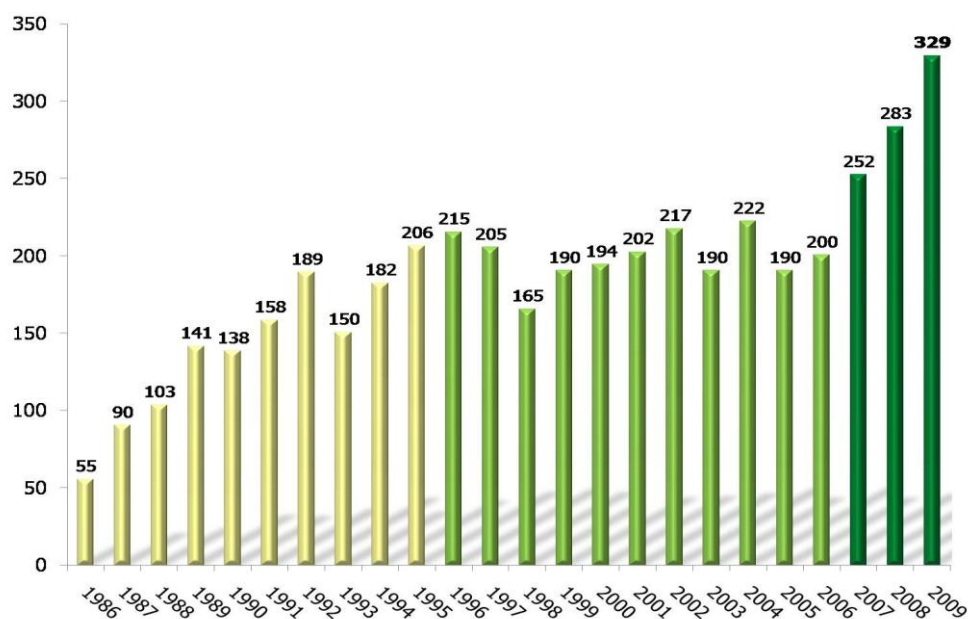
5.1-Colheita e Transplantes de Órgãos e Tecidos de origem humana

A Lei n.º12/93, de 22 de Abril, relativa à Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, foi actualizada pela Lei n.º22/2007, de 29 de Junho, que transpôs, parcialmente, para a ordem jurídica nacional, a Directiva N.º2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março e, pela Lei n.º12/2009, de 26 de Março. A medicina transplantacional tem permitido a melhoria da qualidade de vida de inúmeros cidadãos²²³, sendo

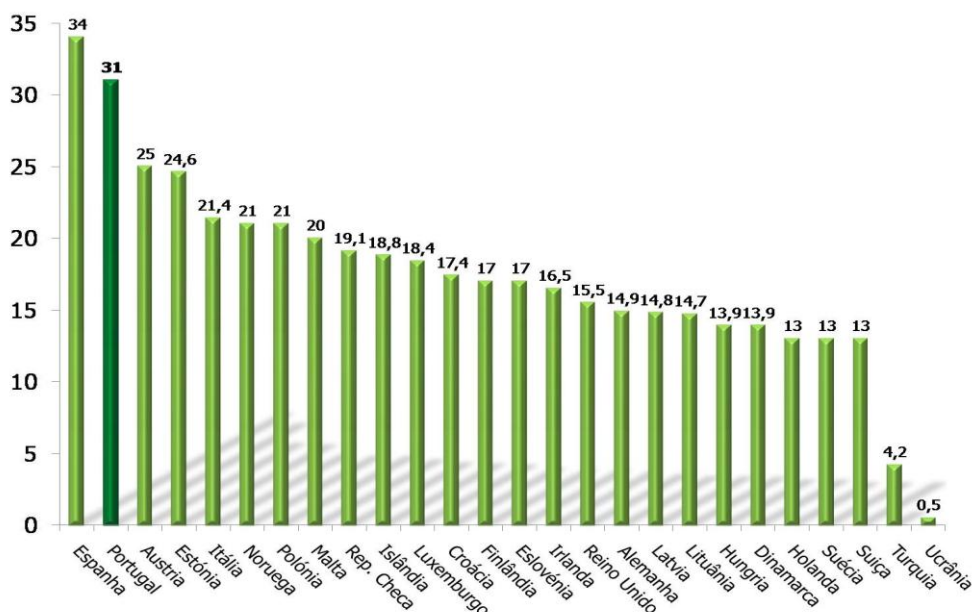
²²² Cfr. Artigo 5º n.º2 da Lei de Saúde Mental.

²²³ Estatísticas da Colheita de Órgãos em Portugal, evolução de 1986 a 2009, elaborada pela Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação, retirado do Relatório Estatístico de 2009, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.asst.min-saude.pt/SiteCollectionDocuments/RelatorioEstatistico2009.pdf>.

o sistema português de transplantes um dos melhores da Europa.²²⁴ O artigo 6º n.º4 refere que: “São sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou outros incapazes”, ressalvando o n.º5 do mesmo artigo que: “A dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células regeneráveis que envolvam menores ou outros incapazes



²²⁴ Estatísticas da Colheita de Órgãos na Europa em dador cadáver (pmh), elaborada pela Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação, retirado do Relatório Estatístico de 2009:



só podem ser efectuadas quando se verificarem os seguintes requisitos cumulativos: a) Inexistência de dador capaz compatível; b) O receptor ser irmão ou irmã do dador; c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do receptor”, dependendo assim de autorização judicial, de modo a que sejam salvaguardados os interesses dos adultos incapazes. A informação deve conter o diagnóstico e prognóstico, sendo obrigatória a autorização judicial nas situações em que o adulto seja incapaz por motivos de anomalia psíquica.²²⁵ Adicionalmente, o n.º1 do artigo 8º refere que “o consentimento do dador e do receptor deve ser livre, esclarecido, informado e inequívoco e o dador pode identificar o beneficiário”. O consentimento do dador ou do representante legal é prestado por escrito podendo ser revogado.²²⁶

Também a CEDHBio prevê no artigo 20º, a proibição de colheita de órgãos ou de tecidos em pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento (n.º1), apenas permitindo, excepcionalmente, que a colheita seja viável nos casos expressos no n.º2: “i) Quando não se disponha de dador compatível gozando de capacidade para prestar consentimento; ii) O receptor for um irmão ou uma irmã do dador; iii) A dádiva seja de natureza a preservar a vida do receptor; iv) A autorização prevista nos n.ºs 2 e 3 do artigo 6º tenha sido dada de forma específica e por escrito, nos termos da lei e em conformidade com a instância competente; v) O potencial dador não manifeste a sua oposição”.

5.1.1- Colheita de Órgãos e Tecidos em Cadáveres

No que diz respeito à colheita de Órgãos e Tecidos em cadáveres, a legislação Portuguesa segue o modelo do dissentimento, o chamado *opting out system*. Este modelo estabelece que na falta de oposição todos são dadores,

²²⁵ Cfr. Artigo 8º n.º5 da Lei n.º12/93, de 22 de Abril: “A colheita em maiores incapazes por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial”.

²²⁶ Cfr. Artigo 8º n.º6 da Lei n.º12/93, de 22 de Abril: “O consentimento do dador ou de quem legalmente o represente é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável.”

sendo necessária a oposição no Registo Nacional de Não Dadores (RENDA, regulado pelo Decreto-Lei n.º244/94, de 26 de Setembro) para o indivíduo se declarar indisponível para a dádiva de órgãos.²²⁷ De acordo com o artigo 3º n.º1 do referido Decreto-Lei, “a inscrição no RENDDA é realizada através da apresentação, pelo interessado ou por quem o represente, em qualquer centro de saúde ou extensão, do impresso a que se refere o artigo anterior”, pelo que não pode ser a família ou qualquer entidade a efectuar a oposição.²²⁸ O Tribunal Constitucional considerou, no Acórdão n.º130/88, de 8 de Junho, que apesar de não haver um direito fundamental de dispor do seu corpo, os familiares não têm o direito de se oporem à vontade, presumida ou expressa do *de cuius*.

Concretamente em relação aos menores e incapazes refere o artigo 10º n.º3 do RENDDA que: “A indisponibilidade para a dádiva dos menores e dos incapazes é manifestada, para efeitos de registo, pelos respectivos representantes legais e pode também ser expressa pelos menores com capacidade de entendimento e manifestação de vontade”.

5.2-Ensaio Clínico com Medicamento de Uso Humano

A Lei n.º46/2004, de 19 de Agosto²²⁹, transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º2001/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Abril (relativa à aplicação das boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de medicamentos de uso humano) aprovou o regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano.

²²⁷ Cfr. Artigo 2º do Decreto-Lei n.º244/94, de 26 de Setembro: “A total ou parcial indisponibilidade para a dádiva *post mortem* de certos órgãos ou tecidos ou para a afectação desses órgãos ou tecidos a certos fins é manifestada junto do Ministério da Saúde, através da inscrição no RENDDA mediante o preenchimento adequado pelos seus titulares ou representantes legais de impresso tipo, em triplicado”.

²²⁸ Cfr. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves - *Transplantações: um olhar Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 32, 39-40.

²²⁹ Complementado com o Decreto-Lei n.º102/2007, de 2 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º2005/28/CE, da Comissão, de 8 de Abril, que estabelece os princípios e directrizes de boas práticas clínicas no que respeita aos medicamentos experimentais para uso humano, bem como os requisitos aplicáveis às autorizações de fabrico ou importação desses produtos.

Esta Lei sucede ao Decreto-Lei n.º97/94, de 9 de Abril que, em relação aos incapazes, apenas permitia a experimentação terapêutica (artigo 10º n.º4: “[...] quando resultar benefício clínico directo para o sujeito”), situação que, por influência da Directiva, não está completamente limitada a este tipo de experimentação, pois, exige-se na alínea e) e f) do artigo 8º da Lei n.º46/2004, de 19 de Agosto, que ela beneficie pessoas com doença ou debilidade relacionada ou que confirme dados obtidos em pessoas capazes.²³⁰

O regime de consentimento é rigoroso, como se verifica através do artigo 2º alínea o)²³¹, segundo o qual é necessário que o paciente seja esclarecido, tenha capacidade para consentir mas, caso não a tenha, será o representante legal a consentir. Adicionalmente, exige-se a forma escrita, a assinatura e data, sendo o dever de informação alargado pois, inclui todos os riscos do ensaio. O artigo 6º é também de extrema importância, uma vez que refere o modo e o conteúdo do dever de informação e do consentimento, ao estabelecer que a informação deve ser escrita, mas pode ser transmitida numa linguagem adequada à capacidade de compreensão do participante. Esta informação deve ser prestada ao adulto incapaz, assim como aos seus representantes legais.²³²

²³⁰ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 336.

²³¹ Cfr. Artigo 2º alínea o) da Lei n.º46/2004, de 19 de Agosto: “«Consentimento livre e esclarecido» a decisão, expressa mediante declaração obrigatoriamente reduzida a escrito, datada e assinada, de participar num ensaio clínico, tomada livremente por uma pessoa dotada de capacidade para dar o seu consentimento ou, na falta daquela capacidade, pelo seu representante legal, após ter sido devidamente informada sobre a natureza, o alcance, as consequências e os riscos do ensaio e ter recebido documentação adequada; excepcionalmente, se o declarante não estiver em condições de dar o seu consentimento por escrito, este pode ser dado oralmente, na presença de duas testemunhas”.

²³² Cfr. Artigo 6º da Lei n.º46/2004, de 19 de Agosto: “1 — Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, um ensaio só pode realizar-se se, em relação ao participante no ensaio ou, nos casos previstos nos artigos 7º e 8º, ao seu representante legal, forem cumpridos os seguintes requisitos:

- a) Em entrevista prévia com o investigador ou um membro da equipa de investigação, lhe forem explicados, de modo completo e em linguagem adequada à sua capacidade de compreensão, os objectivos, os riscos e os inconvenientes do ensaio, bem como as condições em que este será realizado;
- b) Na entrevista referida na alínea anterior, for informado do direito que lhe assiste de, a qualquer momento, se retirar do ensaio;
- c) Estiver assegurado o direito à integridade moral e física, bem como o direito à privacidade e à protecção dos dados pessoais que lhe dizem respeito, de harmonia com o respectivo regime jurídico;
- d) For obtido o consentimento livre e esclarecido, nos termos previstos na presente lei, devendo a correspondente declaração escrita conter a informação sobre a natureza, o alcance, as consequências e os riscos do ensaio;
- e) Existir um seguro que cubra a responsabilidade do promotor, do investigador, da respectiva equipa e do proprietário ou órgão de gestão do centro de ensaio, nos termos do disposto no artigo 14º;
- f) Os cuidados médicos dispensados e as decisões médicas tomadas em relação ao participante forem da responsabilidade de um médico devidamente qualificado ou, se for o caso, de um dentista habilitado;

Para além desta obrigação, assiste ao adulto incapaz, que possui capacidade suficiente para formar uma opinião e avaliar as informações prestadas, de acordo com o artigo 8º, um direito de veto, ou seja, o incapaz tem a possibilidade de, independentemente do representante legal ter autorizado a sua participação, se recusar a participar no ensaio ou abandoná-lo a qualquer momento.²³³ No mesmo sentido já havia apontado MANUEL DA COSTA ANDRADE ao afirmar que: “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”²³⁴, tendo por base o artigo 38º n.º2 do CP.

g) For designado um contacto, junto do qual seja possível obter informações mais detalhadas.

2 — O participante, ou o seu representante legal, pode revogar, a todo o tempo, o consentimento livre e esclarecido, sem que incorra em qualquer forma de responsabilidade ou possa ser objecto de quaisquer medidas que ponham em causa o direito à saúde e à integridade moral e física.

3 — A revogação não carece de forma especial, podendo ser expressa ou tácita.”

²³³ Neste sentido cfr. artigo 8º da Lei n.º46/2004, de 19 de Agosto: “1 — Sem prejuízo do disposto no artigo 6º, quando um participante maior não estiver em condições de prestar o consentimento livre e esclarecido, a realização do ensaio depende do preenchimento cumulativo dos requisitos referidos nos números seguintes.

2 — A participação em ensaios de maiores que, antes do início da sua incapacidade, não tenham dado nem recusado o consentimento livre e esclarecido só é possível se:

a) Tiver sido obtido o consentimento livre e esclarecido do respectivo representante legal, nos termos do número seguinte;

b) A pessoa incapaz de dar o consentimento livre e esclarecido tiver recebido informações adequadas à sua capacidade de compreensão sobre o ensaio e os respectivos riscos e benefícios;

c) O investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal considerar o desejo explícito do participante que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do ensaio a qualquer momento;

d) Não forem concedidos quaisquer incentivos nem benefícios financeiros, sem prejuízo do reembolso das despesas e do ressarcimento ou compensação pelos prejuízos sofridos com a participação no ensaio;

e) O ensaio for essencial para validar dados obtidos em ensaios realizados em pessoas capazes de dar o consentimento livre e esclarecido ou através de outros métodos de investigação e estiver directamente relacionado com o quadro de perigo de vida ou de debilidade de que sofra o participante em causa;

f) O ensaio tiver sido concebido para minimizar a dor, o mal-estar, o medo ou qualquer outro previsível risco relacionado com a doença e com o grau de sofrimento desta, devendo o limiar de risco e o grau de sofrimento ser especificamente fixados e objecto de permanente verificação;

g) O protocolo tiver sido aprovado pela comissão de ética competente, nos termos da presente lei, a qual, para o efeito, deve estar dotada de competência específica no domínio da patologia e da população em causa ou obter o respectivo aconselhamento em questões clínicas, éticas e psicossociais ligadas à doença e à população em causa;

h) Existir a legítima expectativa de que a administração do medicamento experimental comporte para o participante benefícios que superem quaisquer riscos ou não impliquem risco algum.

3 — O consentimento livre e esclarecido prestado pelo representante legal deve reflectir a vontade presumível do participante, aplicando-se o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 6º.”

²³⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, “Experimentação Humana, Perspectiva Jurídico-Criminal”, in *A Excelência da Investigação na essência da Universidade – Homenagem a Egas Moniz*, Coimbra, 1999, p. 74, *Apud* PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 337, nota de rodapé n.º765.

Também o CDOM estatui sobre esta matéria nos artigos 76º a 84º. O artigo 76º permite a experimentação humana de novas técnicas ou ensaios clínicos de medicamentos, nos casos em que “o bem do indivíduo deve prevalecer sobre os interesses da ciência e da comunidade”, desde que seja respeitada a sua integridade física e psíquica e seja realizada por um médico qualificado.

O artigo 78º refere-se a situações especiais, especificamente, ao caso dos incapazes, ao prever que: “A experimentação em menores e incapazes é eticamente admissível, desde que directamente ditada pelo interesse dos mesmos.”

Por sua vez, o artigo 81º garante um direito de esclarecimento e informação rigoroso ao estabelecer que: “O esclarecimento por parte do médico investigador deve ser dado nos termos do artigo 44º, com adaptações e, ainda, com menção dos riscos, consequências e benefícios previsíveis, bem como dos métodos e objectivos prosseguidos.”

O artigo 82º refere que o consentimento deve ser feito por escrito e deve prever a faculdade de o paciente interromper a experimentação a qualquer momento, sem qualquer perda de direitos, sendo obrigação do médico prestar todas as informações adicionais que se julguem necessárias.

A CEDH Bio tem um capítulo destinado à investigação científica, nos artigos 15º a 18º e preceitua que, para se realizar uma investigação sobre uma pessoa, é necessário que não existam métodos de investigação alternativos com resultados idênticos, que o projecto de investigação seja aprovado pela instância competente, que a pessoa seja devidamente informada dos seus direitos e garantias e, por fim, que o seu consentimento seja prestado de forma expressa e por escrito, sendo livremente revogável.²³⁵

²³⁵ Cfr. Artigo 16º da CEDH Bio: “Nenhuma investigação sobre uma pessoa pode ser levada a efeito a menos que estejam reunidas as seguintes condições:

i) Inexistência de método alternativo à investigação sobre seres humanos, de eficácia comparável;
ii) Os riscos em que a pessoa pode incorrer não sejam desproporcionados em relação aos potenciais benefícios da investigação;
iii) O projecto de investigação tenha sido aprovado pela instância competente, após ter sido objecto de uma análise independente no plano da sua pertinência científica, incluindo uma avaliação da relevância do objectivo da investigação, bem como de uma análise pluridisciplinar da sua aceitabilidade no plano ético;

O artigo 17º prevê, especificamente, o caso das pessoas que carecem de capacidade para consentir e determina que: “Nenhuma investigação pode ser levada a efeito sobre uma pessoa que careça, nos termos do artigo 5.º, de capacidade para nela consentir senão quanto estiverem reunidas as seguintes condições: i) As condições enunciadas no artigo 16.º, alíneas i) a iv), estejam preenchidas; ii) Os resultados da investigação comportarem um benefício real e directo para a sua saúde; iii) A investigação não possa ser efectuada com uma eficácia comparável sobre sujeitos capazes de nela consentir; iv) A autorização prevista no artigo 6.º tenha sido dada especificamente e por escrito; e v) A pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição.” O n.º2 deste artigo acrescenta que: “A título excepcional e nas condições de protecção previstas na lei, uma investigação cujos resultados não comportam um benefício directo para a saúde da pessoa envolvida pode ser autorizada se estiverem reunidas as condições enunciadas nas alíneas i), iii), iv) e v) do anterior n.º1, bem como as seguintes condições suplementares: i) A investigação tenha como finalidade contribuir, através de uma melhoria significativa do conhecimento científico do estado de saúde da pessoa, da sua doença ou perturbação, para obtenção, a prazo, de resultados que permitam um benefício para a pessoa em causa ou para outras pessoas do mesmo grupo etário ou que sofram da mesma doença ou perturbação ou apresentando as mesmas características; ii) A investigação apenas apresente um risco mínimo, bem como uma coacção mínima para a pessoa em questão.”

O Protocolo Adicional sobre Investigação Biomédica também prevê, no artigo 18º n.º1 alínea v), que o incapaz deve, na medida das suas capacidades, participar na decisão.

iv) A pessoa que se preste a uma investigação seja informada dos seus direitos e garantias previstos na lei para a sua protecção;

v) O consentimento referido no artigo 5.º tenha sido prestado de forma expressa, específica e esteja consignado por escrito. Este consentimento pode, em qualquer momento, ser livremente revogado.”

5.3-A Esterilização de Incapazes

A Esterilização Voluntária encontra-se regulada na Lei n.º3/84, de 24 de Março, e estabelece que esta “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”. O n.º2 abre uma exceção ao prever que: “A exigência do limite de idade constante do n.º1 é dispensada nos casos em que a esterilização é determinada por razões de ordem terapêutica”. Assim, é importante estabelecer uma distinção do regime a aplicar para a esterilização terapêutica e para a esterilização não terapêutica.

Como refere ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA para a esterilização terapêutica “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”. Segundo o mesmo autor, a esterilização não terapêutica deve ser enquadrada “no âmbito das ofensas à integridade física, as quais devem passar pelo crivo mais apertado do art.149º do CP²³⁶ (*máxime*, o controlo dos bons costumes e, no plano civil, dos artigos 340º e 81º do CC que apelam para a noção de ordem Pública)”.²³⁷

O processo deve ser proposto junto do Tribunal, para que este autorize ou não a intervenção, pelo representante legal; todavia, o adulto incapaz deverá ser ouvido e a lei deve garantir que, caso o mesmo tenha capacidade de discernimento suficiente para analisar a situação concreta, possa exercer

²³⁶ Cfr. Artigo 149º do CP: “1 — Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.

2 — Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contrária 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”.

²³⁷ Cfr. PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 285-286.

um direito de veto sobre a intervenção médica, à semelhança do que sucede com os ensaios clínicos de medicamentos de uso humano.^{238 239}

5.4-A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo de Pacientes Incapazes

A Declaração dos Direitos do Deficiente Mental²⁴⁰ declara que o deficiente mental tem os mesmos direitos fundamentais que os outros cidadãos do mesmo país e da mesma idade. Salienta ainda esta declaração que o internamento compulsivo é possível quando tenha em vista fins terapêuticos e preventivos, em estabelecimento especializado.

A Lei de Saúde Mental, Lei n.º36/98, de 24 de Julho, estabelece “os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental” (artigo 1º). O artigo 27º n.º2 da CRP efectua uma “reserva de decisão judicial para a aplicação de medidas privativas de liberdade”²⁴¹ ao estabelecer que: “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”. A alínea h) do n.º3 do artigo 27º da CRP prevê uma excepção ao princípio geral quando afirma que: “Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei

²³⁸ Seguindo de perto PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente*, ob. cit., p. 288.

²³⁹ O Parecer 35/CNECV/01, sobre Laqueação de Trompas em Menores com deficiência mental Profunda, de 3 de Abril de 2001, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida salienta a irreversibilidade da esterilização e, portanto o seu uso deve ser utilizado como último recurso, referindo ainda no ponto n.º2 que “A autorização necessária, da competência da Tribunal de Menores, deve fundamentar-se nos seguintes elementos: a)Relatório Médico [...], b)Relatório da assistente social [...] c) declaração dos pais ou outros representantes legais, que manifeste a sua concordância ou discordância quanto à intervenção”, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057418_P035_LaqueacaoTrompas.pdf.

²⁴⁰ A Declaração dos Direitos do Deficiente Mental foi proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a 20 de Dezembro de 1971, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.appacdm-viana.pt/index.php?view=article&catid=28%3Alegisla%C3%A7%C3%A3o&id=13%3Adireitos&option=com_content&Itemid=41.

²⁴¹ Cfr. RODRIGUES, João Vaz – ob. cit., p. 313.

determinar, nos casos seguintes: [...] h) internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”. Semelhante redacção apresenta a alínea b) do artigo 3º da Lei de Saúde Mental ao estatuir que “os cuidados de saúde mental são prestados no meio menos restritivo possível”.

Como refere JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE “percebe-se pois, que, numa sociedade livre, democrática e pluralista, o internamento compulsivo de pessoas qualificadas como portadores de anomalia psíquica seja rodeado de especiais cuidados, para garantir que a anomalia psíquica existe efectivamente, que a privação da liberdade é o meio adequado e necessário para o respectivo tratamento e que não é nem se torna desproporcionada no caso concreto, e ainda que, durante o internamento, o doente é tratado com respeito pela sua individualidade e dignidade pessoal”.²⁴²

Assim, o paciente mantém, de acordo com as alíneas c), d), e) do n.º1 do artigo 5º da Lei de Saúde Mental, o direito a ser informado dos seus direitos, tendo o direito de consentir ou recusar os tratamentos, excepto nas situações de internamento compulsivo ou de urgência, já que, a não intervenção, comportaria riscos significativos para a sua saúde ou mesmo a de terceiros.²⁴³

²⁴² Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de – “O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica”, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º2, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 79.

²⁴³ Cfr. Artigo 5º da Lei de Saúde Mental, Lei n.º36/98, de 24 de Julho: “1 — Sem prejuízo do previsto na Lei de Bases da Saúde, o utente dos serviços de saúde mental tem ainda o direito de:

- a) Ser informado, por forma adequada, dos seus direitos, bem como do plano terapêutico proposto e seus efeitos previsíveis;
- b) Receber tratamento e protecção, no respeito pela sua individualidade e dignidade;
- c) Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros;
- d) Não ser submetido a electroconvulsivoterapia sem o seu prévio consentimento escrito;
- e) Aceitar ou recusar, nos termos da legislação em vigor, a participação em investigações, ensaios clínicos ou actividades de formação;
- f) Usufruir de condições dignas de habitabilidade, higiene, alimentação, segurança, respeito e privacidade em serviços de internamento e estruturas residenciais;
- g) Comunicar com o exterior e ser visitado por familiares, amigos e representantes legais, com as limitações decorrentes do funcionamento dos serviços e da natureza da doença;
- h) Receber justa remuneração pelas actividades e pelos serviços por ele prestados;
- i) Receber apoio no exercício dos direitos de reclamação e queixa.

2 — 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.

3 — Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º1 são exercidos pelos representantes legais quando

HELDER ROQUE salienta que o “legislador reconhece [...] ao cidadão portador de anomalia psíquica a capacidade de expressar, validamente, a sua vontade, mesmo quando a necessidade de tratamento ainda existe – artigos 10º n.º1 alíneas c) e e), 16º n.º1, 19º n.º3, 25º n.º1, 26º n.º4, e 27º n.º3”.²⁴⁴

Como princípio geral do internamento compulsivo, destaca-se o artigo 8º n.º1 ao preceituar que: “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” e, ainda, o n.º2 ao garantir que: “o internamento compulsivo só pode ser determinado se for proporcionado ao grau de perigo e ao bem jurídico em causa”.

Os pressupostos do internamento compulsivo são ditados pelo artigo 12º n.º1, relativamente ao internamento de perigo segundo o qual, a anomalia psíquica, pode ser a causa adequada ao internamento devido a gerar “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 pode ser internado em estabelecimento adequado”, e, complementado pelo n.º2, respeitante ao internamento tutelar, ao prever que: “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”. Com efeito, a decisão de internamento compulsivo tem por base a recusa do paciente ou a sua falta de capacidade para consentir, pois se o paciente não pode perceber as informações prestadas, também não poderá ficar devidamente informado acerca do tratamento, pelo que não conseguirá avaliar as consequências da sua decisão.

Quanto à legitimidade para requerer o internamento compulsivo, afirma o n.º1 do artigo 13º que: “Tem legitimidade para requerer o internamento compulsivo, o representante legal do portador de anomalia psíquica, qualquer

os doentes sejam menores de 14 anos ou não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento”.

²⁴⁴ Cfr. ROQUE, Helder - “Uma Reflexão sobre a nova Lei de Saúde Mental”, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º2, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 124.

pessoa com legitimidade para requerer a sua interdição, as autoridades de saúde pública e o Ministério Público”, tendo o médico, de acordo com o n.º2 do mesmo artigo, o dever de comunicar à autoridade de saúde pública casos de anomalia psíquica que detecte no decorrer das suas funções. Os direitos e garantias do internando estão garantidos na Lei de Saúde Mental, como se denota pelos artigos 15º a 19º ao preverem que o juiz, previamente à decisão, deve notificar o internando, nomear-lhe um defensor, comunicar a situação às pessoas próximas, realizar uma avaliação clínico-psiquiátrica, bem como todas as diligências necessárias ao artigo 18º, sendo necessário realizar uma sessão conjunta em que é obrigatória a presença do defensor e do Ministério Público (artigo 19º). Essenciais são ainda as garantias estabelecidas pelo artigo 27º que obriga a uma revisão da sentença no prazo de dois meses, pelo artigo 31º relativo ao habeas corpus contra o internamento ilegal, pelo artigo 32º que possibilita o recurso da decisão de internamento, e, ainda, pelo artigo 34º que prevê o fim do internamento “quando cessarem os pressupostos que lhe deram origem”.

Por seu turno, a CEDH Bio estabelece no artigo 7º, relativo à protecção das pessoas que sofram de perturbação mental que, para se dar início a um tratamento psiquiátrico compulsivo, é necessário que a pessoa sofra de perturbação mental grave e o internamento tenha como finalidade tratar essa mesma perturbação. Caso contrário, quem sofrer de tal disfunção, não poderá ser submetido a internamento compulsivo sem o seu consentimento, excepto se a ausência de tratamento colocar em risco a sua saúde.

Portanto, podemos concluir que a lei do internamento compulsivo de doentes afectados por anomalia psíquica, na esteira do referido por JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, respeita os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, tal como previstos na CRP, nomeadamente, quanto à rigorosa decisão de internamento que, desta forma, previne eventuais abusos, sendo

um procedimento excepcional relativamente à doutrina do consentimento informado.²⁴⁵

5.5-Interrupção Voluntária da Gravidez

Com a alteração do artigo 142º do CP²⁴⁶, promovida pela Lei n.º16/2007, de 27 de Abril, deixou de ser punível a interrupção da gravidez realizada por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas. De acordo com o artigo citado, exige-se o consentimento da mulher grávida, que quando incapaz é, como referido no n.º5, “prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral”. Acrescenta ainda o n.º6 que, quando “não for possível obter o consentimento

²⁴⁵ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de – “O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica”, ob. cit., p. 90-91.

²⁴⁶ Cfr. Artigo 142º do CP “1 — Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;

d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas;

e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

2 — A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 — Na situação prevista na alínea e) do n.º1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

4 — O consentimento é prestado:

a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção;

b) No caso referido na alínea e) do n.º1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

5—No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

6-se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

7— Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*”.

nos termos dos números anteriores e a efetivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos”. Nestes casos o consentimento deve ser escrito havendo um período de reflexão de três dias.

5.6-Procriação Medicamente Assistida

A Procriação Medicamente Assistida encontra-se regulada pela Lei n.º32/2006, de 31 de Julho, sendo de destacar o artigo 14^{o247} relativo ao consentimento quando refere no n.º1 que: “os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”. Acrescenta o n.º2 do artigo supracitado que: “Os beneficiários devem ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas”, sendo o consentimento livremente revogável (n.º4). Esta lei prevê um regime inovador ao estabelecer que são “os beneficiários” que consentem, já que se entende o problema da infertilidade como um problema do casal e não de somente um dos membros. A procriação medicamente assistida está, como refere o n.º2 do artigo 6^{o248}, vedada a interditos ou inabilitados por anomalia psíquica.

²⁴⁷ Cfr. Artigo 14º da Lei n.º32/2006, de 31 de Julho: “1-Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.

2-Para efeitos do disposto no número anterior, devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas.

3-As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.

4-O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA.”

²⁴⁸ Cfr. Artigo 6º n.º2 da Lei n.º32/2006, de 31 de Julho “As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.”

5.7-As Terapêuticas Não Convencionais

A Lei n.º45/2003, de 22 de Agosto, estabelece o enquadramento da actividade e do exercício dos profissionais que aplicam as terapêuticas não convencionais, tal como são definidas pela Organização Mundial de Saúde.

A Lei impõe, no artigo 13º, a obrigação de informar o paciente e obter o seu consentimento.²⁴⁹

²⁴⁹ Cfr. Artigo 13º da Lei n.º45/2003, de 22 de Agosto: “1 — Os cidadãos têm direito a escolher livremente as terapêuticas que entenderem.

2 — Os profissionais das terapêuticas não convencionais só podem praticar actos com o consentimento informado do utilizador”.

CONCLUSÃO

Por último, após o estudo que nos propusemos analisar, apresentamos as várias conclusões a retirar desta Dissertação.

O consentimento informado, livre e esclarecido, está consagrado no ordenamento jurídico português e documentos internacionais, que se reflectem particularmente nos artigos 1º, 25º e 26º da CRP, convenientemente complementado pelos artigos 38º, 39º, 149º, 150º, 156º e 157º do CP e, ainda, 70º e 340º do CC, bem como em legislação específica de Direito da Medicina.

O Paternalismo Clínico foi abolido e instaurada a necessidade de ser obtido o consentimento informado prévio ao acto médico, como uma forma de garantir e respeitar os direitos do paciente.

O consentimento não é, nem pode ser visto como uma formalidade, pois, para além de ser uma responsabilidade moral, ética e profissional do médico, tem como função consciencializar o paciente do seu estado presente e futuro. A obtenção do consentimento é a regra, mas em situações excepcionais, como são o Privilégio Terapêutico, o Direito a “não saber” e as situações de emergência, o médico não tem tal obrigação.

O consentimento informado coloca limites à prática de intervenções médicas, pois, estas apenas ficam legitimadas com a sua obtenção. O valor que se atribui ao consentimento é tal, que a vontade do indivíduo é respeitada, quer antes quer depois da sua vida, como se verifica com a colheita de órgãos e tecidos *post mortem* e com a utilização do cadáver para fins de ensino e investigação científica.

Para ser válido, o consentimento, necessita de ser prestado por uma pessoa capaz, livre e informada, logo, quando não há capacidade do paciente para consentir será necessário suprir tal incapacidade.

No que diz respeito à capacidade para consentir dos menores pensamos que a modificação legislativa que aumentou a idade de referência do consentimento de 14 para 16 anos não deveria ter acontecido, na medida em que os menores atingem cada vez mais cedo um nível de autonomia,

independência e desenvolvimento que lhes permite entender e tomar decisões médicas. Para além disso, o médico terá sempre de avaliar se o menor tem discernimento suficiente para consentir, o que garante que os interesses dos menores sejam acautelados.

Os adultos que carecem de capacidade estão sujeitos a um regime de representação, que deve garantir a protecção dos seus direitos e interesses. No âmbito dos actos médicos, o médico deve determinar a capacidade do paciente e, quando se revela incapaz, mas tenha representante legal, é este que deve ser chamado a consentir.

Nas situações em que a pessoa incapaz não tenha representante legal atribuído, deve ser envolvida, ainda mais, no processo de consentimento. Para além da sua vontade actual, caso tenha discernimento para a demonstrar, deverá ser respeitada, caso exista, a sua declaração antecipada de vontade, que apesar de não ter valor vinculativo, não deve ser afastada pelo médico, devendo este averiguar se o conteúdo do documento exprime a vontade esclarecida, livre e actual do paciente.

Em casos não urgentes e quando a situação envolve um paciente incapaz para consentir deve-se dar início a um processo de nomeação de um tutor provisório de acordo com o artigo 142º do CC.

Pelo contrário, quando a situação é urgente e requer uma intervenção expedita, o médico deverá ouvir a família e as pessoas próximas do paciente, para delinear um juízo sobre a vontade hipotética do paciente, de acordo com o artigo 340º n.º3 do CC e 46º n.º5 do CDOM. Isto revela-se fundamental, pois não impede a necessária e urgente intervenção para salvaguardar a vida, o corpo e a saúde do paciente.

No caso dos tratamentos médico-cirúrgicos mais graves e arriscados, existe variada legislação que protege os incapazes, mesmo quando já têm representante legal nomeado.

No ordenamento jurídico português seria conveniente legislar e, assim, definir claramente a quem compete autorizar a intervenção médica quando o adulto está numa situação de incapacidade, sobretudo, que diz respeito aos

casos não urgentes, já que nas restantes situações o médico pode intervir de acordo com os artigos 8º da CEDH Bio e 156º n.º2 do CP.

A legislação está elaborada de forma a atribuir grande protecção aos bens patrimoniais do adulto incapaz e não tanto direccionada para situações do foro médico. Para proteger a pessoa incapaz não se deveria somente incapacitá-la juridicamente, pelo que é essencial adoptar novos instrumentos que tenham como objectivo primordial garantir a sua autodeterminação e dignidade. Neste sentido, será normal e natural legislar sobre as declarações antecipadas de vontade (já previstas no artigo 9º da CEDH Bio, mas não na legislação nacional), tornando-as vinculativas, pois, desta forma, ficaria garantido o direito à autodeterminação, bem como o respeito pela vontade específica do indivíduo.

Em suma, é essencial que o consentimento não se torne numa prática que vise somente uma medicina defensiva e formalista, pelo que caberá aos juristas legislar com qualidade, não invadindo a esfera de actuação dos médicos e, aos médicos colocar os interesses do paciente como objectivo principal numa relação que deverá ser de confiança e respeito mútuo.

O consentimento informado não pode ser visto como um obstáculo à agilidade médica, que consome o precioso tempo dos clínicos, devendo ser antes encorajado, juntamente com a humanização do atendimento médico.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de - “O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica” *in A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º2*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense ao Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
 - *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2004.
 - “Experimentação Humana, Perspectiva Jurídico-Criminal”, *in A Excelência da Investigação na essência da Universidade – Homenagem a Egas Moniz*, Coimbra, 1999.
 - [et al.] - *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- BLAAUWBROEK, H.G. - “Patient Organizations and Patient Rights within the Dutch Health Care System”, [S1.:s.n.], [c.2004], [consult. 17/05/2011], disponível em:
http://www.bbvz.nl/files/patientorganizations_netherlands_herzien.pdf
- BOELE-WOELKI, Katharina; SCHRAMA, Wendy; VONK, Machteld - *Parental Responsibilities - National Report: The Netherlands*, Molengraaff Institute

for Private Law, University of Utrecht, 2004, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.ceflonline.net/Reports/pdf2/Netherlands.pdf>.

British Medical Association/Royal College of Nursing - *The older person: consent and care*, London, England: BMA, 1995.

CLARK, Annette - “Consent to Healthcare - Decision Making for Incompetent Patients”, in *Washington Health Law Manual* – Third Edition, Washington State Society of Healthcare Attorneys (WSSHA), Seattle University School of Law, Heath Fox, 2007, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.wsha.org/files/62/HLM_Chapter2C.pdf.

COSTA, Adalberto - *A Acção de Interdição e Inabilitação*, Colecção Acciones, Legis Editora, 2011.

COSTA, José Faria - “O Fim da Vida e o Direito Penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2004.

FARIA, Maria Paula Ribeiro - “A Lei do Sangue: ou o Conflito entre o Respeito pela Autonomia da Pessoa e a Defesa da Vida e da Integridade Física”, in *Direito e Justiça: revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XII, Tomo 1. [s. l.]: 1998.

FRISCH, Wolfgang - “Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-Cirúrgicas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, N.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, Coimbra Editora.

FUCHS-MAIR, Waltraud; STAUDIGL, Michaela - "Nationality and the Child", in *3rd European Conference on Nationality – Best Practices for Children*, Strasbourg, Room 1, Palais de l'Europe, October 2004, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/3_WEB%20E%20Re p.%206.pdf.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 14^aEdição, Almedina, 2001.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes - *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, 1987.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves - "Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico", in *Cadernos de Bioética*, N.º8, Ano V, Dezembro de 1994.

-*Transplantações: um olhar Constitucional*, Coimbra Editora, 1995.

MACHADO, António Pinto; PIMENTA, Paulo - *O Novo Processo Civil*, 11^aEdição, Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme - *Temas de Direito da Medicina*, 2^a Edição aumentada, Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, André Dias - *Consentimento Informado*, Coimbra, 2006 – publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, [consult. 17/05/2011],

disponível em:
<http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf>.

-*O Consentimento Informado no Direito Português*, Publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

-*Consentimento Informado – Relatório Final, Entidade Reguladora da Saúde*, Maio de 2009, [consult. 17/05/2011], disponível em:
<http://www.ers.pt/actividades/pareceres-e-recomendacoes/Estudo-CI.pdf>.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - “Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma Perspectiva Europeia”, in *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, Ano XV, n.º16, Coimbra Editora, 2006.

-“Novos Desafios de Responsabilidade Médica: uma Proposta para o Ministério Público”, Palestra proferida no Congresso Anual do Ministério Público do Estado do Paraná em Foz do Iguaçu, Brasil, 2004 [consult. 17/05/2011], disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/2525/1/Novos%20Desafios%20da%20Responsabilidade%20M%C3%A9dica-Revista%20do%20Minist%C3%A9rio%0P%C3%ABlico%20do%20Para n%C3%A1%20Andr%C3%A9%20Pereira.pdf>.

-“O Consentimento (Informado) na Actividade Pericial Forense”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XIV, n.º15, Coimbra: Edição APADAC, 2005.

-*O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Volume 9, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

-“O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica” *in Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Volume 11, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

-“Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexó de Causalidade”, [s. n.], 2008 - Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa de Macau, República Popular da China, [consult. 17/05/2011], disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

REIS, Rafael Vale - *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, [consult. 17/05/2011], disponível em: <https://woc.uc.pt/feuc/getFile.do?tipo=2&id=10370>.

RODRIGUES, João Vaz - *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Volume 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROQUE, Helder - “Uma Reflexão sobre a nova Lei de Saúde Mental”, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º2, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SABATINO, Charles - “Surrogate Decision Making”, Outubro de 2007, [consult. 17/05/2011], disponível em <http://www.merckmanuals.com/home/sec01/ch009/ch009f.html>.

SILVA, João Ribeiro - *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*, Edições Cosmos, 2003.

THE GUTTMACHER INSTITUTE - “An Overview of Minor’s Consent Law”, State Policies in Brief, 1 de Outubro de 2011, [consult. 26/09/2011], disponível em: http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OMCL.pdf.

Outros Elementos Bibliográficos:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça N.º301/06.4TVPR.T.P1.S1, de 18-03-2010, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Proc. N.º 042434, de 09-03-2000, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/cf747ca02260e8280256914004fd06d?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora N.º683/05.5TAPT.G.E1, de 08-04-2004, [consult. 17/05/2011], disponível

em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2fe7755213ad47a88025780200550056?OpenDocument>.

Bürgerliches Gesetzbuch, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://bundesrecht.juris.de/bgb/index.html> (versão alemã) e http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (versão inglesa).

Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.dgs.pt/default.aspx?cn=55065716AAAAAAAAAAAAAAAAAAAA>.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>

Carta Europeia dos Direitos dos Pacientes, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=4928.

Caso Airedale NHS Trust vs. Tony Bland, [consult. 17/05/2011], disponível em: [http://www.docstoc.com/docs/61077717/AIREDALE-NATIONAL-HEALTH-SERVICE-TRUST-V-BLAND-\(1993\)](http://www.docstoc.com/docs/61077717/AIREDALE-NATIONAL-HEALTH-SERVICE-TRUST-V-BLAND-(1993)).

Caso Pembrey vs. The General Medical Council [2003] UKPC 60, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.careandhealthlaw.com/Public/Index.aspx?ContentID=-66&IndexType=1&TopicID=382&Category=1>.

Circular informativa N.º15/DSPCS, de 23/03/1998, da Direcção Geral de Saúde.

Code de Déontologie Medicale, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont_1.pdf.

Code de la Santé Publique, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E7970260B8D8B3B92B76E30DFDE3AEA0.tpdjo11v_3?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006685772&dateTexte=20110504&categorieLien=cid#LEGIARTI000006685772.

Código de Ética y Deontología Médica Colegial española, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>.

Código Deontológico da Ordem dos Médicos, [consult. 17/05/2011], [consult. 17/05/2011], disponível em: https://www.ordemdosmedicos.pt/send_file.php?tid=ZmljaGVpcm9z&did=c06d06da9666a219db15cf575aff2824.

Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990 disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a 20 de Dezembro de 1971,

[consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.appacdm-viana.pt/index.php?view=article&catid=28%3Alegisla%C3%A7%C3%A3o&id=13%3Adireitos&option=com_content&Itemid=41.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>.

Guidelines relativas à suspensão e abstenção de tratamento de doentes Terminais - Serviço de Bioética e Ética Médica (FMUP), Relator: Rui Nunes, de 26 de Maio de 2008, n.ºs 12 e 14, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/12802541901211800343guidelines_p_11_apb_08.pdf.

Lei de Bases da Saúde, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/enquadramento+legal/leibasessaude.htm>.

Lei Espanhola 41/2002, de 14 de Novembro, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/L41-02.htm>.

Loi belge relative aux droits du patient, de 22 de Agosto de 2002, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://users.swing.be/carrefour.naissance/Articles/leg/droitsdupatient.htm>.

Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>.

Parecer 35/CNECV/01, sobre Laqueação de Trompas em Menores com deficiência mental Profunda, de 3 de Abril de 2001, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057418_P035_LaqueacaoTrompas.pdf.

Parecer 46/CNECV/2005, de Junho de 2005, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf.

Parecer 57/CNECV/09, sobre o Projecto de Lei N.º788/X – “Direitos dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado”, de Julho de 2009, disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf.

Parecer 59/CNECV/2010, sobre os Projectos de Lei Relativos às Declarações Antecipadas de Vontade, de Dezembro de 2010, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf.

Projecto de Diploma N.ºP/16/APB/09 que regula o exercício do direito a formular directivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/12802529311273053917parecer_16_testamento_vital_2009.pdf.

Relatório Estatístico de 2009, relativo à Colheita de Órgãos em Portugal, elaborado pela Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação, [consult. 17/05/2011], disponível em: <http://www.asst.min-saude.pt/SiteCollectionDocuments/RelatorioEstatistico2009.pdf>.

Wet Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen, [consult. 17/05/2011], disponível em: http://www.movisie.nl/Vrijwilligerswerk/Docs/dossierwet_en_regelgeving/Wet_Mentorshippen%5B1%5D.pdf.