

**I Congresso Internacional sobre:  
“Os desafios do Direito face às novas tecnologias”**

**André Gonçalo Dias Pereira**

Centro de Direito Biomédico  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Membro (suplente) do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - Portugal  
Governor da Associação Mundial de Direito Médico  
[andrediaspereira@hotmail.com](mailto:andrediaspereira@hotmail.com)

## **O CONSENTIMENTO INFORMADO NA EXPERIÊNCIA EUROPEIA**

Ribeirão Preto, 10 de novembro de 2010

**Palavras-chave:** responsabilidade médica, consentimento informado, ónus da prova, dever de esclarecimento, informação sobre os riscos, testamento de paciente, procurador de cuidados de saúde, autonomia prospectiva, cidadania.

**Resumo:** Este artigo versa sobre o problema da responsabilidade médica por violação do consentimento informado. Na primeira parte analisa o caso da não revelação de riscos graves mas raros e do ónus da prova do esclarecimento, analisando a jurisprudência e a doutrina europeia e os desenvolvimentos legislativos recentes em Portugal. Na segunda parte, apresentam-se os institutos das declarações antecipadas de vontade e da designação de um procurador de cuidados de saúde, numa perspectiva de direito comparado. O Autor defende o direito a emitir declarações antecipadas de vontade com eficácia vinculativa, desde que salvaguardados exigentes requisitos de esclarecimento, capacidade e liberdade. Por outro lado, advoga o direito a nomear como procurador de cuidados de saúde uma pessoa com a qual se tenha uma proximidade existencial, independentemente de ser familiar. O modelo da lei austríaca de 2006 surge como um paradigma de compromisso entre posições bioéticas divergentes, sendo o procedimento a chave para o consenso comunitário e político possível.

### **I – O CONSENTIMENTO INFORMADO**

#### **1. Delimitação do âmbito deste estudo**

As acções de responsabilidade civil dos médicos podem ser, sobretudo, de dois tipos: ou uma acção por *má prática médica*, uma demanda fundada na responsabilidade por erros técnicos

(*malpractice actions*)<sup>1</sup> ou uma acção por violação ou desrespeito dos direitos dos pacientes, sobretudo, acções por violação do consentimento informado (*informed consent actions*). Vamos neste estudo analisar este segundo tipo de casos. E dentro da vasta matéria do consentimento informado,<sup>2</sup> a nossa atenção será concentrada em alguns aspectos específicos, designadamente:

1. O conteúdo do dever de informar e esclarecer, em especial dos riscos raros mas muito graves e do ónus da prova do esclarecimento;
2. As declarações antecipadas de vontade.

## 2. A doutrina do consentimento informado

A doutrina do consentimento informado, desenvolvida ao longo dos últimos 100 anos, acompanha uma notável evolução no âmbito da Bioética e da Ética Médica que consiste na superação do *paternalismo clínico* herdado de Hipócrates pelo primado do *princípio da autonomia do paciente*. Ao paciente é reconhecido hodiernamente o direito à *autodeterminação nos cuidados de saúde*, na expressão do Professor Doutor Guilherme de Oliveira.

Em 1880, na Noruega, o Prof. Gerhard Hansen<sup>3</sup> extraiu líquido de uma doente e inoculou-o num olho de outra doente menos grave, sem lhe dar explicações. Num caso pioneiro de responsabilidade disciplinar do médico por violação do consentimento informado, o famoso Prof. Hansen foi *demitido* das funções hospitalares, por ter abusado da sua posição de médico e explorado a dependência do paciente para realizar uma operação arriscada e dolorosa, sem o consentimento deste.

---

<sup>1</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo DIAS, “Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, N.º 7, 2007, 53-67.

<sup>2</sup> As obras fundamentais, na doutrina portuguesa, sobre o consentimento informado são as seguintes: Oliveira, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005; Andrade, Manuel da Costa, Anotações aos artigos 149.º, 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal, *Comentário Conimbricense ao Código Penal* (Direcção: Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra, Coimbra Editora, 1999; Rodrigues, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* Coimbra, Coimbra Editora, 2001; Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

<sup>3</sup> O Prof. Hansen foi um médico norueguês, conhecido pela identificação do *Mycobacterium leprae* como o agente causador da lepra em 1873.

As decisões de responsabilidade civil por violação do consentimento informado remontam ao início do século XX na Europa<sup>4</sup> e nos Estados Unidos. Em 1914, o Juiz Benjamin Cardozo afirma o direito à autodeterminação do doente, proferindo uma frase que se tornaria célebre:

*“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”*.<sup>5</sup>

Mas é verdadeiramente nos últimos 50 anos que o dever de esclarecimento do médico ganha uma forte importância em termos jurídicos. Em 1957, a expressão *“informed consent”* foi introduzida nos EUA por um Tribunal da Califórnia; as decisões americanas, que se multiplicarão posteriormente, explicitam progressivamente o dever de informação do médico para com o doente e, de forma particular, a revelação dos riscos de tratamento. Rapidamente este panorama espalhou-se noutros ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos, bem como na Europa continental, tendo como suporte o valor ético da *autonomia da pessoa humana*.

### 3. O (neo-)paternalismo médico

Todavia, o paternalismo médico teve grande influência até há poucas décadas, como se pode constatar pelas afirmações que aqui reproduzimos:

- “Eu penso que há até o direito de operar sempre, até contra vontade do doente. Penso e tenho-o feito (...) Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra a sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos.” – afirmou o francês Louis Faure, em *A alma do Cirurgião*, corria o ano de 1929.
- Louis Portes, ao tempo Presidente da Ordem Nacional dos Médicos de França, afirmava em 1950: “Todo o paciente é e deve ser para ele (o médico) como uma criança a domar, não para enganar, mas uma criança a consolar; não para abusar, mas uma criança para salvar ou simplesmente a curar.”
- Em 1952, afirmava o ilustre médico espanhol, Prof. Marañón: “devemos declarar *heroicamente* que o médico não só pode, mas que *deve mentir*”, e que “*na Medicina não há praga mais odiosa que a dos médicos que dizem quase por sistema a verdade*”.

---

<sup>4</sup> Já nos finais do século XIX os tribunais austríacos decidiam casos de responsabilidade civil dos médicos típicos de falta de informação sobre os riscos necessária para um consentimento livre e esclarecido. Cfr. Daniela ENGLÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen*, Wien, 1996, p. 66.

<sup>5</sup> *Schloendorff vs. Society of New York Hospitals*.

Passados quase 60 anos, encontramos ainda afirmações do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (português),<sup>6</sup> como as seguintes:

- “... o projecto [de lei sobre o direito ao consentimento informado (apresentado em 2009 na Assembleia da República)] reflecte uma mal entendida primazia absoluta da autonomia como valor ético, quando o que é necessário pelas razões aduzidas a seguir, é reforçar a “intimidade” moral da relação médico doente. Há uma constatação crescente que os modelos legais ou políticos da autonomia têm de facto obscurecido perigosamente os valores profissionais e morais do exercício da medicina, que continuam a ser, como afirma Cassell, essencialmente os de uma profissão moral.”
- “(...) a responsabilidade dos médicos e outros profissionais de saúde, emerge precisamente do sentido de responsabilidade intrínseco à profissão e não, primariamente, de um conjunto de regras destinadas a salvaguardar a autonomia dos doentes.”
- “ (...) todos os estudos que se têm debruçado sobre esta questão demonstram que, embora os doentes apreciem e desejem que lhes seja dada informação sobre as várias opções diagnosticas e terapêuticas, o doente geralmente deixa a decisão final ao seu médico.”<sup>7</sup>
- “ (...) o sentimento corrente ainda em Portugal é expresso em afirmações como: “Trate-me como se fosse da sua família”, “Faça o que for melhor para mim”, ou “Estou nas suas mãos.””

Mas o Parecer vai ainda mais longe, na senda de um paternalismo serôdio, reafirmando que *o doente “não está habilitado para tomar decisões.”* Será o entendimento do Parecer que as pessoas em Portugal, ao contrário de Espanha, da França, de todos os países europeus e da grande maioria dos países no mundo industrializado, são ignorantes, enfermas, estúpidas e incapazes de decidir?

Queremos com estas transcrições apenas mostrar que o *neo-paternalismo* consegue fazer-se representar nos mais altos areópagos da discussão ética e político-legislativa. O Parecer parece revelar uma estranha angústia de não perder ou partilhar o poder sobre a informação

---

<sup>6</sup> PARECER 57/CNECV/09SOBRE O PROJECTO DE LEI N.º 788/X – “DIREITOS DOS DOENTES À INFORMAÇÃO E AO CONSENTIMENTO INFORMADO” de Julho de 2009. In: [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273053812\\_P057\\_CNECV.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf)

<sup>7</sup> É pena que esses estudos não sejam citados e é lamentável que se confunda a situação de vulnerabilidade e de desequilíbrio de informação em que o doente se encontra, com um ataque ao princípio da autonomia e com o reconhecimento de direitos já previstos na Constituição, na Lei de Bases da Saúde, no Código Penal e no próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

(recordemos a lição de Michel Foucault...) e o desejo de manter o desequilíbrio e a assimetria, não apenas científico e intelectual, mas também o desnível na “representação simbólica e social” mantendo o cidadão doente na posição do “*infirmus*”, do indivíduo carente e débil, sem firmeza, que se entrega, que oferece ao menos o seu corpo, nas mãos do *omnisciente* “profissional moral”.

#### 4. Consagração legal do direito ao consentimento livre e esclarecido

O direito ao consentimento livre e esclarecido é um postulado axiológico e normativo reconhecido por muitas ordens jurídicas e indubitavelmente consagrado no Direito português.

A evolução desta teoria percorreu todo o século XX e foi subindo vários degraus. Vamos apenas referir os marcos principais deste percurso. Merecem destaque as declarações internacionais pioneiras, como o Código de Nuremberga (1948) e a Declaração de Helsínquia (1964)<sup>8</sup> sobre princípios éticos aplicáveis às investigações médicas que incidam sobre sujeitos humanos. Por seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos,<sup>9</sup> cujo art. 7 constitui a primeira norma internacional – de carácter vinculativo – com vista à protecção do consentimento informado.<sup>10</sup>

Em 1981, a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente<sup>11</sup> da Associação Médica Mundial,<sup>12</sup> proclama: "O Doente tem o direito de aceitar ou recusar tratamento após ter recebido

---

<sup>8</sup> Adoptada em Helsínquia em Junho de 1964 e alterada em Tóquio em Outubro de 1975, em Veneza em Outubro de 1983, em Hong Kong em Setembro de 1989, em Somerset West (África do Sul) em Outubro de 1996 e em Edimburgo em Outubro de 2000. Foram ainda aditadas duas notas explicativas ao texto da Declaração, em Washington em 2002 e em Tóquio em 2004.

<sup>9</sup> Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Aprovação para ratificação: Lei n.º 29/78, de 12 de Junho, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 133/78 (rectificada mediante aviso de rectificação publicado no Diário da República n.º 153/78, de 6 de Julho);

<sup>10</sup> Artigo 7º: “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.”

<sup>11</sup> Adoptada em Lisboa em Setembro e Outubro de 1981 e alterada em Bali em Setembro de 1995.

<sup>12</sup> A Associação Médica Mundial é uma associação de direito privado. As Declarações que produz têm a natureza de *soft law*, não podendo vincular os Estados nem conferir direitos subjectivos aos cidadãos.

informação adequada" (alínea c).” No âmbito da Organização Mundial de Saúde, merece referência a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes, de 1994.<sup>13</sup>

Nos anos 90 do Século passado já se registava um consenso na Europa relativamente à necessidade de respeitar e promover a autonomia do paciente, baseado na dignidade de cada ser humano. Assim, no dia 4 de Abril de 1997, em Oviedo (Astúrias, Espanha), os Estados membros do Conselho da Europa (bem como alguns outros Estados [EUA, Canadá, Austrália, Japão e Vaticano] e a Comunidade Europeia) aprovaram para assinatura a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*.

Esta Convenção representa um verdadeiro “Tratado de direitos dos pacientes” (Herman Nys)<sup>14</sup> e um dos seus princípios fundamentais é o respeito pelo consentimento informado. Acresce o facto de esta Convenção ter sido ratificada por Portugal em 2001.<sup>15</sup> O Capítulo II da Convenção de Oviedo ocupa-se do consentimento e o artigo 5.º afirma:

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

No âmbito da União Europeia destaca-se a consagração expressa do direito ao consentimento informado na **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**:<sup>16</sup>

Artigo 3.º - Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
  - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei,

---

<sup>13</sup> *Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa*, Amesterdão, 28-30 de Março de 1994, Organização Mundial de Saúde, Secretaria Regional da Europa.

<sup>14</sup> NYS, Herman, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12/2000, p. 78-80.

<sup>15</sup> Publicada no Diário da República — I Série-A N.º 2, de 3 de Janeiro de 2001.

<sup>16</sup> O Tratado de Lisboa incorpora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo que estes direitos passarão a ter força normativa plena, caso esse Tratado entre em vigor.

- a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas,
- a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,
- a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

No direito interno português, o art. 25 da Constituição da República consagra o direito à integridade pessoal, afirmando que “*a integridade moral e física das pessoas é inviolável*” e o art. 26, n. 1, estabelece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o n.º 3 garante a “*dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica.*” O direito à integridade moral e física e o livre desenvolvimento da personalidade são expressões concretizadas desse axioma fundamental que é a Dignidade Humana (art. 1º CRP).

No plano do Direito Civil, está consagrado no artigo 70.º do Código Civil o direito geral de personalidade. No quadro contratual, alguma doutrina faz apelo ao princípio da boa-fé como fundamento do dever de informar o paciente, mesmo quando se trata de um prognóstico pessimista.

O Código Penal Português consagrou, no capítulo dos crimes contra a liberdade, o tipo intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156.º) e estabeleceu, com rigor, o dever de esclarecimento (art. 157.º).

Por seu turno, a Lei de Bases da Saúde confere aos utentes o direito a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis do tratamento e a evolução provável do seu estado.” (Base XIV, n. 1, al. e) da Lei n. 48/90, de 24 de Agosto)

O dever de esclarecer também está previsto no Código Deontológico da Ordem dos Médicos.<sup>17</sup> Este dever assume a natureza de um verdadeiro dever profissional sendo portanto sindicável independentemente da existência de um contrato com o paciente.

Os diversos países europeus têm regulamentação sobre esta matéria, sendo de destacar as recentes legislações aprovadas em Espanha<sup>18</sup>, na França<sup>19</sup> e na Bélgica.<sup>20</sup> Para além disso deve

<sup>17</sup> Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro, II.ª Série do Diário da República.

<sup>18</sup> LEY 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Boletín Oficial del Estado de 15.11.02.

<sup>19</sup> Lei de 4 de Março de 2002 sobre os direitos dos pacientes e a qualidade do sistema de saúde (LOI n.º 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé).

ser tomado em conta um importante trabalho de direito comparado realizado pelo *Study Group on a European Civil Code*, que apresenta uma proposta para um hipotético Código Civil europeu, incluindo um contrato de cuidados de saúde.<sup>21</sup>

Podemos afirmar que, em todos os países europeus, o paciente tem o direito a ser informado, a fazer uma escolha informada em relação ao tratamento e a consentir ou a recusar um tratamento proposto. Este direito ao consentimento informado constitui a expressão mais clara do princípio da autonomia que marca a bioética dos nossos dias.<sup>22</sup>

Com efeito, desde os anos 90, deu-se uma forte implementação do direito ao consentimento informado na Europa, com a seguinte cronologia: Finlândia, 1992; Países Baixos, 1994; Lituânia, 1996; Islândia, 1997; Letónia, 1997; Hungria, 1997; Grécia, 1997; Dinamarca, 1998; Noruega, 1999; Geórgia, 2000; França, 2002; Bélgica, 2002; Espanha, 2002; Suíça, 2003; Rússia, 2003; Roménia, 2003 e Chipre, 2005.

Fora da Europa, podemos destacar, a título de exemplo, a lei de Israel (*Patient's Rights Act*, de 1996) e na Nova Zelândia (*The HDC Code of Health and Disability Services Consumers' Rights Regulation*, 1996). Nos Estados Unidos da América, quase todos os Estados têm uma lei sobre direitos dos pacientes e a nível federal está em discussão, desde 2006, uma Lei de Direitos dos Pacientes. E, na Argentina, foi promulgada, em 2009, a *Ley sobre Derechos de los Pacientes*.<sup>23</sup>

## II – A INFORMAÇÃO SOBRE RISCOS, EM ESPECIAL OS RISCOS RAROS MAS GRAVES

### 1. O dever de informação

A medicina é uma *actividade de risco*. O dano iatrogénico sucede com frequência e este é independente de negligência do médico ou da instituição hospitalar. Por outro lado, afirmado que está o primado da dignidade humana, a impor um princípio da autodeterminação e do respeito pela integridade física e moral do paciente, só o consentimento devidamente

---

<sup>20</sup> Lei relativa aos direitos dos pacientes, de 22 de Agosto de 2002.

<sup>21</sup> BARENDRECHT/ JANSEN/ LOOS/ PINNA/ CASCÃO/ van GULIK, *Principles of European Law*, Study Group on a European Civil Code, *Service Contracts*, Chapter 7, Sellier, 2007, 781 ff.

<sup>22</sup> BEAUCHAMP, Tom / CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 5<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2001.

<sup>23</sup> B.O. 20/11/09 – Ley 26.529 – SALUD PUBLICA – Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.



esclarecido permite transferir para o paciente os referidos riscos que de outro modo deverão ser suportados pelo médico. Só a pessoa pode decidir o que é melhor para si, para a sua saúde e para o seu corpo.

A norma fundamental no ordenamento jurídico português relativa ao dever de esclarecimento encontra-se no art. 157 do Código Penal, o qual prevê que: “O consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o *diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento...*”.

A concretização do dever de esclarecer os riscos, quer na prática clínica, quer na avaliação jurisdicional revela-se muito problemática. Estamos num domínio em que o casuísmo é a regra e em que as condições e características da relação clínica variam extraordinariamente. Não se encontra aqui uma fórmula jurídica que resolva os concretos problemas do dever de informar. O caminho que se propõe é o de procurar apontar critérios, *standards* e *topoi* que orientem o jurista e o médico na elucidação deste ‘enigma’ que é o dever de esclarecer na relação médico-paciente.

A *finalidade* fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta. Ora, de entre os vários aspectos que devem constar de um adequado cumprimento do dever de esclarecimento, aquele que mais problemas tem levantado na doutrina e na jurisprudência é o relativo à informação sobre os *riscos*, nomeadamente os *riscos graves mas raros*.

O médico tem a obrigação de informar o paciente, mas há dúvidas sobre o *conteúdo* dessa informação. Uma obrigação de informar muito exigente teria muitos custos, na medida em que a sua prática demora tempo, e em geral os pacientes não necessitam de informação hiper-especializada que em nada afecta a sua capacidade de decidir. Por outro lado, o tempo que o médico despende a prestar informação de pouca utilidade marginal, não o aproveita para observar e consultar outros pacientes necessitados, pelo que se impõe fazer uma análise custo/benefício. Demasiada informação que o paciente normalmente não poderá compreender e assimilar pode conduzir a situações em que ele não consegue fazer uma escolha informada.<sup>24</sup>

A informação sobre os riscos é aquela que mais tem levantado dúvidas na doutrina e litígios na jurisprudência.<sup>25</sup> A sua relevância no âmbito da responsabilidade médica é indubitável. Não será

---

<sup>24</sup> BARENDRECHT et al., *Principles of European Law, Service Contracts*, pp. 837-838.

<sup>25</sup> DUPUY, Olivier, *L'information médicale. Information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, p. 116, numa análise estatística da jurisprudência dos tribunais

o consentimento informado, em primeira linha, um instituto que visa permitir a autodeterminação dos riscos assumidos e assim uma delimitação do risco que impendem sobre o médico ou sobre o paciente?

O dever de esclarecer está previsto em várias normas do direito português, que aqui não se justifica apresentar. Perante a diversidade de formulações legais e uma aparente falta de coerência sistemática, optamos por fazer um elenco do conteúdo do dever de informar, com base na lei portuguesa, e na lei, doutrina e jurisprudência de outros países europeus.<sup>26</sup>

Assim, o paciente deve ser esclarecido acerca de:

- O diagnóstico e o estado de saúde do paciente;
- Meios e fins do tratamento;
- Prognóstico;
- A natureza do tratamento proposto;
- Consequências secundárias do tratamento proposto;
- Riscos e benefícios do tratamento proposto, em especial dos riscos frequentes e dos riscos graves;
- As alternativas ao tratamento, bem como os riscos e consequências secundárias de tratamento alternativo;
- Riscos e consequências secundárias da recusa de tratamento;
- Aspectos económicos do tratamento.

## 2. A informação sobre riscos do tratamento

De todos estes parâmetros, o que gera mais controvérsia doutrinal e jurisprudencial é o dever de informar sobre os *riscos graves, mesmo que raros*. Na Europa podemos distinguir duas orientações dominantes.

Segundo uma orientação mais autonomista, o médico deve revelar *todos os riscos muito graves* (morte, paralisia, incapacidade grave para o trabalho), mesmo que a sua frequência seja excepcional ou rara. É o entendimento em França, primeiro na *Cour de cassation* (1998) e

---

superiores franceses, demonstra que a esmagadora maioria dos litígios analisados se prendem com a informação sobre os *riscos da intervenção*.

<sup>26</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. PEREIRA, André Gonçalo DIAS, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 369 a 443.

depois também no *Conseil d'État* (2000).<sup>27</sup> A lei de 2002 parece não ter alterado o entendimento jurisprudencial.<sup>28</sup>

Segundo uma orientação mais moderada, o médico deve revelar os riscos graves que sejam *previsíveis*. Foi esse o caminho seguido pela *lei espanhola*, que impõe a informação sobre “os riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente e os riscos prováveis em condições normais, de acordo com a experiência e o estado da ciência ou directamente relacionados com o tipo de intervenção” e pela *lei belga*, segundo a qual o doente tem o direito a ser informado acerca dos “riscos normalmente previsíveis”.

Que caminho seguir?

Normalmente um tratamento não apresenta apenas aspectos positivos e não se revela isento de riscos ou incertezas. Nessa medida, a informação deve abranger as vantagens e inconvenientes do tratamento proposto. Tradicionalmente, a ética médica não aconselhava a revelação dos riscos aos doentes, antes encorajava os médicos a esconder a informação dos pacientes quando estes pudessem ficar desmoralizados ou pudesse levar a que estes rejeitassem o tratamento.

No século XXI não é admissível que esta ética médica ainda mereça acolhimento. A mudança no pensamento ético deverá ser acompanhada por mudanças na realização do direito e, sobretudo, na vivência quotidiana da relação clínica.

O dever de informar e esclarecer é um dos pilares da doutrina do consentimento informado, que visa dar verdadeira efectividade ao direito à autodeterminação nos cuidados de saúde. Contudo há algumas divergências a respeito da medida da informação.

O Projecto de Lei n.º 413/XI/2.<sup>a</sup>, actualmente em discussão na Assembleia da República prevê a seguinte norma: (Artigo 2.º, n.º 4): “A informação não abrange os riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável, salvo se o doente a solicitar.”

### 3. Síntese problematizante

Durante a última década houve uma clara evolução no sentido da protecção do consentimento informado e da autonomia do paciente. Recentemente, porém, alguns autores e tribunais têm

---

<sup>27</sup> NYS, Herman, Report on Medical Liability in Council of Europe Member States, Council of Europe, 2005.

<sup>28</sup> PINNA, Andrea, Le nouveau droit français de l'obligation d'information sur les risques médicaux, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 2004, p. 83.

assinalado que a hipertrofia do direito à informação está a criar um fenómeno de medicina defensiva, de burocratização da relação médico-paciente e de alguma desconfiança ou mesmo crispação entre médicos e pacientes que se deseja sejam parceiros na actividade médico-terapêutica.

Atribuir *a posteriori* indemnizações avultadas a um ou outro autor de uma acção de responsabilidade médica por violação do dever de esclarecimento pode ter contribuído para uma efectivação dos direitos dos pacientes. Mas neste momento, em alguns países, está-se já a verificar uma fractura na relação clínica e, mediatemente, a prejudicar a correcta alocação de recursos nos cuidados de saúde.

O *princípio da justiça* impõe que a responsabilidade médica se mantenha dentro de níveis que visem a preservação dos *standards*, em termos técnicos e em termos deontológicos, mas que não se extravase para uma conflituosidade estéril que em última análise viole os princípios da justiça distributiva e prejudique os próprios pacientes.

### III - ÓNUS DA PROVA DO CONSENTIMENTO

#### 1. Colocação do problema

O ónus da prova é, em geral no direito, uma matéria decisiva na resolução concreta dos litígios. Ora, nesta matéria – responsabilidade médica por violação do consentimento informado - a determinação do *onus probandi* é ainda mais importante, por várias razões. Estamos a tratar de factos em que, em regra, há pouca exposição pública: a relação médico-paciente acontece num ambiente de privacidade, de resguardo e alguma sacralidade. Para além disso, a ilicitude reside nestas acções, num *não cumprimento* ou *cumprimento defeituoso* de uma *prestação de facere* cujo objecto não é fisicamente palpável: estamos a lidar apenas com palavras, com informações e conselhos. A prova é, pois, difícil, e ainda mais se pensarmos em termos de prova de facto negativo, em que esse *non facere* não é demonstrável por processos mecânicos, físicos ou químicos.

Relativamente ao ónus da prova encontramos também uma divisão na Europa. Na Inglaterra, o paciente tem o ónus da prova de que o médico não cumpriu adequadamente o seu dever de informar e de obter o consentimento informado. Na maioria dos países de Direito Civil ou Direito Continental (por exemplo, na Áustria, Alemanha, França, Bélgica, Itália, Portugal e Espanha) esse ónus recai sobre o prestador de cuidados de saúde.

Os principais argumentos em favor desta tese são os seguintes:

- A impossibilidade de provar um facto negativo (não ter sido informado)<sup>29</sup>
- O consentimento informado é uma causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física, pelo que a parte que usa essa defesa (facto impeditivo) deve alegar e provar que se verificam os seus requisitos.
- A ideia de *igualdade de armas no processo* e de *igualdade na aplicação do direito*<sup>30</sup>

Na Alemanha, os tribunais superiores, incluindo o Tribunal Constitucional, têm apelado à necessidade de trazer às acções de responsabilidade médica uma igualdade de armas (“*Waffengleichheit im Prozess*”),<sup>31</sup> ou uma igualdade na aplicação do direito (“*Rechtsanwendungsgleichheit*”).<sup>32</sup>

Tradicionalmente, nos países latinos, entendia-se que esta prova estava a cargo do paciente. Parte-se do raciocínio de que aquele que invocar um direito tem de fazer a prova dos factos *constitutivos* do direito alegado (art. 340º, n.º1 CC). Ora aqui o direito em causa seria o direito a uma indemnização por intervenção médica arbitrária (isto é, sem consentimento). Assim, o Autor teria de provar a realização da intervenção médica, a falta de consentimento e os danos daí causalmente resultantes. Esta doutrina obrigaria, pois, o paciente a fazer a prova de que não prestou o consentimento. Ora, chama-se, na literatura processualista, a este fenómeno a *prova de facto negativo*.

Por outro lado, já concluímos que a intervenção sem consentimento (ou o consentimento sem informação adequada) traduz-se tecnicamente numa *ofensa corporal*. Assim sendo, como ensina Deutsch, a intervenção pressupõe – para ser lícita - o *consentimento informado* do paciente, pressupõe que se verifique a existência de uma *causa de justificação*. A causa de justificação da ilicitude deve ser vista como um *facto impeditivo* do direito invocado. Concretizando, a acção do médico só é lícita se se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, será o médico a suportar o ónus da prova.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> André Gonçalo DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, p. 190-200.

<sup>30</sup> LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm, *Arzthaftungsrecht*, München, 2003, 981.

<sup>31</sup> Cfr. RATAJCZAK / STEGERS (Schriftleitung), «*Waffen-Gleichheit*» - *Das Recht in der Arzthaftung*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2002, *passim*.

<sup>32</sup> LAUFS / UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 981.

<sup>33</sup> DEUTSCH, Erwin, *Medizinrecht*, p. 78.

Por força destes e outros argumentos, nos últimos anos, tem-se verificado uma evolução da jurisprudência nos países latinos (Espanha, França, Bélgica) que tende a impor ao médico a prova de que recebeu correctamente o consentimento do paciente. O problema discute-se, sobretudo, a propósito da prova de que o médico não prestou todas as informações devidas.

## 2. O ónus da prova da prestação da informação

A prova da falta de informação é ainda mais difícil do que a prova da ausência do consentimento. A orientação dominante é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

Em França não persiste qualquer dúvida quanto ao *onus probandi* da informação, uma vez que a *lei de 4 de Março* prescreve que “em caso de litígio, compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova de que revelou a informação nos termos exigidos pela lei. Essa prova pode ser feita por qualquer modo.”

Pelo lado do médico, a jurisprudência francesa tem admitido que se lance mão da prova por presunções. Como afirma Sargos “o recurso às presunções apresenta a vantagem de poder aplicar-se a todas as situações anteriores à inversão do ónus da prova e limitar, por esta via, as consequências que poderiam resultar excessivas.”<sup>34</sup>

Figueiredo Dias e Sinde Monteiro<sup>35</sup> chamam a atenção que “o juiz pode ter em conta na apreciação da prova as chamadas “presunções judiciais, simples ou de experiência” (artigos 349º e 351º CC), que são as ilações que o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido, e que se inspiram nas “máximas da experiência, nos juízos de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana”. Esta prova por presunções está, segundo os Autores, muito próxima da *prima facie Beweis* germânica e da doutrina anglo-saxónica da *res ipsa loquitur*. Este raciocínio deve valer não só para os casos de erro médico, mas também para os litígios relativos ao consentimento informado. De forma mais

---

<sup>34</sup> SARGOS, Pierre, “Modalités, preuve et contenu de l’information que le médecin doit donner à son patient”, *Médecine et Droit*, 27, nov-dec, 1997, pp. 1-3.

<sup>35</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, 1984, p. 31.

específica, Sinda Monteiro entende que a prova do consentimento pode ser facilitada se concluirmos que *no serviço em causa há certos procedimentos que não são respeitados*.<sup>36</sup>

A consequência desta posição é que os médicos passam a ter interesse em dispensar a informação por escrito para pré-constituir a prova de que cumpriram a sua obrigação. Mas, como veremos, mais do que a banalização do formulário, deve-se investir no cumprimento de outro dever legal: o de *registo das informações clínicas* e o *bom preenchimento do dossier clínico*. Este é a melhor meio de prova para os médicos.

Na *Alemanha*, é pacífico que sobre o médico impende ónus de provar que preencheu os pressupostos do consentimento justificante e isto quer a acção se funde em responsabilidade contratual, quer extracontratual. Assim terá o médico de provar que deu os esclarecimentos devidos, com todas as circunstâncias relevantes para o caso, as alternativas, as consequências e os riscos, etc.

Havendo violação do dever de esclarecimento, o consentimento é *ineficaz*, e assim toda a intervenção médica é tida como ilícita. Basta, pois, a *alegação* por parte do paciente nesse sentido e o médico tem – como pré-condição da causa de justificação do consentimento<sup>37</sup> – o ónus da prova de que esclareceu adequadamente o paciente.

Se o médico não conseguir provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de uma causa de justificação, recai sobre ele todo o risco de responsabilidade da intervenção médica, bem como os fracassos da intervenção, os efeitos secundários não controláveis e outros danos resultantes da intervenção.<sup>38</sup>

A doutrina portuguesa dominante concorda que o ónus da prova da existência de esclarecimento recai sobre o médico ou sobre a instituição de saúde. Entendem que o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, pelo que “*a prova dos factos impeditivos do direito*

---

<sup>36</sup> A elasticidade da presunção judicial já tem sido testada nos nossos tribunais. O Acórdão do STA, de 9-3-2000, ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) decidiu que: “não tendo os lesados alegado que a recusa de aceitação da prestação de cuidados de saúde por parte do paciente resultou de incumprimento do dever de informação por parte do médico, está vedado extrair a conclusão da violação desse dever, mediante *presunções judiciais*, apenas com base na irracionalidade dessa recusa.” Resulta deste sumário, que o STA entendeu, neste Acórdão, que sobre o paciente (ou os lesados) impende o ónus da prova do defeituoso cumprimento do dever de informar.

<sup>37</sup> Assim TAUPITZ, Jochen, ‘Landesbericht Deutschland’, in Jochen TAUPITZ (Ed.) *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000, p. 289.

<sup>38</sup> Cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78; LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 507; e GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arztpflicht*, München, Verlag Franz Vahlen, 2000, p. 158.

*invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*”, isto é, o ónus da prova do consentimento, como *causa de exclusão da ilicitude*, cabe ao médico (art. 342º, n.º 2 do CC).<sup>39</sup>

Numa palavra, o consentimento é uma causa de justificação e a informação adequada constitui um pressuposto da sua validade, pelo que poderemos considerar o consentimento em termos probatórios como um *facto impeditivo*. Nos termos do art. 342º, n.º 2, a prova destes factos compete àquele contra quem a invocação é feita, isto é, ao médico.

Por outro lado, a doutrina processualista ensina que a prova de factos negativos se trata de uma *prova diabólica*.

Tendo em conta o princípio do equilíbrio processual, da impossibilidade da prova do facto negativo, a facilidade relativa da prova para o médico (já que este é um perito e o paciente é um leigo<sup>40</sup>) e os exemplos do direito estrangeiro, nomeadamente as recentes evoluções nos países latinos, entendo, com Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro, Costa Andrade e Capelo de Sousa que o *onus probandi* do cumprimento do dever de informar e do dever de obter o consentimento recai sobre o réu.

Em coerência com esta doutrina o Projecto de Lei nº 413/XI/2.<sup>a</sup> em análise na Assembleia da República prevê a seguinte proposta normativa:

“Artigo 3.º (Forma e prova da informação)

1. A informação é prestada numa entrevista, em linguagem acessível e adequada, ou por qualquer outro meio idóneo.
2. Para além dos casos especialmente previstos na lei, a informação é escrita no caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente.
3. Em qualquer caso, a informação prestada fica registada no processo clínico.
4. Compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova, por qualquer modo, de que prestou a informação nos termos exigidos pela lei.”

## IV – AS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE

### 1. Cidadania, Autonomia e Fim de Vida

A cidadania emerge como um conceito fulcral deste início do século XXI. O homem e a mulher assumem-se como pertencentes a uma comunidade organizada, como titulares

<sup>39</sup> CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 193 e ss., FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 39, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, 1990, p. 458 ss. e CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, p. 221, nota 446.

<sup>40</sup> TAUPITZ, Jochen, ‘Landesbericht Deutschland’, *cit.*, p. 292..



autónomos de direitos e deveres, aspirando ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Não se trata de afirmar um mero direito à diferença, de cariz negativo, antes da consagração de uma concepção personalista autêntica que compreende cada pessoa como a titular da pretensão a ‘escrever a sua biografia’ (Dworkin).

Os direitos humanos, os direitos da pessoa humana, que constituem o cerne da cidadania, começaram o seu trajecto como expressão de protecção da pessoa face ao Estado, em especial no direito penal e processual penal, no direito fiscal, no direito penitenciário e no direito de polícia. Mas hoje assume uma nova faceta nos direitos fundamentais de terceira, quarta e de quinta geração; a cidadania abrange as múltiplas dimensões da pessoa, não apenas enquanto *homo faber* e sujeito passivo de uma relação tributária; antes como ente dinâmico no ambiente, na saúde, no desporto, na cultura, no património cultural... Defender os direitos dos pacientes é, pois, pugnar por uma sociedade mais justa e mais solidária.

Os avanços da medicina e da farmácia permitem hoje prolongar a vida muito além daquilo que acontecia em gerações anteriores. Felizmente, o progresso da humanidade, através do uso da razão e da ciência, tem permitido melhorar muitos índices da vida humana, pelo menos no mundo industrializado. Esta mesma hodierna realidade da medicina permite um diagnóstico mais precoce de certas patologias, bem como o traçar de um prognóstico mais ou menos seguro da evolução da doença. Com o envelhecimento da sociedade e a medicalização da ancianidade, o número de pessoas que podem prever vir a necessitar de uma intervenção médica numa altura em que já estejam incapazes de decidir tem tendência a aumentar, designadamente no âmbito das chamadas doenças neuro-degenerativas.

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

Para estes grupos de casos e muitos outros, sente-se a necessidade de definir o regime jurídico das declarações antecipadas de vontade.

A escolha efectiva do paciente tem vindo a ganhar espaço de actuação na medida em que se ultrapassem as barreiras colocadas pelo requisito da actualidade do consentimento. Neste sentido, cada vez mais ganha força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é mesmo o melhor referente para a decisão terapêutica, advogando-se a autonomia prospectiva.<sup>41</sup> Isto conduz-nos ao estudo dos testamentos de paciente e dos procuradores de cuidados de saúde.

## 2. Vantagens e desvantagens do “living will”

Ao testamento do paciente costumam ser apontadas certas vantagens. Primeiramente, têm por base a vontade do paciente<sup>42</sup> e permitem a realização do direito à *autodeterminação preventiva*<sup>43</sup>, a autonomia *prospectiva*. Ronald Dworkin insiste no respeito pela autonomia dos pacientes, sobretudo no respeito pelas instruções que estes tenham dado quanto à aceitação ou rejeição de tratamentos de prolongamento artificial da vida, e especialmente em casos em que essas instruções são antecedentes de um processo de demência progressiva e incurável.<sup>44</sup> Por outro lado, o *testamento em vida* reduz o impacto emocional de tomar decisões aos familiares e aos médicos. Podem ainda ser defendidos como refração do princípio constitucional da *liberdade de expressão do pensamento e de culto*. Sobretudo, e esta é a grande razão histórica do seu aparecimento, apresenta-se como uma barreira à obstinação terapêutica ou “encarniçamento terapêutico”, visando com isso a preservação da dignidade humana no fim da vida.<sup>45</sup>

Em sentido contrário, invoca-se que o consentimento não é actual e que pode trazer grave prejuízo ao paciente já que pode ter havido evolução da medicina e pode ser uma

---

<sup>41</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Life's Dominion: an argument about abortion and euthanasia*, London, Harpen Collins Publishers, 1993, p. 226. Cfr. BEAUCHAMP, Tom/ CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 5<sup>th</sup> Edition, New York - Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 103.

<sup>42</sup> KERN, Gerson, *Limitierte Einwilligung*, Viena, Manz, 1999, p. 195, dá relevo à ideia da autonomia perante a morte e ao facto de o testamento de paciente apenas tocar bens jurídicos do próprio.

<sup>43</sup> UHLENBRUCK, Wilhelm, “Der patientenbrief – die privatautonomie Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod”, *NJW* 1978, 569, um defensor da eficácia dos ‘testamentos de paciente’, afirma de forma impressiva: “o homem vivente, como presumível moribundo, [dem Lebendem als präsumtivem Sterbenden] deve ter a possibilidade de exprimir uma vontade que vincule o médico, após ter sido devidamente informado sobre o quadro da doença”.

<sup>44</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Life's Dominion: An Argument About Abortion and Euthanasia*, p. 213.

<sup>45</sup> IAPCHINO, Lucilla, *Testamento biologico e direttive anticipate*, *Ipsos* - 2000 p. 68. TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, TAUPITZ, Jochen (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Springer, 2000, p. 273, apresenta – de forma muito expressiva – a autonomia do paciente no final da vida como a protecção contra o abandono da pessoa como “entwürdiges Objekt der Apparatedizin”.

Na Bélgica, a lei que regula a *eutanásia* admite, no seu Capítulo III, que o paciente realize uma directiva em que manifesta o desejo de que seja praticada a eutanásia numa altura em que já não esteja capaz de exprimir a sua vontade.

declaração antiga e ultrapassada. Sobretudo, os detractores destes documentos, entendem que a pessoa em situação de saúde pode ter uma opinião diferente quando está em luta contra a dor e a morte.<sup>46</sup> Por último, necessariamente haverá dificuldades na sua aplicação, dada a imprecisão da terminologia. Os *living wills* procuram afastar a “medicalização” da morte, mas trouxeram a sua “jurisdicionalização”, o que pode afectar gravemente a relação médico-paciente.<sup>47</sup>

O *testamento de paciente* consiste num documento escrito por uma pessoa maior e capaz, na presença de testemunhas ou perante um Notário ou Advogado, e que contém declarações antecipadas de vontade a respeito dos tratamentos que deseja ou não receber, tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio.<sup>48</sup>

Em alternativa ou cumulativamente, pode o paciente designar um “procurador de cuidados de saúde”, o qual tomará as decisões por ele. A efectividade deste instituto dependerá de o paciente e o procurador terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz.

### 3. Alguns modelos de regulação legislativa

Muitos países contam com legislação sobre *testamentos de paciente e procuradores de cuidados de saúde*. Originários dos Estados Unidos, foram adoptados por outros países anglo-saxónicos, do centro e norte da Europa, mas também – ao longo da última década – da Europa do sul e latina, designadamente em Espanha.

O *living will* foi legalizado na Califórnia a 1 de Outubro de 1976 (*Natural Death Act*) e, em 1991, 42 Estados norte-americanos tinham reconhecido o valor jurídico destes testamentos, sendo que a 1 de Dezembro de 1991, o *Patient Self-Determination Act* impõe aos estabelecimentos de saúde (com financiamento federal) que informem os pacientes sobre os cuidados de saúde e sobre os direitos de consentir ou de recusar o tratamento e de realizar directivas antecipadas.<sup>49</sup> Por outro lado, estabelece que no caso de não respeito pelas vontades

---

<sup>46</sup> Cfr. NYS, Herman, “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (‘living wills’)”, *European Journal of Health Law* 4, 1997, p. 181.

<sup>47</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, p. 355.

<sup>48</sup> HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, 1998, p. 352. Cfr., também BOYD/ HIGGS/ PINCHING, *The New Dictionary of Medical Ethics*, BMJ, 1997, p. 7, segundo os quais, naturalmente à luz do direito inglês, a recusa de tratamento antecipada, por parte de um adulto capaz, é vinculativa: a) no caso de tratamentos especificados (v.g., de uma Testemunha de Jehová) e b) no caso de tratamentos de conservação da vida (v.g., no caso de estado vegetativo permanente).

<sup>49</sup> HERZOG, Peter, “Landesbericht USA”, in TAUPITZ, Jochen, (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Springer, 2000, pp. 963-1045 (963), recorda-

escritas, os profissionais incorrem em sanções disciplinares.<sup>50</sup> De acordo com a legislação de muitos estados, exige-se que essa vontade seja expressa por *escrito* e, em regra, com a *assinatura de duas testemunhas*.<sup>51</sup>

A doutrina majoritária, na Europa, afirma que se a recusa está claramente assente, não podemos invocar o “estado de necessidade” para justificar a intervenção clínica, apesar das boas intenções do médico.<sup>52</sup> Por outro lado, os médicos têm o ónus da prova de que a diretiva antecipada estava ultrapassada ou não correspondia aos desejos do paciente.<sup>53</sup>

Esta tese é ainda sufragada, entre outras instâncias, pelo Comité Nacional de Ética da Alemanha,<sup>54</sup> e, a nível internacional, pelo Código de Ética para a Doação de Sangue e a Transfusão, adoptado pela Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue.<sup>55</sup>

“2. Patients should be informed of the known risks and benefits of blood transfusion and/or alternative therapies and have the right to accept or refuse the procedure. *Any valid advance directive should be respected.*”

Em Espanha, as “*instrucciones previas*” estão legalmente previstas, abrangendo quer a hipótese de directivas de tratamento, quer a nomeação de um “representante” que sirva como interlocutor com o médico ou a equipa de saúde para procurar o cumprimento das instruções prévias. A *Ley 41/2002, de 14 de Novembro*, relega para o direito das Comunidades Autónomas a regulamentação desta matéria.

Já antes, a *lei dos direitos dos pacientes da Catalunha* regula, no art. 8, as “*voluntats anticipades*”. O documento de vontades antecipadas é o documento dirigido ao médico responsável, no qual uma pessoa maior de idade, com capacidade suficiente e de modo livre,

---

nos que o direito privado é da competência estadual. Porém, algum esforço de harmonização legislativa tem vindo a ser realizado, já que a Federação tem algumas competências em matéria de saúde e os trabalhos da *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* já tenham produzido, no âmbito que agora tratamos, o *Uniform Rights of the Terminally Ill Act* (1985) e a *Uniform Health Care Decisions Act* (1993).

<sup>50</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. IAPICHINO, Lucilla, *Testamento Biologico e Direttive Anticipate – Le Disposizioni in Previsione dell’Incapacità*, IPSOA, 2000, p. 28 ss.

<sup>51</sup> HERZOG, Peter, “Landesbericht USA”, in Taupitz, J (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000, p. 979.

<sup>52</sup> KENNEDI I/ GRUBB A, *Medical Law*<sup>3</sup>, Butterworths, 2000, 970. Cfr. Tb. KERN, Gerson, *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Manz, 1999, p. 192.

<sup>53</sup> TAUPITZ, Jochen, ‘Landesbericht Deutschland’, in Taupitz, J (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000, 365.

<sup>54</sup> Cfr. German National Ethics Council, *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005: “The National Ethics Council believes that a mentally competent person must have the right, in order to provide for the possibility of his ceasing to be mentally competent at some future date, to draw up an advance directive containing binding stipulations for or against subsequent medical treatment. (...)”

<sup>55</sup> “*Code of Ethics for Blood Donation and Transfusion*”, Assembleia Geral da International Society of Blood Transfusion, 12 de Julho de 2000. Este Código foi elaborado com o apoio técnico e adoptado pela Organização Mundial de Saúde.

exprime as instruções a ter em conta, quando se encontre numa situação em que as circunstâncias não lhe permitam exprimir pessoalmente a sua vontade. A lei admite também a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. Neste documento, a pessoa pode também designar um *representante* que a substitui no caso de esta não poder exprimir a sua vontade e que é o interlocutor válido e necessário ante o médico ou a equipa sanitária. No que respeita às exigências de forma, o documento ou é outorgado perante o *Notário*, caso em que não é necessária a presença de testemunhas, ou, em alternativa, pode ser redigido perante *três testemunhas* maiores de idade e em plena capacidade de exercício, das quais duas não podem ter qualquer relação de parentesco até ao segundo grau nem relações patrimoniais com o outorgante. A lei da Catalunha não admite a validade de testamentos de paciente com previsões contrárias ao ordenamento jurídico (v.g., a prática de eutanásia) ou à boa prática clínica, ou que não correspondam exactamente aos supostos de facto que o outorgante havia previsto (v.g., no caso de haver uma evolução técnica que torna determinado tratamento mais seguro e menos doloroso). Neste caso, deve o médico documentar no dossier clínico do paciente a sua decisão, justificando a não obediência à directiva. O procedimento previsto de forma a dar publicidade ao testamento vital é o de a pessoa ou os seus familiares ou o seu representante levarem o documento ao centro de saúde de serviço da pessoa. Esse documento deve integrar-se na *história clínica* do paciente.

O *Comité national d'éthique de França*, já em 1998, havia proposto que fosse estudada a possibilidade de qualquer pessoa designar um representante encarregado de ser o interlocutor dos médicos no momento em que o doente está incapaz de exprimir ele mesmo as suas escolhas.<sup>56</sup> A *Loi du 4 mars* veio permitir a nomeação de um representante para efeitos de cuidados de saúde. Essa pessoa deve ser um familiar, um amigo ou mesmo o médico assistente. Os doentes devem mesmo ser encorajados a fazê-lo quando são hospitalizados. Este regime não vale (em regra) para o caso dos adultos incapazes com representante legal.

Em 2005, foi aprovada a *Loi n°2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie*, que prevê:

“Toda a pessoa adulta pode redigir directivas antecipadas para o caso de um dia estar em estado de incapacidade de exprimir a sua vontade. Essas directivas antecipadas indicam os desejos da pessoa relativos ao fim de vida que respeitam às condições da limitação ou cessação de tratamento. Elas são revogáveis a todo o momento.

---

<sup>56</sup> Comité National d'Éthique, *Avis du 12 juin 1998*.

Desde que as directivas tenham sido redigidas há menos de três anos antes do estado de inconsciência da pessoa, o médico toma-as em conta para qualquer decisão de investigação, de intervenção ou de tratamento relativo ao doente.” (tradução livre)<sup>57</sup>

Assim, o direito francês admite a validade das directivas antecipadas mas reconhece-lhe uma *eficácia meramente indicativa*. Os requisitos formais são de que a declaração seja escrita e que haja sido redigida três anos antes de o estado ter *entrado em estado de inconsciência*.

Num modelo radicalmente autonomista, a lei alemã de 1 de Setembro de 2009 (relativa ao *Patientenverfügung* ou *Patiententestament*) aceita a validade e eficácia vinculativa das declarações antecipadas de vontade, apenas exigindo que estas tenham sido redigidas *por escrito*, não impondo qualquer procedimento de consulta, nem sequer estabelecendo um prazo de validade da mesma declaração. Porém, o paciente pode, na sua redacção, conferir um *variável grau de vinculatividade*.

#### **4. O procedimento como chave de resolução.**

No momento em que escrevemos Portugal ainda não conta com uma regulamentação deste instituto, estando quatro projectos em análise na Comissão de Saúde da Assembleia da República. Mas já hoje podemos afirmar, com segurança, que tais documentos são válidos, embora a sua eficácia (vinculativa ou indiciária) ainda não esteja determinada pelo legislador.

Esta afirmação decorre da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, cujo artigo 9.º afirma: “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.”

O Conselho da Europa veio reforçar a necessidade de os Estados-Parte regularem este instituto pela Recomendação (2009)11 do Comité de Ministros<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Art. L1111-11 : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment./ A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant./ Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées.

<sup>58</sup> Recommendation CM/Rec (2009) 11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity Recommends that governments of member states promote self-determination for capable adults by introducing legislation on continuing powers of attorney and advance directives ... Principle 15 – Effect: 1. States should decide

Estes institutos dos testamentos de paciente e da procuração de cuidados de saúde são ainda aceites pela prática notarial portuguesa, pelo Código Deontológico da Ordem dos Médicos (art. 46.º, n.º2), e vão de encontro ao espírito da Lei n.º 33/2009 de 14 de Julho e da Lei n.º 106/2009 de 14 de Setembro, acima analisadas, bem como das orientações éticas do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

Sendo doutrina comum que o doente tem o direito de recusar tratamento, mesmo que isso cause uma diminuição do seu tempo de vida,<sup>59</sup> já o direito a uma recusa antecipada é objecto de densa e dura discussão na opinião pública e entre especialistas de bioética em Portugal.

Donde, venho advogando a criação de um sistema procedimental de emanação de declarações antecipadas de vontade que garantam a sua liberdade e esclarecimento, bem como a segurança na sua utilização.

Em primeiro lugar, um *médico* deveria ser envolvido no processo de aconselhamento de um testamento do paciente. Esse profissional permite assegurar o esclarecimento e a liberdade do paciente que assume – antecipadamente – uma decisão tão radical. Em segundo lugar, a assinatura desse documento deveria ser feita junto de um *Notário*, que asseguraria a capacidade, o esclarecimento e a liberdade do paciente.

Em Portugal, apesar de ainda não haver uma lei regulamentadora, várias normas permitem defender a validade das declarações antecipadas de vontade.

Em primeiro lugar, a Constituição da República Portuguesa reconhece o direito à integridade pessoal (art. 25.º), incluindo a Integridade física e a integridade moral, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º), no qual se inclui o direito à autodeterminação dos cuidados de saúde.

Na nossa opinião deveremos alcançar um equilíbrio dinâmico entre a titularidade dos direitos e a protecção das pessoas em situação de vulnerabilidade. Donde se deve advogar quer a recusa de um *solipsismo radical*, quer da perda da subjectividade da decisão. Nesse sentido, dos vários modelos disponíveis no direito comparado europeu, afastamo-nos quer do hiper-autonomista modelo alemão, que com a *Patientenverfügungsgesetz*, em vigor desde 1 de Setembro de 2009, confere valor *vinculativo* a uma declaração lavrada em documento escrito,

---

to what extent advance directives should have *binding effect*. Advance directives which do not have binding effect should be treated as statements of wishes to be given *due respect*.

<sup>59</sup> Tese aceite pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, designadamente no Parecer sobre objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos (46/CNECV/2005), mais exactamente nas conclusões 3. 4. 5. e 6. Cfr. [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487\\_P046\\_ParecerTestemunhasJeova.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf)

sem limite de tempo e sem consulta médica prévia, quer do limitador modelo francês, que, pela lei de 22 de Abril de 2005, relativa aos direitos dos doentes e ao fim de vida regula os “*testament de fin de vie*” ou “*directives anticipées*” como um documento não vinculativo, com um prazo de validade de 3 anos, que impõe ao médico o dever de justificar uma decisão contrária à *instrução prévia*. Ou seja, o médico deve “*ter em conta* em toda a decisão de investigação, de intervenção ou de tratamento relativo ao doente.”

Parece-nos que o modelo austríaco, plasmado na lei de 8 de Maio de 2006, que institui um sistema binário deveria ser acolhido. Aí são permitidas quer as Directivas vinculativas (como na Alemanha), quer as Directivas não vinculativas (como em França). Mas para que a declaração antecipada de vontade seja vinculativa exige-se que esta seja procedida de uma consulta médica e que o testamento de paciente seja redigido e assinado perante Notário, Advogado ou Associação de pacientes. Este modelo aposta no chamado controlo através do procedimento (Habermas, Luhmann), ao impor uma consulta médica, que garante a informação e capacidade da pessoa, e a redacção junto de um Notário (ou Advogado), por definição o garante da liberdade, neste caso da ausência de coacção no momento da emissão da declaração.<sup>60</sup>

Foi neste mesmo sentido que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida se pronunciou, no Parecer 59/CNECV/2010, Parecer sobre os Projectos de Lei Relativos às Declarações Antecipadas de Vontade:<sup>61</sup>

“7. O CNECV recomenda que, atendendo a que uma *declaração antecipada de vontade* pode conter disposições de recusa e disposições onde se fazer pedidos concretos, a legislação encare, de forma explícita e distinta, essas variantes declarativas, nomeadamente quanto à respectiva força vinculativa, uma vez que, considerando o princípio da autonomia e outros factores igualmente relevantes do ponto de vista ético:

**7.1.** no caso de recusas de intervenções ou terapêuticas, estas recusas terão carácter vinculativo desde que observados os requisitos de garantia da genuinidade da declaração adiante indicados;

**7.2.** 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.”

---

<sup>60</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Declarações Antecipadas de Vontade: vinculativas ou apenas indicativas?”, in ANDRADE, Manuel da Costa / ANTUNES, Maria João / SOUSA, Susana Aires de (Org.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 823-831; IDEM, “Advance Directives: Binding or Merely Indicative? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation,” *European Journal of Health Law* 16, Number 2, 2009, pp. 165-171, IDEM, “Cidadania no fim de vida: o Testamento de Paciente e o Procurador de Cuidados de Saúde, *Revista Brasileira de Direito Médico e da Saúde*, Editora Livro Rápido, Recife, 2011, no prelo.

<sup>61</sup> [http://www.sanchoeassociados.com/sancho/noticias/Par59\\_CNECV\\_2010.pdf](http://www.sanchoeassociados.com/sancho/noticias/Par59_CNECV_2010.pdf)



“8. O CNECV recomenda que a legislação seja clara no que se refere aos requisitos formais que possam dar eficácia às disposições de recusa.

Deste modo, a formalização por escrito da *declaração antecipada de vontade* perante notário ou autoridade equivalente deverá ser factor de garantia de validade do documento, desde logo pela atestação da capacidade e da liberdade do declarante e pela respectiva datação efectiva.”

Com este paradigma assegura-se um equilíbrio entre a *dimensão material* (carácter vinculativo da declaração antecipada) – que se afigura controversa na doutrina – e a *dimensão procedimental*, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situação de *vulnerabilidade*.

Vulnerável, sem dúvida. *Mas cidadão!* Titular de direitos fundamentais, senhor da cidade, o Homem livre tem o inalienável direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da Constituição), ou seja, a *escrever a sua biografia*.