

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA



A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR
VIOLAÇÃO DO “CONSENTIMENTO INFORMADO”
EM PORTUGAL – ‘ESTADO DA ARTE’

Trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular optativa de *Direito da Responsabilidade*, do Mestrado científico em Direito (revisto)

Regente: Professor Doutor Filipe Albuquerque Matos

Mestrando: Paulo Jorge Ferreira Rosa

Coimbra

2012/2013

Sumário

- I- Ideias fundamentais
 - 1. Introdução: a responsabilidade médica em Portugal
 - 2. Evolução histórica do direito ao consentimento informado
 - 3. A violação do consentimento informado: fundamento e bens jurídicos em causa
 - 4. Fontes normativas do consentimento informado

- II- O fenómeno do consentimento informado
 - 1. A informação
 - 2. Confirmação do esclarecimento
 - 3. O consentimento
 - 4. Excepções ao dever de informar ou ao dever de obter o consentimento
 - 5. Invalidade do consentimento

- III- ‘Estado da arte’ em Portugal: o Relatório Final da Entidade Reguladora da Saúde de 2009

Lista de abreviaturas

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDHBio – Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina

Cfr. – Confronte

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

LBS – Lei de Bases da Saúde

P(p). – Página(s)

I- Ideias Fundamentais

1. Introdução: a responsabilidade médica em Portugal

Apesar das alterações nos hábitos de consumo que ao longo do século XX foram ocorrendo um pouco por todo o globo, fruto das transformações sociais e do advento da sociedade de consumo e do conhecimento - que principiaram nos Estados Unidos da América, mas que rapidamente foram alastrando -, que fizeram com que fosse começando a registar-se nos tribunais um acréscimo de litigiosidade relacionada com responsabilidade profissional, entre as quais a responsabilidade médica, no nosso país só muito recentemente - talvez só a partir do início dos anos noventa do século passado - começou a verificar-se um crescente interesse (também ao nível doutrinal) por estas matérias.¹ Com efeito, como bem salientavam FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, “o sentimento dominante perante o sofrimento de um dano, mesmo daqueles que atingem directamente a própria pessoa e não apenas o seu património (como é o caso típico da responsabilidade médica), é o da resignação, não o de pedir contas ao responsável”².

A alteração deveu-se sobretudo a uma mudança paulatina de mentalidade da população portuguesa - até aí em geral pouco reivindicativa -, assente na superação de um paradigma de *paternalismo médico*, em que a relação médico-paciente se situava num “plano mágico e quase religioso”³ e o saber médico era praticamente incontestado.⁴ Neste sentido, terá sido, pois, a chegada a Portugal dessa tal “cultura consumerista e reivindicativa” e da “democratização do conhecimento”, dando origem a uma nova sociedade - porventura mais ‘desconfiada’ e crítica -, a contribuir fortemente, ao longo do último quartel do século XX e até hoje, para o ‘afinamento’ de uma relação de tendencial paridade entre o médico e o seu paciente, passando este a ser centro de imputação de um conjunto bastante alargado de direitos no âmbito do exercício da

¹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge / SINDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984, pp. 5 e 6.

² Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge/ SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 6 e 7.

³ A expressão é de PEREIRA, André, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 32.

⁴ Sobre a evolução desde o paternalismo clínico até à consagração do direito ao consentimento informado, ver *infra* ponto 2, desta parte, deste trabalho.

medicina - de entre os quais talvez o mais importante seja o direito ao *consentimento informado*, enquanto manifestação do princípio ético da autonomia do paciente.

Marca muito significativa desta transição para um novo modelo de exercício da actividade médica - e, em si mesmo, importante concorrente para a própria superação do modelo paternalista - é, indubitavelmente, a entrada da relação médico-paciente no mundo dos contratos. Neste sentido, é verdadeiramente revolucionária, a este respeito, a famosa decisão da *Cour de Cassation* do dia 20 de Maio de 1936, onde pode ler-se que “*forma-se entre o médico e o seu paciente um verdadeiro contrato*”⁵. Pela primeira vez, médico e paciente eram colocados numa posição de igualdade, em que o médico passa a ser uma “simples” parte num contrato e o paciente a sua contraparte.

É hoje inquestionável que, no âmbito das relações entre particulares⁶, a relação que liga o médico ao seu doente radica, na verdade, num vínculo contratual; o que, por sua vez, significa que o paciente passa também, por essa razão, a estar protegido pelo regime da responsabilidade contratual, tendencialmente mais favorável.⁷

Nunca é demais lembrar as vantagens da responsabilidade contratual relativamente à responsabilidade delitual: o *prazo de prescrição* mais alargado, correspondente ao prazo ordinário de vinte anos que consta do artigo 309.º do CC, enquanto na responsabilidade aquiliana nos deparamos com um prazo de apenas três anos (art. 498.º do CC), findo o qual o paciente deixa de poder intentar acção; a *presunção de culpa* do devedor (médico) (ver art. 799.º do CC), que não existe em sede extracontratual (aqui vale o regime geral que resulta dos arts. 487.º, n.º 1 e 342.º, n.º1 do CC, segundo o qual terá de ser o lesado a provar a culpa do lesante⁸); a desnecessidade da existência de uma *relação de comissão* (art. 500.º do CC) para que o médico responda pelas pessoas que utiliza no cumprimento da obrigação - o médico (devedor) responde ‘automaticamente’ pelos actos dos *auxiliares no cumprimento* (por exemplo, outros médicos, enfermeiros, ou outro pessoal *paramédico*)⁹ (ver art. 800.º, n.º1).¹⁰

⁵ Apud PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., p. 31, nota 38.

⁶ Excluindo, portanto, as relações entre particulares e o Estado (hospitais públicos). Cfr. *infra*, ponto 3, desta parte.

⁷ Esse contrato é o contrato de prestação de serviços médicos. Sobre este contrato, ver FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996.

⁸ O que, convenhamos, coloca o paciente numa posição bastante frágil, uma vez que, sendo leigo em matéria de medicina, não dispõe, em regra, dos conhecimentos técnico-científicos, nem dos meios materiais que lhe permitam uma prova fácil.

⁹ Mesmo que não possa dar instruções ou fiscalizar a sua actividade, o médico responde pela actuação dos outros médicos pelo simples facto de ser ele o contraente activo e de ter sido ele a assumir as obrigações.

Nenhuma dúvida, portanto, quanto à maior protecção conferida ao paciente através do regime da responsabilidade contratual.

Resulte essa responsabilidade civil da violação de direitos absolutos (responsabilidade aquiliana), ou da violação de deveres contratuais (responsabilidade negocial)¹¹, o certo é que existem duas formas principais de responsabilidade médica: de um lado, a responsabilidade por violação das *leges artis* (má prática ou erro técnico, em regra associadas às questões de *negligência médica*) e, de outro lado, a responsabilidade por violação do consentimento informado.¹²

Ora bem, esta segunda forma de responsabilidade vem hoje assumindo cada vez maior destaque, designadamente em termos estatísticos. Este facto dever-se-á a duas razões principais: por um lado, uma razão pragmático-processual que se traduz no facto de a prova da violação do consentimento informado ser, muitas vezes, mais fácil do que a da má prática médica; por outro lado, o facto de ainda hoje, e apesar de toda a evolução verificada no quadro da relação médico-paciente, se verificarem sérios problemas de comunicação por parte dos médicos – claramente, muitos deles não interiorizaram ainda devidamente a transição para o novo modelo da *autodeterminação* do paciente.¹³

Como resultará claro daquilo que fomos adiantando, o consentimento informado é hoje “*pedra angular de uma ruptura conceptual do paciente que se transforma num consumidor de cuidados de saúde*”, constituindo, inquestionavelmente, “*uma realidade filosófica, normativa e com clara expressão na realização práctico-judicativa do direito*”¹⁴. Procuraremos expor de seguida, em breves linhas, como se processou essa evolução histórica que levou à consagração do *direito* ao consentimento informado nos ordenamentos jurídicos.

¹⁰Ver PEREIRA, André, “Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 17, 2007, pp. 12 e ss.

¹¹ Ver *infra* ponto 3 desta parte I do trabalho.

¹² Há que, a este propósito, não esquecer os pressupostos da responsabilidade civil (que valem tanto para a responsabilidade extracontratual como para a responsabilidade contratual) consagrados no art. 483.º do CC: *facto* controlável pela vontade do agente (1), *ilicitude* (2), *culpa* (*rectius*, *nexo de imputação*, que inclui a imputabilidade e a culpa, que, por sua vez, pode ser negligente ou dolosa) (3), *dano* (4) e *nexo de causalidade* entre o facto e o dano (5). Ver, a este propósito, ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª edição, Almedina, pp. 525 e ss. Estamos, neste caso, perante uma classificação de formas de responsabilidade que atende ao pressuposto da *ilicitude*.

¹³ Neste sentido, PEREIRA, André, *O consentimento...*, *cit.*, pp. 18 e ss.

¹⁴ PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 20 e 21

2. Evolução histórica do direito ao consentimento informado

Fundamental para a boa compreensão do fenómeno do consentimento informado nos dias de hoje, é, sem dúvida, que se faça previamente um breve excuro pela sua evolução histórica e que se conheça o seu contexto de emergência enquanto direito do paciente.

Pois bem, como salienta GUILHERME DE OLIVEIRA, *“começa por ser difícil precisar em que épocas, e até que ponto, os médicos se sentiram moralmente ou deontologicamente obrigados a informar os pacientes”*¹⁵, havendo mesmo que procurar relativizar a ideia por vezes anunciada de que, nos primórdios, entre médico e doente nenhuma ou quase nenhuma comunicação se estabeleceria ou de que o médico a todo o custo procuraria manter o paciente na total ignorância sobre a intervenção médica a que este iria ser submetido.

Tendo, contudo, bem presente esta ressalva, certo é que encontramos nos textos de *Hipócrates* referências muito claras a uma determinada ética médica assente numa ideia segundo a qual o médico deveria “esconder tudo quanto pudesse” do doente, de molde a que este não tivesse conhecimento do seu estado clínico ou de qualquer prognóstico.

O intuito seria, claro está, o de, em harmonia com estas ideias enformadoras de um verdadeiro *paternalismo clínico*, permitir que o médico pudesse actuar na plenitude da sua liberdade técnico-científica, sem sofrer quaisquer constrangimentos ou perturbações externas. A partilha de informação clínica com o paciente, seria dar azo a que este pudesse pôr em causa o normal exercício da actividade médica; actividade médica que era, na altura, vista como algo próximo do “sagrado”.

Ressalve-se, no entanto, que, do mesmo modo que esta ética hipocrática procurava afastar a informação do conhecimento do paciente com o objectivo de garantir ao médico as melhores condições para a prática clínica, também pelos mesmos motivos recomendava em certas circunstâncias a prática exactamente oposta, ou seja, a partilha de informação sobre o estado clínico e sobre os procedimentos terapêuticos a adoptar, a fim de por essa via ganhar a confiança e a cooperação do paciente.

Eis o motivo da ressalva que atrás assinalámos: havia, na verdade, em Hipócrates um paternalismo médico algo mitigado, devido às necessárias cedências para efeitos de boa

¹⁵GUILHERME DE OLIVEIRA, “Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 59 e 60.

prática clínica. Simplesmente, mesmo quando a tais cedências houvesse lugar, a motivação era de ordem pragmática, e não com a mira no respeito pela liberdade e autodeterminação do paciente. Estávamos, pois, muito longe de se poder falar num *direito* ao consentimento livre e esclarecido.

Terá sido, contudo, durante a *idade média*, “ *quando a prática clínica esteve entregue aos monges, habituados a relações organizadas de uma forma hierárquica severa, e ao dogma* ”¹⁶, que o paternalismo assumiu a sua feição mais radical.

Ainda no século XIX, mesmo depois da filosofia kantiana e da emancipação do indivíduo com a filosofia das luzes, eram os próprios avanços científicos na medicina e na biologia que criavam as condições para os “*dias gloriosos do paternalismo médico*”¹⁷, atirando os conhecimentos sobre as doenças e as respectivas terapêuticas para cada vez mais longe do alcance do cidadão comum.

É, de facto, no século XX, sobretudo a partir da segunda metade, que começa a assistirse à reunião de um conjunto de condições decisivas para a definitiva integração do valor da autonomia do paciente no exercício da medicina. Com efeito, a cada vez maior previsibilidade, cognoscibilidade e eficácia a que a ciência médica começava a estar associada, acompanhada do referido fenómeno da democratização do conhecimento, criaram as bases necessárias para uma maior consciência por parte dos cidadãos dos seus direitos e, por conseguinte, à incrementação paulatina de uma mentalidade mais reivindicativa.

Circunstâncias que, de resto, combinadas com as já referidas transformações sociais ao nível da mudança nos hábitos de consumo, que, no campo do direito médico, culminaram com a entrada da relação médico-paciente no mundo dos contratos civis (cfr. *supra* ponto 1), reflectem bem a entrada em cena de um novo período da História; um período em que a livre vontade do indivíduo passa a ser respeitada enquanto tal, *i.e.*, enquanto valor em si mesmo.

Há, no entanto, um evento em particular que constitui, a nosso ver, o derradeiro ‘pontapé de saída’ para os novos tempos da autonomia e da liberdade do paciente: referimo-nos às experimentações humanas levadas a cabo durante a segunda guerra mundial por médicos (aliás, internacionalmente reputados e reconhecidos) alemães e japoneses. Foi a partir desta experiência, que consitiuiu, na expressão de ANDRÉ

¹⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 60.

¹⁷ Expressão utilizada por PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, p.25.

PEREIRA, um “*profundo traumatismo para a ética médica*”¹⁸, que foi dado o salto para o *Código de Nuremberga*, que, em 1947, veio expressamente fazer referência à exigência do consentimento do ‘experimentado’ para os ensaios clínicos com seres humanos, consagrando assim um direito do paciente ao consentimento. Em 1964, a *Declaração de Helsínquia* da Associação Médica Mundial viria a estabelecer a mesma regra da necessidade de consentimento para a investigação clínica.

Só em 1981, contudo, viria a ser reconhecido pela Associação Médica Mundial, na famosa *Declaração de Lisboa*, o consentimento informado do paciente como um direito de alcance geral, e não apenas circunscrito ao campo da investigação médica; um direito “*de aceitar ou recusar*” que existiria “*depois de [o doente] ter sido legalmente informado* (sublinhado nosso) *sobre o tratamento proposto*”¹⁹. O paciente passava, a partir de agora, a poder exercer, no âmbito de toda e qualquer intervenção médica, o direito de decidir autónoma e livremente sobre o seu próprio destino.²⁰

Em termos de jurisprudência, a primeira decisão relativa a um direito ao consentimento de que temos notícia, data de muito antes de todos estes acontecimentos que acabámos de relatar. Trata-se de um sentença inglesa de 1767, conhecida por *caso Slater versus Baker & Stapleton*, em que dois médicos são condenados não por terem quebrado o osso da perna do paciente (*Slater*), ao tentarem colocar um aparelho ortopédico (situação em que nos depararíamos com um caso típico de responsabilidade por má prática médica), mas por terem colocado esse mesmo aparelho sem o prévio consentimento do paciente.

É, todavia, o caso norte-americano *Schoendorff versus Society of New York Hospital*, em 1914, que constitui marca fundamental da incursão do direito ao consentimento na jurisprudência mundial, quando o Juiz Benjamin Cardozo profere uma frase que haveria de ficar para a posteridade: «*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*»²¹. O cirurgião passava, a partir daqui, a ter de pedir ‘autorização’ ao doente para que a sua intervenção médica não fosse ilícita por violação do direito à autodeterminação do paciente.

¹⁸ PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., p. 26.

¹⁹ Apud PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., p. 27

²⁰ Sobre esta evolução histórica, ver desenvolvidamente PEREIRA, André, *O Consentimento...*, pp. 24-30.

²¹ Apud PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., p. 58.

Em 1957, no caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, na Califórnia, utiliza-se pela primeira vez a expressão “informed consent”. Esta a expressão que, por acentuar devidamente o momento mais importante do direito ao consentimento informado - que é o dever de informação que sobre o médico impende -, é ainda hoje, tanto ao nível da doutrina como da jurisprudência, a mais utilizada.

3. A violação do consentimento informado: fundamento e bens jurídicos em causa

A questão que ora se nos coloca centra-se no pressuposto da ilicitude (cfr. art. 483.º do CC, sobre os pressupostos da responsabilidade civil)²²: fundar-se-á a ilicitude resultante da violação do consentimento informado no incumprimento de deveres contratuais (arts. 762.º e ss. do CC) ou antes na violação de direitos absolutos mediante o ‘incumprimento’ de um dever geral de abstenção? Por outras palavras, dependerá o direito do paciente a ser informado e a emitir o seu consentimento para o acto médico da prévia existência de um contrato celebrado com o médico, ou antes deriva ‘automaticamente’ de um seu direito de personalidade?

Ora bem, sem dúvida que, pelo menos à primeira vista, “*a relação contratual parece ser a que quadra mais nitidamente com a obtenção do consentimento esclarecido do doente*”²³. Na verdade, sendo o contrato de prestação de serviços médicos um claro exemplo de um contrato de execução continuada²⁴, em que o paciente vai, através do seu consentimento, conferindo legitimidade aos sucessivos actos médicos, dificilmente se poderia conceber, à partida, um outro tipo de relação jurídica que permitisse tal componente de confiança e de forte pessoalidade que a ideia de contrato por excelência permite, e que o contrato médico em particular pressupõe²⁵. Mas como justificar desta forma a existência do direito ao consentimento informado, com o correspondente dever do médico de informar e de recolher o consentimento, nos casos em que não haja qualquer contrato? Pense-se, desde logo, na *relação de serviço público* que liga a

²² Cfr. *supra*, p. 6, nota 11.

²³ GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 62.

²⁴ Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 107 e ss.

²⁵ Sobre a natureza *intuitu personae* do contrato de prestação de serviços médicos, cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 89. Também neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p.63.

extensa rede de hospitais do *Serviço Nacional de Saúde* do Estado aos respectivos *utentes*, que claramente não assenta em qualquer base contratual.²⁶

Pois bem, a verdade é que o direito ao consentimento informado existe “*antes de ser esboçada qualquer relação contratual*”, pois “*fundase num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o acto médico*”²⁷. Assim, o dever de obter o consentimento informado do paciente não se funda *necessariamente* em deveres contratualmente assumidos (ou seja, no contrato de prestação de serviços médicos). Quando os não haja, sempre se irá buscar fundamento de responsabilidade civil à violação de determinados direitos (absolutos) de personalidade do paciente: estaremos aqui perante a primeira modalidade de ilicitude consagrada no art. 483.º do CC.

A diferença fundamental estará no facto de o paciente estar protegido sob a ‘capa’ de um regime mais de feição, como é o da responsabilidade contratual, ou de estar, em vez disso, entregue ao regime da responsabilidade aquiliana - modalidade que terá sempre ‘garantida’, no caso de haver violação de direitos absolutos por parte do médico²⁸.

Cumpra agora indagar sobre quais sejam tais direitos de personalidade acautelados pelo direito ao consentimento informado. Que o mesmo é perguntar pelos *bens jurídicos* que se encontram em causa.

Ora, os direitos de personalidade em causa nos problemas relativos ao consentimento informado serão, já o fomos deixando antever, o *direito à liberdade e autodeterminação* e o *direito à integridade física e psíquica* (cfr. art. 70.º do CC, relativo ao direito geral de personalidade).²⁹ Com efeito, no âmbito do direito civil, ao não cumprir o seu dever (contratual ou não) de obter o consentimento informado (não informando devidamente o paciente ou não recolhendo o respectivo consentimento), o médico lesa não apenas o bem jurídico liberdade, mas ainda - e necessariamente - o bem jurídico integridade física e moral (e, eventualmente, o próprio bem jurídico *vida*), pois que a partir do

²⁶ Em sentido contrário, defendendo que ainda no caso dos hospitais públicos estaremos perante uma relação contratual, assente na figura das relações contratuais de facto ou dos contratos de adesão, FIGUEIREDO DIAS, Jorge/ SINDE MONTEIRO, Jorge, *op. cit.*, pp. 33 e ss.

²⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 63.

²⁸ Sobre a possibilidade de cumulação de responsabilidades, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge/ SINDE MONTEIRO, Jorge, *op. cit.*, pp. 24 e 25.

²⁹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 63 e PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 121 e ss.

momento em que o *acto médico*³⁰ não é consentido, passa ele a ser ilícito porque assente numa invalidade³¹. Assim, as ‘agressões’ corporais subsequentes (pense-se, *v.g.*, num acto cirúrgico) não podem deixar de ser compreendidas como violação *ilícita* do “direito de outrem” (art. 483.º, n.º 1 do CC), porque privadas da causa de exclusão de ilicitude “consentimento do lesado” (art. 340.º, n.º 1 do CC).³²

É, aliás, nossa convicção que, mesmo no caso das intervenções bem sucedidas (*i.e.*, em que se atingem os fins últimos da *cura* e da boa recuperação do paciente), não deixa de ocorrer ainda, para além da lesão da autodeterminação, a consequente lesão da integridade físico-psíquica, também ela merecedora de tutela jurídica, nos termos dos arts. 70.º, n.º 2 e 483.º do CC. Neste sentido, com ORLANDO DE CARVALHO, afirmamos que, independentemente da alteração do estado da saúde do doente para melhor ou para pior, certo é que a intervenção médica “*provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo relevo para o direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa*”³³.

Assim, havendo violação da liberdade, haverá sempre forçosamente dano (indemnizável) da integridade físico-psíquica.

4. Fontes normativas do consentimento informado

O direito ao consentimento informado encontra-se hoje consagrado em diversos diplomas de natureza legislativa, tanto no plano internacional como no plano interno. O brevíssimo excuro que ora nos propomos apresentar mais não pretende do que fornecer

³⁰ Seguimos a noção de *acto médico* proposta por RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 24, segundo o qual aquele se trata de “*uma actuação do agente médico* (sublinhado nosso) *na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral*”. Elemento fundamental do conceito é, pois, que o sujeito seja “*agente médico*”, sendo, portanto, necessário, em qualquer caso, que tal acto (dirigido a “proporcionar saúde”) seja praticado por um médico habilitado para o exercício da medicina, sem o que, cumprindo-se os demais requisitos da noção, deixaremos de ter um acto médico, para passarmos a ter um *acto médico auxiliar* ou *acto paramédico*.

³¹ Sobre a invalidade do consentimento, ver, *infra*, ponto 5 da parte II deste estudo.

³² Note-se que no direito penal as coisas passam-se de maneira diferente. A leitura integrada dos arts. 150.º e 156.º do Código Penal (importados do Código austríaco) fazem das intervenções médicas arbitrarias um crime (apenas) contra a liberdade (bastando, aliás, olhar à própria sistematização do código) e não (também) por ofensas corporais. No direito civil, a abertura do art. 70.º do CC permite construir um quadro autónomo que inclui a violação do direito à integridade físico-psíquica nos danos indemnizáveis.

³³ ORLANDO DE CARVALHO, apud PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, p. 122, nota 256.

uma aproximação genérica às fontes normativas do consentimento informado (e, ao fim e ao cabo, do direito médico) que reputamos de mais importantes no direito português.

Assim, no plano internacional o diploma mais importante é, indubitavelmente, a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* (CEDHBio) do Conselho da Europa, directamente aplicável ao Estado português por força do art. 8.º, n.º 2 da CRP³⁴. Esta convenção - também designada por *Convenção de Oviedo*, em homenagem ao local onde, a 4 de Abril de 1997, foi aberta às assinaturas dos Estados - foi ratificada por Portugal em 2001 e é considerada uma verdadeira constituição do direito médico, representando ainda hoje a base fundamental do direito médico português. Os arts. 5.º e ss. da CEDHBio dedicam-se à matéria do consentimento informado e têm a virtualidade de oferecerem solução normativa para boa parte dos problemas tradicionalmente abordados na doutrina³⁵.

Quanto ao plano interno, não podemos deixar de referir em primeiro lugar a própria *Constituição da República Portuguesa* (CRP), que, na chamada “constituição do indivíduo” (direitos fundamentais – Parte I da CRP), consagra, desde logo, o direito à “integridade moral e física” e o direito à vida, nos arts. 25.º e 24.º, respectivamente. Depois, quanto aos bens jurídicos liberdade e autodeterminação, encontram-se abarcados no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26.º. Tanto um direito como o outro se encontram suficientemente alicerçados também no próprio “pórtico” dos princípios fundamentais, já que são, na verdade, “expressões concretizadas desse axioma fundamental que é a Dignidade Humana (art. 1.º CRP)”³⁶. De seguida, temos no nosso *Código Penal* (CP) uma fonte normativa de nuclear importância, atento o princípio da unidade do sistema jurídico. Determina o CP português que, na falta de consentimento, os tratamentos médico-cirúrgicos (definidos no art. 150.º) serão considerados *arbitrários*, o que constituirá um *crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias* (que é um crime apenas contra a liberdade e não também contra a integridade físico-psíquica, como ainda acontece na Alemanha³⁷), nos termos do art. 156.º. O mesmo CP fornece ainda, no art. 157.º, importantes critérios para o

³⁴ Cfr. PEREIRA, André, *Breves Notas...*, cit., p. 11, nota 5.

³⁵ Entre os quais, por exemplo, o do *quantum* da informação, o da revogação do consentimento, o da capacidade, etc. Abordaremos estes problemas na parte II deste trabalho.

³⁶ PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., p. 96.

³⁷ Cfr. *supra*, p. 12, nota 32, deste trabalho.

dever de esclarecimento, determinando que o consentimento obtido fora dos parâmetros estabelecidos na norma “*não é eficaz*”.

Quanto ao *Código Civil* (CC), entende-se estar o direito ao consentimento informado consagrado no art. 70.º, como dimensão do direito geral de personalidade, para além de, no caso da existência de contrato, estar incluído no princípio da boa-fé nos contratos.

Depois, existe um vasto número de diplomas legais extravagantes, onde podemos encontrar o direito ao consentimento informado (com alcance geral ou para casos particulares), dos quais destacaríamos os seguintes: *Lei de Bases da Saúde* (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto), na sua base XIV, n.º 1, als. B) e e); *Lei dos ensaios clínicos* (Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto); *Lei dos transplantes de órgãos e tecidos* (Lei n.º 22/2007, de 29 de Maio); *Lei da informação genética pessoal e informação de saúde* (lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro); *Lei da interrupção voluntária da gravidez* (Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril); etc.

Um diploma que tem sido ao longo dos tempos muito polémico, mas com indiscutível valor normativo, é, sem dúvida, o *Código Deontológico da Ordem dos Médicos* (CDOM). Com efeito, devido ao facto de ter sido aprovado no âmbito da Ordem dos Médicos e de a sua publicação ter sido feita na própria Revista da Ordem dos Médicos - e não em Diário da República, como seria à partida o mais natural -, o antigo CDOM de 1985 prestava-se a grandes discussões doutrinárias acerca do seu valor jurídico³⁸.

Segundo FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, o CDOM teria “*primariamente uma eficácia interna*” sendo “*os seus destinatários primeiros os próprios médicos*”, embora pudesse ser “*de grande interesse v.g para a concretização de cláusulas gerais de direito civil*” ou para a “*interpretação e integração do contrato de prestação de serviços médicos*”, nunca devendo, no entanto, ter o mesmo valor que as normas legais³⁹.

Com o novo CDOM de 2009, não restam já quaisquer dúvidas de que estamos perante um verdadeiro *regulamento administrativo*⁴⁰, publicado na 2.ª série do Diário da República sob a forma de Regulamento n.º 14/2009, de Janeiro de 2009. Estão, pois, em causa verdadeiras normas jurídicas, embora de valor infra-legal, por continuarem a ser aprovadas pelos órgãos internos da Ordem dos Médicos - o que poderá na prática

³⁸ Sobre as posições mais importantes, ver PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., pp. 101 e ss.

³⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge/ SINDE MONTEIRO, Jorge, *op. cit.*, pp. 8 e 9.

⁴⁰ Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado: Relatório Final*, Porto, Maio de 2009, p. 71.

levantar alguns problemas de articulação com as normas legais, designadamente civis ou penais.

Não podemos, a este propósito, deixar de expressar o nosso profundo repúdio por esta insistência da Ordem dos Médicos num modo de actuação revelador, em nosso entender, de um exacerbado, e hoje absolutamente desajustado, sentimento corporativo (em dissonância, aliás, com o exemplo das restantes ordens profissionais, que têm os respectivos códigos deontológicos aprovados por lei). Facilmente se aceitará a asserção de que os médicos devem ter uma importante palavra a dizer quanto às normas que os hão-de regular. Mas não poderemos já aceitar que a Ordem dos Médicos, num comportamento que chega a roçar mesmo o antidemocrático, tenha a veleidade de subtrair matérias com este grau de sensibilidade à discussão pública de lei, criando para si uma normatividade própria ou privativa⁴¹.

II- O fenómeno do consentimento informado

Chegados a este ponto, expostas as ideias fundamentais relativamente ao direito ao consentimento informado, importa agora falar um pouco sobre as principais questões que se levantam no âmbito da doutrina do consentimento informado.

A primeira noção que é importante reter é a de que o consentimento informado deve ser perspectivado enquanto *fenómeno*, *i.e.*, enquanto processo dialógico⁴² entre médico e paciente, que decorre de uma forma dinâmica e interactiva e que culmina numa anuência final do paciente para um determinado acto médico. Neste sentido, o consentimento informado é, pois, “*um processo e não uma forma*”⁴³, devendo existir uma natural reciprocidade na troca de informações - podendo mesmo falar-se igualmente num “*direito do médico a ser informado*”⁴⁴, assente num princípio de colaboração por parte do paciente, a par do direito à informação que lhe assiste.

⁴¹ Pode ler-se, aliás, em ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *op. cit.*, p. 71: «(...)poderá sempre ficar por responder a questão de saber se a regulação/limitação de dtos fundamentais não careceria da forma de lei, solução para a qual propendemos, nos termos do art. 18.º da Constituição da República».

⁴² RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, p. 244, chega mesmo a falar num “*dever dialógico*” do médico.

⁴³ ÁLVARO DIAS, João, “Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, vol. 3, n.º 4, 1994, p. 15

⁴⁴ Cfr. RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, pp. 224 e ss.

Podemos dividir dogmaticamente⁴⁵ o fenómeno do consentimento informado em três fases: informação, confirmação do esclarecimento e consentimento. A cada uma delas iremos dedicar os próximos pontos.

1. A informação

A informação é condição de validade do consentimento do paciente. Quando o médico não informa ou informa deficientemente, o consentimento do paciente será automaticamente inválido, porque referido a um acto médico ‘diverso’ daquele sobre o qual o paciente assentou a sua vontade. Neste sentido se fala num verdadeiro *esclarecimento-para-a-autodeterminação*, uma vez que a informação e o esclarecimento do paciente constituem “*pressuposto conatural*” à sua própria liberdade, ou seja, algo de incindível relativamente ao próprio consentimento, em ordem a que se realize o seu direito à autodeterminação.⁴⁶

Assim, impende sobre o médico responsável pela intervenção (cfr. art. 44.º, n.º 3 do CDOM) (embora possa delegar noutro médico, nos casos de medicina em equipa, devendo sempre, em todo caso, confirmar posteriormente o esclarecimento), relativamente a cada acto médico ou “*ao menos para cada conjunto de actos que constituam uma unidade*”⁴⁷, o dever de fornecer ao paciente⁴⁸ - com um tempo de antecedência razoável para que este possa reflectir e decidir com a necessária serenidade (cfr. art. 44.º, n.º 2 do CDOM)⁴⁹ - toda a informação importante para um consentimento verdadeiramente livre e esclarecido.⁵⁰ Para tanto, tal informação deverá ser *clara e suficiente*.⁵¹ Foquemos melhor estes dois requisitos.

⁴⁵ E apenas de um ponto de vista dogmático é possível fazê-lo, dado o carácter dinâmico que assinalámos.

⁴⁶ Neste sentido, cfr. COSTA ANDRADE, Manuel da, anotação ao art. 157.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 394 e 395. Este esclarecimento de que tratamos é, pois, diferente do chamado *esclarecimento terapêutico*, que serve apenas para garantir a boa execução do tratamento e não para ‘cumprir’ a liberdade. Na verdade, este último já pressupõe aquele.

⁴⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁸ Isto é, ao paciente e não à família, pois que a informação de saúde é “propriedade” do doente. Ver art. 3.º/1 Lei n.º 12/2005, 26 de Janeiro.

⁴⁹ Neste sentido, PEREIRA, André, *Breves Notas...*, *cit.*, p. 21. No caso da interrupção voluntária da gravidez a lei exige mesmo um prazo de reflexão de três dias – ver art. 142.º, n.º3, al. a) do CP.

⁵⁰ O próprio art. 573.º do CC se refere genericamente à obrigação de informação.

⁵¹ Sobre os princípios da simplicidade e da suficiência, cfr. RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, pp. 241 e 242.

Em primeiro lugar, a informação deverá ser clara, no sentido de simples e acessível ao paciente. O critério a seguir deverá ser, pois, o do *paciente concreto*⁵² (cfr. art. 44.º, n.º 3 do CDOM), devendo a informação ser dada na *língua* e de acordo com a *linguagem* do paciente, ou seja, adequada ao seu nível sócio-cultural e à sua capacidade de compreensão. Com efeito, bom é de ver que o critério do paciente médio não ofereceria guarida bastante àquelas situações em que uma determinada intervenção médica assume uma especial relevância para aquele paciente em particular, uma relevância substancialmente maior do que para a generalidade dos pacientes⁵³.

Modo privilegiado de transmissão de uma informação que se pretenda clara, e dado o processo dialógico em que consiste o consentimento informado - a pressupor, portanto, igualmente uma abertura por parte do médico para eventuais questões que o paciente suscite -, é claramente a *oralidade*, não existindo, por regra, forma obrigatória para a informação - valendo, pois, integralmente a norma do art. 219.º do CC.⁵⁴

Alinhavadas estas notas precedentes, haverá todavia que reconhecer, com ANDRÉ PEREIRA, que, em tudo o mais, “*a medicina é ainda de algum modo uma ‘arte’*”, não sendo o modo de informar uma “*questão que possa ser respondida por um jurista*”, sempre cabendo ao médico fazer a sua própria ponderação sobre a melhor forma de esclarecer o seu doente⁵⁵.

Quanto à questão do *quantum* da informação, deverá esta ser “*suficiente para que o consentimento se possa considerar esclarecido*”⁵⁶, *i.e.*, deverá ser a bastante para que o paciente possa assentar a sua decisão de consentir ou de dissentir numa base informativa verdadeira e cabal, sem o que o seu consentimento será inválido.

Relativamente ao conteúdo desse dever de informação, em termos de poder considerar-se suficiente, consideramos centrais as normas dos arts. 157.º do CP, 5.º da CEDH Bio e 44.º, n.ºs 1 e 4 do CDOM. Numa síntese do conteúdo que nos é fornecido por essas normas, elencaríamos os seguintes pontos a abordar pelo médico durante o momento da informação: *diagnóstico* (informação sobre a situação clínica actual); informações sobre o *tratamento proposto* (“*objectivo*” e “*natureza*” da intervenção - cfr. art. 5.º da

⁵² Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *op. cit.*, p. 22.

⁵³ Pense-se no caso de um paciente pianista de profissão que, a realizar a intervenção médica, ficaria com mobilidade diminuída nos dedos, ou num paciente provador de vinhos que pode com a operação perder o paladar. Estes danos poderiam para o paciente médio ser irrelevantes, mas para estes não.

⁵⁴ Excepção feita aos ensaios clínicos de medicamentos (ver art. 6.º, n.º 1, al. d) da Lei n.º 46/2004, 19 Agosto) e à procriação medicamente assistida (ver art. 14.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006, 26 de Julho).

⁵⁵ PEREIRA, André, *Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma Proposta para o Ministério Público*, 2004, ponto 4, al. e).

⁵⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 67.

CEDH Bio), acompanhado da justificação da preferência por tal tratamento; efeitos secundários e *riscos* do tratamento, pelo menos os graves e frequentes⁵⁷; *prognóstico* (incluindo evolução provável e possibilidades de sucesso⁵⁸); *alternativas* de tratamento; *consequências da recusa* de tratamento.⁵⁹

2. Confirmação do esclarecimento

“Entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas”⁶⁰. De facto, uma vez que a informação visa justamente o esclarecimento do paciente, ela terá de ser posteriormente “certificada”⁶¹, pois que, se o médico não confirmar se o paciente ficou cabalmente esclarecido, a informação ficará totalmente esvaziada de conteúdo, perdendo a sua razão de ser - e passando assim o consentimento a enfermar de invalidez, tal como se não tivesse existido qualquer informação.

Este dever de confirmar o esclarecimento assume hoje particular importância devido não só aos casos de medicina em equipa ou à própria (e necessária) interdisciplinaridade que sempre marca a relação entre as várias especialidades, mas sobretudo com o fenómeno da crescente utilização de formulários pré-elaborados, que contêm informações sobre o acto médico em causa, e em que o paciente se limita a apor a sua assinatura.^{62 63}

3. O consentimento

O terceiro e último momento do fenómeno do consentimento informado é o consentimento, em si mesmo. Depois de cumprido pelo médico o respectivo dever de

⁵⁷ Desenvolvidamente, sobre a sensível questão da informação sobre os riscos, *maxime*, os graves mas raros, ver PEREIRA, André, “O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica”, Separata de *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol. 839, 2005, ou, do mesmo autor, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 394 e ss. RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.* pp. 242 e 243, “repudia” a informação completa; segundo o autor, apenas as consequências previsíveis devem ser informadas; só no caso de o risco excepcional se revelar importante para o paciente concreto lhe deve ser comunicado.

⁵⁸ É de lembrar, a este propósito, o n.º 5 do art. 44.º do CDOM, que nos diz que a informação deve, sempre que possível, ser feita “em função dos dados probabilísticos”.

⁵⁹ Para uma proposta de tópicos para a informação, ver ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *op. cit.*, pp. 22 e 23.

⁶⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 68.

⁶¹ A expressão é utilizada por RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, p. 242.

⁶² Neste sentido, PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, p. 473.

⁶³ Sobre os formulários, ver *infra*, a parte III deste estudo.

informação, seguido do dever de confirmação do esclarecimento, segue-se finalmente a derradeira fase que ‘cumpre’ a autodeterminação: o dever de obtenção do consentimento e o correspondente direito ao consentimento⁶⁴.

A primeira nota que cumpre deixar relativamente ao consentimento é a de que vale quanto a este o *princípio da liberdade declarativa*: o consentimento do paciente pode ser expresso ou tácito (art. 217.º do CC), sem que isso afecte a validade do mesmo.

Existem, contudo, alguns casos (em regra, intervenções não terapêuticas) em que o legislador vem exigir que o consentimento seja expresso, *i.e.*, que seja obtido “*por palavras, escrito ou qualquer meio directo de manifestação de vontade*”. São os casos dos *ensaios clínicos* com seres humanos (art. 6.º, n.º 1, al. d) da Lei n.º 46/2004, 19 de Agosto), da *doação de órgãos e tecidos* (art. 19.º, n.º 2 da CEDH Bio e 8.º, n.º 1 da Lei n.º 22/2007, 29 de Junho), das *intervenções psico-cirúrgicas* (art. 5.º, n.º 2 da Lei n.º 36/98, 24 de Julho – Lei da saúde mental), da *procriação medicamente assistida* (art. 14.º, n.º 1 da Lei 46/2006, de 31 de Julho), entre outros. Tratam-se estes de casos excepcionais, em que o legislador impõe uma inequívoca manifestação de vontade, dada a especial intrusão na integridade físico-psíquica do doente que encerram⁶⁵.

No mesmo sentido, vale também, no âmbito do consentimento informado, o *princípio da liberdade de forma* (art. 219.º do CC), segundo o qual o consentimento pode ser feito oralmente - o que, tal como salientámos *supra*, ponto 1, relativamente à informação, deverá constituir a regra na dinâmica do consentimento informado.

Como excepções a este princípio, anotem-se novamente os exemplos dados acima relativamente ao princípio da liberdade declarativa. São estes casos em que o legislador, pelas mesmas razões apontadas para os casos de obrigatoriedade do consentimento expresso, vem excepcionalmente exigir um consentimento por escrito.

Questão de não pequena monta, e que convém explorar, é a que diz respeito à *revogabilidade do consentimento*.⁶⁶

Pois bem, ORLANDO DE CARVALHO distinguia entre *consentimento tolerante* e *consentimento autorizante*. Segundo o autor, o primeiro exclui a ilicitude, mas não dá um *direito* de agredir a integridade física de outrem, senão apenas um poder de facto

⁶⁴ Que compreende naturalmente também o direito ao dissentimento, *i.e.*, à recusa do acto médico (cfr. art. 49.º do CDOM). Desde que devidamente esclarecida, o médico terá de a respeitar, mesmo que aos seus olhos lhe surja como irrazoável – cfr. PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 501 e ss.

⁶⁵ Neste sentido, PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, p. 479, nota 1098.

⁶⁶ Sobre esta questão, ver PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 131 e ss.

para o fazer. O consentimento tolerante corresponderá, pois, àquele previsto no art. 340.º do CC. Já o consentimento autorizante, por seu turno, será aquele que atribui verdadeiramente um direito, *i.e.*, um poder jurídico, que não meramente de facto, para agredir o corpo de outrem. Este o consentimento previsto no art. 81.º, n.º 2 do CC, cujo regime prevê a possibilidade de revogação, embora com direito a indemnização das legítimas expectativas.

Ora bem, ORLANDO DE CARVALHO dava como exemplo de consentimento tolerante o das intervenções cirúrgicas consentidas em benefício próprio, uma vez que não haveria quaisquer legítimas expectativas a acautelar, dado estarem em causa intervenções terapêuticas ‘normais’. Neste caso, se o paciente decidisse revogar o consentimento, não haveria lugar a qualquer indemnização.

Se, por outro lado, estivéssemos perante um caso de consentimento autorizante, de que as intervenções consentidas em benefício alheio ou geral seriam exemplo, segundo o mesmo autor já a indemnização em caso de regoação pelo paciente se imporia, dado em causa estarem já determinadas expectativas legítimas de outrem (*v.g.*, de determinado laboratório da indústria farmacêutica, que pretendesse levar a cabo um ensaio clínico para o qual o paciente houvesse dado a sua *autorização*).

Com ANDRÉ PEREIRA, rejeitamos esta posição. Mesmo no caso das intervenções não terapêuticas, como no caso dos ensaios clínicos ou da doação de órgãos ou tecidos, o consentimento em causa há-de ser sempre o *consentimento tolerante*.⁶⁷ Na verdade, seria inconcebível que a revogabilidade do consentimento pudesse ser posta em causa pela possibilidade de o paciente ter de indemnizar a contraparte (*v.g.*, o laboratório farmacêutico, no exemplo de há pouco); tal significaria um constrangimento à *livre* revogabilidade do consentimento. Ademais, será justamente nos casos das intervenções não terapêuticas que, como frizámos *supra* (relativamente ao princípio da liberdade declarativa), maior justificação encontra a possibilidade de revogação a todo o tempo, devido à especial intrusão na integridade físico-psíquica do paciente. De resto, o próprio art. 5.º da CEDHBio sublinha que o paciente “*pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento*”.

Assim, em nossa opinião, quando estejam em causa intervenções médicas, haverá sempre lugar à aplicação do regime do consentimento tolerante (art. 340.º do CC),

⁶⁷ Cfr. PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 131 e ss. e 492 e ss.

sendo o consentimento, em qualquer caso, livremente revogável a todo o tempo pelo paciente, sem necessidade de indemnizar a contraparte.⁶⁸

A renúncia ao direito de revogar deverá ser sancionada com a nulidade, por contrariedade à ordem pública (cfr. art. 280.º do CC)⁶⁹.

4. Excepções ao dever de informar ou ao dever de obter o consentimento

a) Privilégio terapêutico

As situações de privilégio terapêutico são aquelas que vêm descritas na 2.ª parte do art. 157.º do CP, quando ressalva que a informação não deve ser dada se o seu conhecimento pelo paciente puser em “*perigo a sua vida*” ou lhe puder causar “*grave dano à saúde, física ou psíquica*”. Ainda o art. 50.º, n.º 2 do CDOM aponta para o mesmo sentido, ao estabelecer que a informação “*exige prudência e delicadeza*” e que devem ser “*ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar*”⁷⁰.

Como bem salienta COSTA ANDRADE, “*há, na verdade, doenças (v.g. cancro) cujo conhecimento pelo paciente pode provocar estados de prostração, desânimo, desespero (não raro, suicídio) que comprometem a cura possível*”⁷¹. Nestes casos, a lei portuguesa afasta a regra do dever de informar (cfr. arts. 157.º, 1.ª parte do CP e 50.º, n.º 1 e 44.º, n.º 1 do CDOM), mostrando um claro *favor vitae*: na verdade, não se compreenderia que o médico fosse obrigado a cumprir a todo o custo o seu dever de informar o paciente, comunicando-lhe, v.g., que teria de realizar uma intervenção ao coração com elevado risco de insucesso, sabendo que o facto de lhe estar a comunicar esse risco lhe poderia provocar imediatamente um enfarte do miocárdio.⁷²

b) Direito a não saber

⁶⁸ Também neste sentido, cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *op. cit.*, pp. 38.

⁶⁹ Cfr. PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, p. 495.

⁷⁰ Cfr. ainda o art. 44.º, n.º 4 do CDOM, na parte em que diz que “*o esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente*”.

⁷¹ COSTA ANDRADE, Manuel da, *op. cit.*, p. 399.

⁷² Note-se que este privilégio terapêutico não comporta um direito à mentira, havendo que ser usado restritivamente. Cfr. PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 466 e 467.

Para além do privilégio terapêutico, surge-nos ainda uma outra excepção ao dever de informar, que consiste no *direito a não saber*, previsto no art. 10.º, n.º 2 da CEDH Bio, onde se diz que “*a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada*”. Também o CDOM, no seu art. 50.º, n.º 3, estabelece que a comunicação “*não deve ser feita se este não a desejar*”.

Neste sentido, surge-nos o direito a não saber como a dimensão negativa do direito a ser informado, o que faz dele uma manifestação ainda do direito à autodeterminação e da autonomia do paciente.

O próprio direito a não saber sofre, contudo, restrições (cfr. art. 10.º, n.º 3 da CEDH Bio), nomeadamente para efeitos de protecção de terceiros (pense-se no caso da possibilidade de transmissão de doenças infecto-contagiosas).

c) Consentimento presumido

O consentimento presumido (cfr. art. 340.º, n.º 3 do CC) é uma outra causa de exclusão da ilicitude, diversa do consentimento e de aplicação subsidiária em relação a ele (ver também arts. 8.º da CEDH Bio, 156.º, n.º 2, al. a) do CP e 47.º, als. a) e b) do CDOM).

Esta causa de justificação tem particular interesse nas situações de urgência, em que o paciente se encontra inconsciente ou por outra razão incapaz de consentir. Nesses casos, a lesão da integridade física provocada pelo acto médico presume-se consentida, porque realizada no interesse do paciente “*e de acordo com a sua vontade presumível*”. Esta vontade presumível deve também ela ser, se possível, apurada (v.g., por recurso a informações de familiares sobre as convicções e valores do paciente).

Caso o médico *saiba* que o paciente não consentiria na intervenção, deverá abster-se de a praticar, pois deixa de estar cumprido o requisito “*de acordo com a vontade presumível*”.⁷³

Em todo o caso, nota-se também aqui, tal como nos casos de privilégio terapêutico, um claro *favor vitae* por parte do legislador.⁷⁴

d) Autorizações legais

⁷³ É o caso de escola das transfusões sanguíneas em Testemunhas de Jeová.

⁷⁴ Problema diferente é o das chamadas *extended operations*, em que, para evitar perigo para a saúde ou para a vida, se estende o alcance do consentimento dado anteriormente (para outra intervenção ou tratamento) pelo paciente (cfr. arts. 156.º, n.º 2, al. b) do CP e 47.º, al. c) do CDOM). Sobre este problema, ver PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., pp. 498 e ss.

Por último, convém referir as exceções que consistem nas próprias autorizações legais, “*primordialmente preordenadas à promoção de interesses jurídico supra-individuais, no contexto de prevenção de epidemias, doenças contagiosas, etc.*”⁷⁵.

Em causa estão limitações de direito público, em que, por haver finalidades sociais superiores (*maxime*, questões de saúde pública), se posterga o direito à autodeterminação do paciente, estabelecendo-se vacinações obrigatórias, internamentos compulsivos, entre outras medidas.

5. Invalidade do consentimento

a) Falta ou insuficiência da informação

A questão da falta ou insuficiência da informação - dentro da qual se deve incluir, para estes efeitos, a fase intermédia da *confirmação do esclarecimento* - já foi sendo abordada ao longo da exposição. Quando a informação seja incompleta ou não tenha sido dada de todo, ou não seja fornecida em termos de o paciente ter ficado cabalmente esclarecido, o consentimento será inválido, passando automaticamente a intervenção médica posterior a ser ilícita, por violação de direitos de personalidade.

b) Falta de capacidade para o consentimento

Também a falta de capacidade para o consentimento é geradora de invalidade do consentimento. O incapaz é aquele que, apesar de ser titular da relação jurídica, não consegue autonomamente movimentar a sua esfera jurídica senão através do instituto da representação - pelos pais, no caso do menor, ou pelo tutor, no caso dos adultos incapazes (cfr. arts 124.º e 143.º do CC, respectivamente). Uma palavra sobre cada um destes casos.

Sobre os *menores* recai uma incapacidade natural (cfr. arts. 122.º e 123.º do CC). Com efeito, em razão da própria idade (menos de dezoito anos, altura em que deixam de ter essa incapacidade geral – cfr. art. 122.º do CC), o legislador considera em termos gerais que o menor não tem suficiente maturidade, experiência de vida ou conhecimentos para

⁷⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da, *op. cit.*, pp. 391 392.

praticar actos por si mesmo. O instituto do poder paternal surge assim como um dever dos pais para representar os menores no próprio interesse destes, ou seja, para sua própria protecção (cfr. art.1878.º do CC).

Todavia, o art. 38.º, n.º 3 do CP vem estabelecer que o consentimento prestado por maior de dezasseis anos⁷⁶ e com discernimento suficiente é válido e eficaz. Trata-se esta, na expressão de GUILHERME DE OLIVEIRA, de uma “*maioridade especial*”⁷⁷, a “*maioridade para o acesso a cuidados de saúde*”, a par de muitas outras que o legislador estabelece (v.g., maioridade para a escolha de religião (art. 1886.º do CC), consentimento do adoptando maior de doze anos (art. 1981.º, n.º 1, al. a)), maioridade em matéria de educação sexual e planeamento familiar, etc.).

Deve, pois, ser dado “*relevo geral*” à norma do art. 38.º, n.º 3 do CP⁷⁸, por uma questão de unidade do sistema jurídico e por estar em perfeita harmonia com um princípio de *autonomia progressiva* que vai sendo concedida aos menores, nos termos do art. 1878.º, n.º 2 do CC, bem como com a ideia da existência das referidas maioridades especiais para determinados assuntos específicos, em que, por estarem em causa bens jurídicos pessoalíssimos (cfr. art. 26.º, n.º 1 da CRP – direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade), os menores “*escapam à necessidade e à intervenção protectora do poder paternal*”⁷⁹.

No mesmo sentido da ideia de progressividade vão também o art. 6.º, n.º 2 da CEDH Bio, onde se diz que “*a opinião do menor é tomada em consideração com um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade*”, e o art. 46.º, n.º 3 do CDOM.

À semelhança dos casos normais de adultos, nas situações de urgência, em que não seja possível obter o consentimento dos pais ou do menor capaz para efeitos de cuidados de saúde, a intervenção médica será lícita - consentimento presumido (ver *supra* al. c) do ponto 4).

Relativamente aos casos em que os pais se recusam a dar consentimento numa situação de que resulta um claro prejuízo para a saúde dos filhos, o médico poderá pedir ao tribunal que se substitua aos pais nesse consentimento (cfr. art. 46.º, n.º 6 do CDOM).⁸⁰

⁷⁶ Antes de 2007, a idade-fronteira era de catorze anos.

⁷⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.242.

⁷⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O Acesso...”, *cit.*, p. 242.

⁷⁹ PEREIRA, André, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 315 e ss.

⁸⁰ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, “O Acesso...”, *cit.*, pp. 244 e 245.

Quanto aos *adultos incapazes*, pode ler-se no Relatório Final de 2009 sobre Consentimento Informado da Entidade Reguladora da Saúde o seguinte: «(...) o problema da representação das pessoas adultas sem capacidade de entendimento ou discernimento para tomar uma decisão médica é dos mais delicados em toda a doutrina do consentimento informado e carece de urgente regulamentação legal»⁸¹. A própria CEDH Bio, no seu art. 6.º, n.º 3, deixa a questão em aberto, adiantando apenas que “*deve, na medida do possível, participar no processo de autorização*”

Pois bem, parece dever entender-se que os interditos por anomalia psíquica e os inabilitados por anomalia psíquica com sentença de inabilitação se *presumem* incapazes para consentir. Quanto aos restantes interditos e inabilitados (por surdez-mudez ou por cegueira), não parece, à partida, haver razão que justifique a sua incapacidade.⁸²

Assim, havendo representante legal, será este a autorizar a intervenção, com a participação “na medida do possível” do incapaz. Caso não exista representante legal, deverão ser observados os testamentos do paciente e a nomeação dos procuradores de cuidados de saúde (cfr. art. 9.º da CEDH Bio), em ordem a apurar a vontade real; caso esta não seja possível, deverá passar-se ao apuramento da vontade hipotético-conjectural (v.g., ouvindo a família do incapaz sobre o seu sistema de valores e convicções - embora esta não seja vinculante - cfr. art. 38.º, n.3 do CDOM) – cfr. o art. 340.º, n.º 3 do CC, relativo ao consentimento presumido.⁸³

c) Falta de forma

Sobre esta questão, já fomos ao longo deste estudo aflorando alguns aspectos, nomeadamente no que respeita àqueles casos das intervenções não terapêuticas em que excepcionalmente a lei exige uma determinada forma para o consentimento (v.g. intervenções para doação de órgãos e tecidos).

Nesses casos em que haja falta de forma, o consentimento será nulo por vício de forma, nos termos do art. 220.º do CC.

III- ‘Estado da arte’ em Portugal: o Relatório Final da Entidade Reguladora da Saúde de Maio de 2009

⁸¹ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *op. cit.*, p. 45.

⁸² Neste sentido, PEREIRA, André, *Novos Desafios...*, *cit.*, ponto 5.2.

⁸³ Neste sentido, PEREIRA, André, *Novos Desafios...*, *cit.*, ponto 5.2.

Depois de termos sobrevoado - em termos necessariamente sumários - os pontos fundamentais da doutrina do consentimento informado, chega o momento de nos pronunciarmos sobre o ‘estado da arte’ no nosso país, *i. e.*, de procurarmos, ao cabo e ao resto, perceber em que estágio de evolução nos encontramos hoje e qual a sensibilidade e a receptividade dos médicos face ao novo quadro relacional assente na autonomia do paciente.

Pois bem, a primeira nota que queremos deixar podemos colhê-la nas seguintes palavras de ÁLVARO DIAS: «*Os médicos encaram geralmente como uma injustiça ou como uma incompreensão social a aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil à sua actividade. Exercendo, por profissão, o distinto e exclusivo privilégio de poderem movimentar-se no campo sacrosanto da integridade física do paciente, e movidos por princípios altruístas, é com alguma relutância que aceitam submeter-se às regras do direito comum*». De facto, parece-nos que, não obstante a evolução que se tem verificado (aliás, desde logo, em termos jurisprudenciais, o que de alguma forma também contribui para ‘forçar’ a adaptação da classe médica aos novos tempos), ainda hoje os médicos olham para a sua profissão como algo de ‘intocável’, apoiados num forte sentimento corporativo, bem patente, a nosso ver, na já atrás assinalada aprovação ‘privativa’ do seu código deontológico, à margem da discussão pública que o seu conteúdo reclamaria (cfr. *supra* o que dissemos no ponto 4 da parte I).

Parece-nos que o Relatório Final de 2009 sobre consentimento informado, elaborado pela Entidade Reguladora da Saúde, vem justamente corroborar esta nossa percepção de coisas⁸⁴. Assim, se olharmos atentamente para as “*recomendações*” do Relatório (pp. 96 e ss.), podemos facilmente extrair, desde logo, uma primeira ideia de que os médicos não se encontram ainda hoje totalmente familiarizados com o exacto *conteúdo do dever de informação*, em especial sobre a problemática dos *riscos*.

Igualmente a questão da *linguagem* a utilizar no momento da informação parece ainda hoje estar muito longe do desejável, ficando a impressão de que boa parte dos médicos, na ânsia de cumprir escrupulosamente o desiderato da transmissão da informação, se apressa a explicar todos os detalhes, mediante a utilização dos termos tecnicamente mais rigorosos (e incompreensíveis!), na ilusão de que assim resultará ‘magicamente’ cumprido o seu dever de esclarecimento.

⁸⁴ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *op. cit.*.

De resto, a questão da *informação em geral* aparece-nos, em regra, subalternizada relativamente ao momento do consentimento. Com efeito, parece, em geral, prosperar a convicção de que a recolha do consentimento deve ser feita ‘a todo o custo’, sem que se tenha a noção de que tal consentimento de nada vale (porque nenhum conteúdo tem) se o respectivo esclarecimento-para-a-autodeterminação não tiver sido previamente dado ao paciente.

Esta nota leva-nos para uma outra muito importante, que diz respeito à questão da utilização de *formulários* de consentimento informado. Vem sendo hábito, de há alguns anos a esta parte, a utilização de formulários estandardizados previamente elaborados, com informações sobre a intervenção médica a efectuar. O paciente deverá ler as informações e, seguidamente, apor a sua assinatura no final, dando assim o seu consentimento para a respectiva intervenção.⁸⁵ Ora, nada garante que tais formulários estejam correctamente adaptados ao paciente concreto, não devendo, em qualquer caso, dispensar-se o processo dinâmico e dialógico da troca recíproca de informações, prévio ao acto médico. Por essa razão, nos casos em que seja utilizado formulário, imponderá naturalmente sobre o médico responsável um especial e reforçado dever de confirmação do esclarecimento, que garanta minimamente a existência desse momento essencial de contacto directo e pessoal entre médico e paciente.

Apesar das considerações precedentes, haverá, em nosso entender, que procurar relativizar este atraso português na adaptação aos novos tempos da autodeterminação.

Na verdade, desde há muito que as faculdades de medicina têm vindo a formar e a sensibilizar os futuros médicos para os problemas relacionados com o consentimento informado e, segundo nos parece, as tendências vão, no final do dia, num sentido bastante positivo.

De resto, uma eventual ‘pressão’ da sociedade sobre os médicos no sentido de estes se adaptarem rapidamente ao novo modelo de relação médico-paciente - *v.g.*, através de um aumento da litigiosidade em tribunal por violação do consentimento informado - poderia dar azo a um sentimento de falta de liberdade no exercício da sua profissão ou mesmo de dependência (e, possivelmente, a um fenómeno de “medicina defensiva”), que, muito provavelmente, mais prejuízos que ganhos nos trariam.

⁸⁵ Muitas vezes, a utilização destes formulários pelos médicos e pelos hospitais funda-se na convicção de que a assinatura do doente pode representar uma boa “defesa” para o médico, em caso de contenda judicial. Também essa crença se mostra, na prática, errónea, já que é desde há muito reconhecido que a melhor defesa do médico é, nestes casos, um registo cuidado e minucioso no processo clínico.

Neste sentido, parece-nos hoje claro que para que se nos não mostre, no final das contas, contraproducente, a evolução para o novo modelo deve recomendar-se lenta, gradual e adaptada ao estágio cultural dos médicos e do próprio País.

Bibliografia

- ÁLVARO DIAS, João, “Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, vol. 3, n.º 4, 1994
- ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, vol I, 10.^a edição, Coimbra, Almedina, 2009
- COSTA ANDRADE, Manuel da, anotação ao artigo 156.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999
- ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado: Relatório Final*, Porto, Maio de 2009
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge/ SINDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984
- GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Novos Desafios da responsabilidade Médica: Uma Proposta para o Ministério Público*, 2004
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*, Separata de Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 839, 2005
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 17, 2007
- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001