

20 ANOS

Lex Medicinæ
Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 20 - n.º 39 - 2023
Publicação Semestral
Edição Gratuita

Centro de
Direito Biomédico

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integrada no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR/04643/2019)

Research area “Vulnerability and Law” / Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra, integrated in the Project “Social challenges, uncertainty and law” (UID/DIR/04643/2019)



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista (Morada da Redação)

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

3004-528 Coimbra

Telef./Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | 3004-528 Coimbra

Lex Medicinæ

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 20 - n.º 39 - Janeiro/Junho 2023

Publicação Semestral

Execução gráfica

Ana Paula Silva

NIPC 504 190 490

ISSN 1646-0359

N.º de Registo ERC 127770

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

ÍNDICE

	pág.		pág.
DOCTRINA			
Taynara Oliveira de Almeida · Luciana Dadalto		Mónica Vieira	
<i>Benefícios do Planejamento Antecipado de Cuidados</i> 7		<i>O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado e a (In)Capacidade Para Consentir em Ato Médico</i> 93	
Armindo Jelembi		Mia Negrão	
<i>Inteligência Artificial, Ética e Autonomia Pessoal</i> 15		<i>A Episiotomia Como Forma de Mutilação Genital Feminina à Luz Do Artigo 144º-A do Código Penal</i> 121	
Paulo Jorge Mantas Parreira		Thaís N. Cesa e Silva	
<i>A Saúde Pública em Portugal</i> 37		<i>Recensão</i> 135	
Marta Susana Lobo			
<i>Responsabilidade Médica e Inteligência Artificial</i> 73			

BENEFÍCIOS DO PLANEJAMENTO DE CUIDADOS

Taynara Oliveira de Almeida(*) · Luciana Dadalto(**)

RESUMO: Planejamento de Cuidados (PC) é um processo onde PCientes refletem e discutem, com familiares e profissionais envolvidos em seu cuidado, sobre seus valores e suas preferências para um momento onde esteja impossibilitado de comunicar seus desejos, garantindo a autonomia dos PCientes e permitindo um tratamento digno. Transferir a responsabilidade das decisões dos familiares para o PCiente, facilita o luto dos que sobrevivem. Não permitir tratamentos fúteis não deve ser considerado abandono do PCiente, mas aumenta a qualidade do cuidado e pode diminuir os custos com tecnologias desnecessárias. A falta de uma conversa franca e abrangente sobre o que é realmente importante para cada indivíduo previne que estes tenham uma melhor qualidade de vida em seus últimos dias.

PALAVRAS CHAVES: Planejamento de Cuidados; Bioética; Tomada de Decisões; Autonomia Pessoal; Direito a Morrer

ABSTRACT: Advance care planning (ACP) is a process that patients reflect and discuss, with family and health professionals involved in their care, about their values and preferences for a moment when they are unable to communicate

* Residente em Cuidados Paliativos pela Escola Superior de Ciências da Saúde do Distrito Federal. Mestre em Administração de Saúde pela University of Southern Indiana, Estados Unidos da América. Bacharel em Enfermagem pela Universidade de Brasília, Brasil. Email: taynaraa91@gmail.com

** Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUCMinas. Sócia da Luciana Dadalto Sociedade de Advogados. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (GEPBio) do Centro Universitário Newton Paiva. Administradora do portal www.testamentovital.com.br. Brasil. Email: luciana@lucianadadalto.com.br

their wishes. It guarantees autonomy for patients and allows a dignified treatment. Transferring the responsibilities of decisions from family to patients, helps the survivors to grieve. Not allowing treatments that are futile should not be considered abandoning a patient, but increases quality of care and can reduce costs with unnecessary technologies. The lack of a frank and comprehensive conversation about what really matters for each individual prevents that they have a better quality in their last days of life.

KEYWORDS: Advance Care Planning; Bioethics; Decision Making; Personal Autonomy; Right to Die

O que é o Planejamento de Cuidados

Com o avanço da medicina e da tecnologia a humanidade passou a ter uma expectativa de vida nunca antes experimentada. Mudou-se também a forma de morrer e conseqüentemente a maneira com que a sociedade vivencia o morrer. Hoje em dia é muito mais comum que pessoas cheguem ao fim de suas vidas com doenças crônicas ou câncer e passe seus últimos dias em um leito hospitalar, fora do aconchego do seu lar e rodeada de profissionais e máquinas que tentam, a todo custo, afastar o fim, que é inevitável (1,2).

No final dos anos 1960 nos Estados Unidos da América (EUA) começaram as primeiras ações na tentativa de retomar o poder do indivíduo sobre as decisões de cuidados de saúde de fim de vida das mãos da medicina paternalista. A inspiração veio dos Termos de Consentimento Livre Esclarecidos

(TCLE) que os hospitais utilizavam na autorização de procedimentos cirúrgicos. Surge então o *Living Will*, um documento simples que permitia que PCientes decidissem sobre algumas das intervenções mais comuns de suporte avançado de vida (SAV), como a intubação e a ressuscitação cardiopulmonar.

Com o passar do tempo, foram-se aprimorando os documentos de tomadas de decisão, passando pelas *advance directives* e os *POLST forms*. Em 1991, foi aprovado o *PCient Self-Determination Act* (PSDA), a lei federal que exigia o cumprimento das decisões de saúde dos PCientes (3).

Conhecidas no Brasil como Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), as *advance directives*, são uma junção de documentos que incluem instruções sobre tratamentos que PCientes gostariam ou não serem submetidos - testamento vital - e indicar a pessoa que tomará as decisões (procurador de saúde) caso o PCiente esteja permanentemente incapaz - mandato duradouro. Ainda que fortemente recomendado, a DAV não requer que procuradores de saúde ou familiares sejam inclusos em seu processo de preenchimento. Seus cenários são pontuais e suas opções de escolha são muitas vezes dicotomas (4–7).

Tais institutos ainda não se faziam suficientes para lidar com as complexidades do processo de morte e morrer e em 1994, tem-se conhecimento do primeiro registro do Planejamento de Cuidados (PC) (8). Em sua primeira versão o PC tinha como objetivo de comunicar aos profissionais de saúde os desejos que se alinhassem com as vontades dos PCientes.

No decorrer dos anos houve uma necessidade de readequar os conceitos e os objetivos do Planejamento de Cuidados afim de que este fosse mais abrangente do que as diretivas antecipadas, hoje considerada um possível produto do PC (9).

Definido em 2017 por um grupo multiprofissional conduzido por Sudore e colaboradores(10)”

“(1) Planejamento antecipado de cuidado é um processo que apoia adultos de qualquer idade ou condição de saúde em entender e compartilhar seus valores pessoais, objetivos de vida e preferencias sobre cuidados médicos futuros.

(2) O objetivo do Planejamento de Cuidados é ajudar a garantir que pessoas recebam cuidados médicos compatíveis com seus valores, metas e preferencias durante uma doença séria ou crônica(10)(1).”

É um processo que inclui não somente o PCiente e os profissionais de saúde, mas familiares e amigos do PCiente que possam vir a se envolver no seu processo de cuidado ou tomada de decisões. É considerado um processo por não ser decidido em apenas um momento, mas requerer diversas reflexões e conversas para a tomada de decisão. É importante também que o PC seja revisado sempre que necessário.

Diversas instituições de saúde ao redor do mundo desenvolveram seus próprios modelos de Planejamento de Cuidados, adaptado para as características da instituição ou da população atendida por ela. Nos Estados Unidos, a pioneira *Respecting Choices*(11) criada no estado de Wisconsin é utilizada por diversas instituições de saúde e possui tradução para várias línguas. O site americano *PREPARE for your care*(12) permite que os usuários naveguem por questionamentos e reflexões. *Advance Care Planning Australia*(13) disponibiliza recursos e informações para seus usuários sobre PC e legislações de cada território austra-

¹ “(1) Advance care planning is a process that supports adults at any age or stage of health in understanding and sharing their personal values, life goals, and preferences regarding future medical care.

(2) The goal of advance care planning is to help ensure that people receive medical care that is consistent with their values, goals and preferences during serious and chronic illness.”

liano. Já a iniciativa do estado americano da Califórnia, *Thinking ahead: my way, my choice, my life at the end*(14) permite que indivíduos com deficiências de desenvolvimento tenham a oportunidade de tomar suas próprias decisões.

O diferencial do PC é sua característica que vai além da decisão sobre cuidados. Esta ferramenta considera a dificuldade de um PCiente saudável de definir quais cuidados ele gostaria de receber ou recusar em uma situação crítica. Proporciona uma reflexão aprofundada sobre o que é qualidade de vida para cada indivíduo. Permite o conhecimento do indivíduo sobre si mesmo, seus valores e metas. Oportuniza uma análise do relacionamento do indivíduo com a sua terminalidade (7,8,15).

Assim, ainda que o PCiente não se sinta confortável em escolher exatamente quais os tratamentos e intervenções receber ou não em um dos múltiplos cenários possíveis de terminalidade, cria uma discussão que empodera família, amigos e equipe de saúde a tomar decisões acertadas no lugar do PCiente, quando necessário.

Planejamento de Cuidados no Brasil

O Planejamento de Cuidados ainda é um conceito muito novo no Brasil e não há ainda modelos específicos desenvolvidos no país para este processo. Porém, o PC encontra arcabouço ético e jurídico nas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). Em 2006, o CFM publicou a resolução 1805/2006 que permite ao profissional médico “...limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (16). E reforça a necessidade de assegurar ao PCiente os tratamentos necessário para o alívio da dor e do sofrimento.

Já a resolução 1995/2012, define as diretivas antecipadas de vontade como “... o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo PCiente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incaPCitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.” (17).

O Código de Ética Médica também veta a prática de procedimentos e tratamentos fúteis e permite a suspensão dos mesmos aos PCientes em condições irreversíveis (18).

Garantindo a autonomia e a dignidade da pessoa humana

De acordo com o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)(19), “Ninguém será submetido à tortura ou tratamento ... desumano ou degradante.” Já a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (20), no seu artigo 3º, afirma que “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade. E ainda, em seu artigo 6º, “qualquer intervenção médica ... só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informações adequadas” (20). A Constituição Federal em seu artigo 5º preconiza que, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” e que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (21).

Sendo assim, é um direito da pessoa humana morrer com dignidade. Tendo suas vontades respeitadas e mantendo o controle de sintomas que possam trazer sofrimento a ela.

“O direito (não o dever) à vida não prevê que o PCiente seja obrigado a se submeter a tratamentos fúteis, quando já não existem possibilidades de recuperação. O direito

do PCiente de não se submeter ao tratamento ou de interrompê-lo é consequência da garantia constitucional de sua liberdade, autonomia jurídica, inviolabilidade de sua vida privada e intimidade e, principalmente, da dignidade da pessoa. (22)”

Assim como não existe um único processo de morrer, a definição de dignidade também é única para cada indivíduo (23). Há então a necessidade de se trabalhar em planos individualizados para o PCiente, já que não existe uma fórmula que sirva para todos.

“Apesar do tabu em torno da morte, é preciso encará-la com mais naturalidade e poupar PCientes de agonia insensata e prolongada, respeitando seus valores e crenças pessoais para que possam completar ciclos vitais com dignidade(24).”

Além dos temas comumente relacionados ao fim da vida, como procedimentos e tratamentos, é importante para o processo de morte e morrer de alguns indivíduos as definições de suas cerimônias fúnebres, ritos de passagem e local de morte. Tais aspectos não encontram espaço para serem discutidos em declarações prévias de vontade, mas a discussão é incentivada no PC (25).

O Planejamento de Cuidados pode então proporcionar a oportunidade de reflexões aos PCientes acometidos com doenças que ameaçam a vida ou até mesmo para aqueles que gozam de uma saúde perfeita, mas que gostariam de ter este poder sobre seu processo de terminalidade.

A discussão desses desejos e a necessidade de tomar as rédeas sobre o controle de suas vidas mesmo em uma situação de incaPCidade provoca a popularização desta temática. Consequentemente, pessoas passam a enxergar o fim da vida como parte do ciclo vital e procuram então aproveitar e viver a vida melhor. A discussão que começa sobre como morrer, na ânsia de buscar qualidade de fim da vida, passa a proporcionar qualidade de vida (2).

Benefícios aos que ficam: prevenção do estresse e o luto descomplicado

O status de tabu que acompanha a morte e o morrer na sociedade faz com que indivíduos, cuidadores e profissionais de saúde se esquivem de conversas sobre a temática. Assim, quando um PCiente se encontra incapaz de declarar suas vontades e fazer suas escolhas, familiares se veem na necessidade de tomar complicadas decisões.

Ter um familiar em uma situação crítica e em fim de vida já é um momento carregado de estresse emocional por diversos fatores. Quando este familiar se encontra em uma situação onde a tomada de decisões se faz necessária, os níveis de estresse e conflitos podem aumentar ainda mais. Podendo acarretar em danos psicológicos por um longo prazo àqueles que precisaram tomar tais decisões (26).

Nem sempre os familiares que tomam as decisões em um momento crítico como esse é o familiar que está mais presente no cuidado daquele PCiente. O momento também traz as emoções à tona, se tratando de um tópico sensível ao ver dos envolvidos. E as decisões que são tomadas podem ser irreversíveis, como por exemplo iniciar ou não a ressuscitação cardiopulmonar ou a retirada de tratamentos prolongadores da vida (27).

A situação pode trazer as vozes de diversos atores para o cenário da decisão. E como já antes mencionado, o conceito de dignidade é único. Assim, cada pessoa envolvida pode ter uma opinião diferente sobre qual é a melhor decisão a ser tomada, baseando-se nos seus próprios desejos ou no que pensa que seria melhor para o PCiente (26).

Durante as reflexões levantadas pelo PC, o PCiente é incentivado a compartilhar com todas as pessoas que podem estar envolvidas no processo de tomada de decisão. O PC é um processo social,

fazendo com que todos os envolvidos estejam esclarecidos sobre as vontades do indivíduo (27).

O Planejamento de Cuidados antecipa a tensão que este momento traz, na reflexão e proporciona a comunicação do que é importante para o PCiente. Talvez ele não deixe expresso em minúcias o que deve ser feito em todos os cenários possíveis, mas tais reflexões podem trazer um guia para as decisões.

“A familiaridade com as preferências de seus entes queridos tornou a tomada de decisões mais fácil e ‘retirou o fardo’ da tomada de decisões dos procuradores de saúde(26)⁽²⁾”

Essa atitude previne que familiares tenham que discutir se a decisão tomada foi a melhor para o PCiente, já que o desejo e os objetivos de cuidado de saúde já foram anteriormente expressos. Resultando em uma prevenção de conflitos entre familiares e prevenindo uma complicação do luto (28,29).

Compartilhar as metas de cuidados e os valores pessoais com seus entes queridos, faz com que aqueles que se veem na posição de tomada de decisão não precisem debater se aquela decisão foi correta ou não. Eles estarão instruídos a tomar as melhores decisões de acordo com as vontades do PCiente (29).

Os familiares também passam a se beneficiar de uma morte que não é prolongada e onde o sofrimento do PCiente é diminuído. Após a morte do indivíduo, eles estarão preparados para um luto mais tranquilo (2,25).

O que realmente importa ao PCiente em fim de vida

Mesmo com a grande oferta terapêutica que a medicina moderna oferece, os tratamentos complicados e tecnológicos nem sempre apeteem aos PCientes que estão frente-à-frente com sua terminalidade. Este fenômeno é ainda mais frequente em PCientes que já tiveram a oportunidade de refletir sobre sua terminalidade (30,31).

Quando intervenções complexas não representam grandes chances de recuperação do estado inicial de saúde ou possam causar prejuízos cognitivos ou funcionais, PCiente tendem a recusar o tratamento e seguir com o curso natural da doença (32).

As intervenções mais mencionadas na literatura que PCientes acometidos por doenças crônicas desejam estão intimamente ligadas ao medo de sentir dor fisicamente (30,31,33).

Rubin, Buehler e Halpern (2020) constataram que 86,7% dos PCientes trocariam um ano de vida a fim de evitar que suas últimas três semanas de vida fossem em uma unidade de terapia intensiva (UTI) e que morressem ligados à máquinas de SAV.

A definição de uma boa vida no período final dela significa para muitos a oportunidade de se despedirem de seus entes queridos, resolver conflitos, estar em paz com sua espiritualidade e ter a oportunidade de aproveitar seus últimos momentos com amigos e familiares (31,33).

O PC, deste modo, se apresenta como ferramenta fundamental para aprimorar a qualidade de vida dos PCientes em final de vida. Tendo autonomia suficiente para escolher ou clarificar quais são os tipos de tratamento que se sentem confortáveis em receber para aproximar-se de seus valores e metas de cuidado.

² “Familiarity with their loved one’s preferences made decision-making easier and “took the burden” of decision-making off surrogates.”

Como é possível economizar recursos e melhorar a qualidade de vida

As despesas com cuidados de saúde aumentam muito nos últimos anos de vida de um PCiente. Tal fato é consequência do elevado número de intervenções de alta tecnologia necessária para manter um PCiente em situação crítica nos últimos momentos de vida (34).

No ano de 2006, nos EUA, o seguro de saúde de *MEDICARE* reembolsou 30% de seu orçamento para o último ano de vida de 5% de seus beneficiários (35,36).

Porém, todo este investimento não se traduziu em qualidade de vida ou cuidado para os doentes crônicos ou PCientes em fim de vida. As intervenções hospitalares complexas demonstram pouca efetividade quando comparadas com os cuidados paliativos ou atenção domiciliar (34). Além de se demonstrarem incompatíveis com os desejos dos PCientes (37).

“O Planejamento de Cuidados não apenas melhora o cuidado no final da vida e a satisfação do PCiente e familiares, mas também reduz os custos com saúde(38).⁽³⁾”

Um estudo desenvolvido por Khandelwal e colaboradores (39) demonstrou que se PCientes fossem submetidos a intervenções de Planejamento de Cuidados e cuidados paliativos poderia haver uma redução de 21% dos custos em uma UTI. E que caso estes números fossem extrapolados a nível mundial, poderiam representar uma economia de 7.2 bilhões de dólares.

O valor economizado com as intervenções de alta complexidade pode então ser investido em uma estrutura adequada para proporcionar mais conversas de Planejamento de Cuidados, o controle de sintomas em PCientes em fim de vida e

ações de atenção domiciliar. Garantindo ainda mais a dignidade de PCientes em seus momentos finais e melhorando sua qualidade de vida.

Conclusão

O Planejamento de Cuidados já se demonstra em diversos países seus benefícios em garantir a autonomia do indivíduo em momentos de incaPCidade e alinhar os tratamentos com os valores pessoais e metas de cuidado dos indivíduos. Mas não são estes os únicos benefícios. O PC permite que o estreitamento de laços entre familiares. Durante o extenso processo de Planejamento de Cuidados, indivíduos passam a conhecer melhor seu relacionamento com sua própria terminalidade e tem a oportunidade de compartilhar o que realmente importa com seus entes queridos. Estes passam a estar muito mais preparados para tomar as difíceis decisões que permeiam o fim da vida, de uma maneira muito mais alinhada com as vontades do PCiente e proporcionando um processo de luto muito menos complicado.

Com a busca por uma terminalidade mais digna e com mais qualidade de vida, as ferramentas de PC se tornam grandes aliadas na busca por um fim de vida com menos tratamentos fúteis, mais controle de dor e outros sintomas, com mais conexões espirituais e pessoas queridas. Essas atitudes resultam em mais desejos de se ter uma morte fora de ambientes hospitalares, que culminam em menos intervenções custosas. Uma economia nas despesas hospitalares, sem abrir mão da qualidade de cuidado.

³ Advance planning processes not only improve end-of-life care and patient and relative satisfaction, but also reduce healthcare costs.”

Referências

- Martin RS, Hayes B, Gregorevic K, Lim WK. The Effects of Advance Care Planning Interventions on Nursing Home Residents: A Systematic Review. Vol. 17, Journal of the American Medical Directors Association. 2016. p. 284–93.
- Prince-Paul M, DiFranco E. Upstreaming and normalizing advance care planning conversations-A public health approach. Behavioral Sciences. 2017;7(18).
- Kelley K. The Patient Self-Determination Act. A matter of life and death. Physician assistant (American Academy of Physician Assistants). 1995;19(3).
- Gillick MR. Advance Care Planning. New England journal of Medicine. 2004;350(1):7–8.
- Dadalto L. Aspectos registraís das diretivas antecipadas de vontade. Civilistica. 2013;2(4):1–9.
- Nunes MI, Anjos MF dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. Revista Bioética. 2014;22(2):241–51.
- Perkins HS. Controlling Death : The False Promise of Advance Directives. Annals of Internal Medicine. 2007;147(1):51–7.
- Fleuren N, Depla MFIA, Janssen DJA, Huisman M, Hertogh CPM. Underlying goals of advance care planning (ACP): A qualitative analysis of the literature. BMC Palliative Care. 2020;19(27):1–16.
- Stuart B, Volandes A, Moulton BW. Advance care planning: Ensuring patients' preferences govern the care they receive. Generations - Journal of the American Society on Aging. 2017;41(1):31–6.
- Sudore RL, Lum HD, You JJ, Hanson LC, Meier DE, Pantilat SZ, et al. Defining Advance Care Planning for Adults: A Consensus Definition From a Multidisciplinary Delphi Panel. Journal of Pain and Symptom Management [Internet]. 2017;53(5):821–32. Available from: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jpainsymman.2016.12.331>
- Respecting Choices. First Steps ACP Interview Tool. Estados Unidos da América; 2011.
- PREPARE [Internet]. [cited 2020 May 30]. Available from: <https://prepareforyourcare.org/welcome>
- What is advance care planning [Internet]. [cited 2020 May 30]. Available from: <https://www.advancecareplanning.org.au/individuals/what-is-advance-care-planning#/>
- Thinking Ahead: My Way, My Choice, My Life at the End | Caring Community [Internet]. [cited 2020 May 30]. Available from: <https://caringcommunity.org/advanced-care-planning/advance-directives/thinking-ahead-my-way-my-choice-my-life-at-the-end/>
- Sunita P. It's Time to Talk About Death. The New York Times, International edition; New York. 2020 Mar 30;
- Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.805 de 28 de novembro de 2006. 2006.
- Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995 de 31 de agosto de 2012. 2012.
- Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Brasília; 2010.
- Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Brasília; 1998.
- UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Lisboa; 2006.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. 35th ed. Brasília; 2012.
- Junges JR, Souza LL De, Backes V. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. Revista Bioética. 2010;18(2):275–88.
- Turssardi G, Gott M. Clarification of the common aspects of dignity in end-of-life care. Evid Based Nurs. 2015;18(3).
- Pessini L, Siqueira JE de. Reflexões sobre cuidados a PCientes críticos em final de vida. Revista Bioética. 2019;27(1):29–37.
- McMahan RD, Knight SJ, Fried TR, Sudore RL. Advance care planning beyond advance directives: Perspectives from patients and surrogates. Journal of Pain and Symptom Management [Internet]. 2013;46(3):355–65. Available from: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jpainsymman.2012.09.006>
- Vig EK, Starks H, Taylor JS, Hopley EK, Fryer-Edwards K. Surviving surrogate decision-making: What helps and hampers the experience of making medical decisions for others. Journal of General Internal Medicine. 2007;22(9):1274–9.

- Dixon J, Karagiannidou M, Knapp M. The Effectiveness of Advance Care Planning in Improving End-of-Life Outcomes for People With Dementia and Their Carers: A Systematic Review and Critical Discussion. *Journal of Pain and Symptom Management* [Internet]. 2018;55(1):132-150.e1. Available from: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jpainsymman.2017.04.009>
- Andreassen P, Neergaard MA, Brogaard T, Skorstengaard MH, Jensen AB. The diverse imPCt of advance care planning: A long-term follow-up study on patients' and relatives' experiences. *BMJ Supportive and Palliative Care*. 2017;7(3):335-40.
- Fried TR, Bullock K, Lynne I, O'Leary JR. Understanding Advance Care Planning as a Process of Health Behavior Change. *J Am Geriatr Soc*. 2009;57(9):1547-55.
- Rubin EB, Buchler A, Halpern SD. Seriously ill patients' willingness to trade survival time to avoid high treatment intensity at the end of life. *JAMA Internal Medicine*. 2020;
- Steinhauser KE, Clipp EC, McNeilly M, Christakis NA, McIntyre LM, Tulsky JA. In search of a good death: Observations of patients, families, and providers. *Annals of Internal Medicine*. 2000;132(10):825-32.
- Fried TR, Bradley EH, Towle VR, Phill M, Allore H. Understanding the treatment preferences of seriously ill patients. *N England J Med*. 2002;346(14):1061-6.
- Pierson CM, Curtis JR, Patrick DL. A good death: A qualitative study of patients with advanced AIDS. *AIDS Care*. 2002;14(5):587-98.
- Nguyen K-H, Sellars M, Agar M, Kurrle S, Kelly A, Comans T. An economic model of advance care planning in Australia: A cost-effective way to respect patient choice. *BMC Health Services Research*. 2017;17(797).
- Zhang B, Wright AA, Huskamp HA, Nilsson ME, Maciejewski ML, Earle CC, et al. Health care costs in the last week of life associations with End-of-life conversations. *Archives of Internal Medicine*. 2009;169(5):480-8.
- Nicholas LH, Langa KM, Iwashyna TJ, Weir DR. Regional Variation in the Association Between Advance Directives and End-of-Life Medicare Expenditures. *JAMA - Journal of the American Medical Association*. 2011;306(13):1447-53.
- Klingler C, In Der Schmitt J, Marckmann G. Does facilitated Advance Care Planning reduce the costs of care near the end of life? Systematic review and ethical considerations. Vol. 30, *Palliative Medicine*. 2016. p. 423-33.
- J A S. Advance care planning in Spain. A short national report. Part I. *Progress in Health Sciences*. 2015;5(1):169-75.
- Khandelwal N, Coe NB, Benkeser D, Engelberg RA, Curtis JR. Advance care planning and palliative care consultation in the ICU: Saving costs with patient-centered care. *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine* [Internet]. 2015;191:no pagination. Available from: <http://www.atsjournals.org/doi/pdf/10.1164/ajrccm-conference.2015.191.1.MeetingAbstracts.A3768%5Cnhttp://ovidsp.ovid.com/ovidweb.cgi?T=JS&PAGE=reference&D=emed13&NEWS=N&AN=72051587>

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ÉTICA E AUTONOMIA PESSOAL

Armindo Jelembi (*)

RESUMO: *A Inteligência Artificial (IA) é uma realidade que atinge muitos setores da nossa vida. Máquinas dotadas de IA estão a comandar processos de forma automatizada, através de algoritmos, levando a repensar a questão da ética e da autonomia pessoal. Mais uma vez o Direito está à prova, a jurisprudência desafiada a ampliar o conteúdo dos seus critérios efetivos de decisão e a dogmática alertada a atualizar os conceitos jurídicos de responsabilidade e de liberdade – decorrentes da inalienável ideia de dignidade da pessoa humana – e a alinhá-los com os cânones das ciências da computação e da engenharia que produz máquinas inteligentes, o que significa que o jurista é convocado a ter uma atitude multidisciplinar no seu labor. Neste estudo, procuramos encontrar respostas para estas questões.*

PALAVRAS-CHAVE: *inteligência artificial, ética, autonomia pessoal, responsabilidade civil.*

ABSTRACT: *Artificial Intelligence (AI) is a reality that touches many sectors of our lives. Machines, through algorithms, equipped with AI and in an automated way, are commanding processes. All this leads to rethink the question of ethics and personal autonomy. Once again, Law is put to the test, jurisprudence is challenged to expand the content of its effective decision criteria and dogmatics is alerted to update the legal concepts of responsibility and freedom – grounded on the inalienable idea of human dignity – and align them with the canons of computer science and engineering that produces intelligent machines, which means that the jurist is called upon to have a multidisciplinary attitude in his work. In this study, we will seek answers to these questions.*

KEYWORDS: *artificial intelligence, ethics, personal autonomy, civil responsibility.*

SUMÁRIO: *1. Colocação do problema; 2. Regulação normativa e ética; 3. Autonomia pessoal e automação; 4. Personalismo eletrónico? 5. Reflexos na prática médica. 6. Conclusão.*

1. Colocação do problema

A necessidade de identificar as fontes de vários problemas e de encontrar as soluções mais eficazes, com custos baixos e um nível alto de eficácia, levou o homem a desenvolver máquinas “inteligentes”. Não foi exceção o sector da saúde. O exercício de transpor para entidades dotadas de inteligência artificial a partir do desenho da estrutura neural do nosso cérebro, ou aprender com a experiência e adaptar a sua ação às circunstâncias do momento, tem-se mostrado uma grande vantagem, havendo, como na vida real, riscos a apontar.

As máquinas dotadas de inteligência artificial (IA), porque agem com *certa autonomia*, colocam várias questões ao Direito, pois, entendendo o Direito do ponto de vista ético-personalista, torna-se desafiante tutelar o agir *per se* de quem não está dotado de autonomia biológica.

A IA teve o seu início em ideias de ficção científica. Deu um salto para a realidade e, num passado recente, obedeceu a uma programação tradicional em que a máquina ou o computador apenas realizava a operação que o seu programador orde-

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade José Eduardo dos Santos e Investigador Integrado do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

nava e comandava. Hoje, por meio de métodos matemáticos, são utilizados algoritmos que recebem, armazenam e manipulam dados, e também têm a capacidade de adquirir, representar e manusear conhecimento. O que acabamos de descrever consubstancia-se em processos de aprendizagem supervisionada, tendo as máquinas passado a receber um treinamento capaz elaborarem, por elas mesmas, respostas direcionadas para um tipo de problemas. Todas estas técnicas e procedimentos têm recebido o nome de:

- *machine learning* (aprendizagem automática), a mais utilizada e a que permite o desenvolvimento de sistemas com habilidades para aprender e melhorar os conhecimentos por meio de experiências sem necessidade de anterior programação para o efeito. Através de execução algorítmica, esta tecnologia é capaz de detetar, entender e aprender com os dados que lhe são introduzidos, os quais ela analisa;
- *deep learning* (aprendizagem profunda) a essa capacidade, que engloba a percepção e a assimilação de múltiplos e complexos comportamentos e padrões. A partir de uma quantidade considerável de informação (dados), que utiliza para o desenvolvimento da sua própria IA, de forma intuitiva, o sistema descobre fórmulas para a resolver problemas num curto espaço de tempo;
- *natural language*, ou *neural language processing*, que possibilita aos computadores analisar, entender e concluir, na base da fala, pelo que, as traduções, entendimento semântico e extração de informação, e também a análise de sentimentos, constituem

o campo da sua aplicação⁽¹⁾.

Na saúde, a IA tem prestado uma enorme ajuda. Aumentam as discussões que envolvem a relação entre profissionais de saúde *versus* pacientes, tendo no centro a questão da assertividade do diagnóstico clínico que exige cada vez mais exames complementares. O armazenamento de grande quantidade de informação (*big data*) é processado pela IA por meio de algoritmos, que se vão aperfeiçoando – *self learning* – ao ponto de proporem hipóteses de diagnósticos mais assertivas. Há registo da existência de grandes computadores com capacidade para acumular e processar um volume muito grande de informação de pacientes, com os quais desenvolvem modelos de análise dos dados dos pacientes (em alguns casos geram sistemas de semáforos sobre a evolução das doenças, alertando para a possibilidade de utilização de medicação inadequada com determinados doentes, informando os profissionais de saúde sobre os pacientes e

¹ A ciência da computação tem ensaiado várias tipologias de aprendizagem da IA. A primeira é a *aprendizagem em redes neurais*. Segundo Haykin, a principal característica de uma rede neural é a capacidade de aprender com o ambiente (conjunto de entradas) que lhe é apresentado e, por meio desse processo, melhorar o seu desempenho. Haykin também anuncia a existência do processo de *aprendizagem por correção de erro*, aquele através do qual a atuação da IA se dá pelo uso de uma função de erro, ou seja, é o resultado da diferença entre o resultado obtido e o resultado esperado, utilizando essa função como entrada para um processo de correção dos pesos dos sinais de entrada para o neurónio em questão. Na *aprendizagem por memória* a correção dos pesos dá-se pela construção de um vetor que contém duplas de valores de entrada e valores desejados de saída. A aprendizagem é processada porque esse vetor contém duplas visitadas na vizinhança dos valores ideais de entrada e saída desejados em cada iteração, com os valores mudados para corrigir os pesos de entrada dos neurónios. Na *aprendizagem Hebbiano*, o peso de uma sinapse (conexão entre dois neurónios) é aumentado se ambos os neurónios forem excitados no mesmo processo temporal; será reduzido se ambos os neurónios forem excitados em momentos diferentes. Na *aprendizagem competitiva* bastará que um neurónio de saída seja disparado para que os neurónios equiparados aos da aprendizagem Hebbiano sejam excitados simultaneamente e a máquina dotada de IA inicie o seu processo de aprendizagem. Cfr. HAYKIN, S., *Neural Networks: A Comprehensive Foundation*. 2. Ed. Nova York Prentice Hall, 2005.

ajudando a desenvolver sistemas de suporte às decisões clínicas, melhorando o desempenho do diagnóstico na imagiologia, no diagnóstico de aspetos malignos da pele, e interpretação de imagem histopatológica, interpretação do ritmo cardíaco, de uma forma geral, melhorando os instrumentos de diagnóstico que atualmente utilizamos⁽²⁾. Não é uma biblioteca de informação digital com a função de apenas arquivar e facilitar a sua localização em *big data*, por exemplo⁽³⁾. A IA visa não só armazenar, mas também processar os dados com vista à resolução de problemas. Aos computadores e robots é atribuída capacidade para realizar tarefas consideradas corretas por meio de um critério de avaliação ética. Por meio de algoritmos e técnicas de programação, a IA é capaz de sugerir caminhos a seguir e determinar a solução para um determinado problema. Sendo os algoritmos um dos mecanismos para o processo de aprendizagem das máquinas dotadas de inteligência artificial, proporcionam a capacidade de melhorarem o seu desempenho, por meio de

experiência, ou por meio de simples introdução de dados. Neste processo, o *machine learning* consiste no ajustamento de um algoritmo aos seus parâmetros internos (*inputs*) com dados provenientes de execuções anteriores (*outputs*), melhorando o seu desempenho e, por isso, os seus resultados a cada nova execução.

Em virtude da sua complexidade, a IA apresenta diversas formas de desenvolvimento, e variados ramos de atuação. Cada um destes ramos tem a sua própria metodologia para a realização das suas tarefas. São três os ramos que aqui iremos referir com mais frequência, designadamente: a) as *redes neurais* têm a maior importância e impacto na aplicação da IA, desde logo pelo facto de que são desenhadas a partir do funcionamento do cérebro humano⁽⁴⁾; b) *sistemas especialistas* (SE), que, seguindo a definição da Sociedade Britânica de Computação, consistem na implantação num sistema computacional de uma base de conhecimentos especializados para que a *machine* consiga apresentar resultados pretendidos – conselhos ou decisões⁽⁵⁾; c) *robótica*, é o ramo que se ocupa dos robots, envolvendo a conceção do projeto, a construção e a programação – note-se que a IA não é atribuída a todos os robots, razão por que não nos ocuparemos destes, por lhes faltar “inteligência”. A robótica é um dos ramos da IA que mais interage com o nosso ambiente físico por meio de sensores e atuadores⁽⁶⁾.

17

² ZEEWEGER M. J., *et. al.* “A new non-invasive diagnostic tool in coronary artery disease: artificial intelligence as an essential element of predictive, preventive, and personalized medicine” *The EPMA Journal*. Vol. 9, n.º 3, 2018, pág. 235-247. Num estudo sobre cardiologia, utilizando algoritmos Bases-MPA os autores foram informados por computadores sobre discriminações entre pacientes que tinham ou não angiografia documentada de doença arterial coronariana. Foi também possível evitar a utilização de ferramentas de culto elevado, invasivas e não invasivas, principalmente em doentes com reduzido risco de doenças arteriais, gozando de alto índice de confiança, sensibilidade e especificidade comparável a outros testes.

³ Hoje há entidades a investigar novos métodos e formas de armazenamento de informação (dados). A Universidade de Cambridge e outras instituições dedicadas à investigação e inovação estão a desenvolver uma técnica que permite armazenar dados através do nosso ADN. É um processo em que a informação digital é convertida em ADN sintético e depois novamente convertida em informação digital. O primeiro passo é a conversão da informação digital composta de uma sequência numérica para adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G), que constituem os blocos básicos do nosso ADN. Com este processo é possível guardar informação durante muito tempo (há quem defenda até ao infinito). A utilização de ADN tem implicações éticas, na medida em que ainda não se sabe se no futuro haverá outras implicações, se o ADN armazenando dados sofrerá alguma mutação.

⁴ AREL, I., ROSE, D. C., & KARNOWSKI, T. P., “Deep Machine Learning – A New Frontier in Artificial Intelligence Research”. *Research Frontier*, 2010, pág. 13-18.

⁵ PASCUAL, D. À., *Inteligencia Artificial: Un panorama de algunos de sus desafíos éticos y jurídicos*. Universitat de Girona. Girona: Universitat de Girona, 2017. Também MENDES, R. D., “Inteligência Artificial: Sistemas especialistas no gerenciamento da informação”, *Ci. Inf.*, jan.-abril de 1997, pág. 39-45.

⁶ AZAÑA, M. S. U., & RUIZ, M. G., *El impacto de la robótica en, especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídicos-laborales y fiscales*, 2018. Madrid: Universidade Complutense. Já LAVOURAS, M. Matilde, entende que, “a *robotização* é muitas vezes reportada ao uso de

É a partir daqui que se colocam as questões importantes: da autonomia (da IA e da pessoa), da ética e da regulação⁽⁷⁾. O computador, suportado pela sua IA, fornece aos médicos o *know-what*, deixando ao médico a discussão dos vários problemas de saúde e as suas possibilidades de solução com o doente, sinalizando o *know-why* do caso concreto. Ao médico caberá sempre a responsabilidade de sustentar a sua relação com o paciente, exigindo-se competências para escutar, examinar, orientar e, muitas vezes, participar na avaliação do diagnóstico apresentado pela IA e decidir sobre o tratamento adequado. O médico estará sempre no centro, como garante de que os vários princípios éticos e jurídicos que vêm sendo ensaiados são observados, como veremos *infra*.

2. Regulação normativa e ética

Não parece haver dúvidas de que é um desafio conciliar investigação tecnológica e inovação com regulação. De um lado é necessário que o processo regulatório não vede o desenvolvimento conducen-

te à melhoria das nossas condições de vida, mas ao mesmo tempo não deve ser deixado ao sabor dos homens ambiciosos o livre arbítrio no desenvolvimento de tecnologia que possa vir a ser ameaçadora para a humanidade. É importante que uma realidade tolere a outra. A intencionalidade prático-regulatória deve transmitir uma ideia ética de responsabilidade, possibilitando o desenvolvimento da ciência com a respetiva manutenção de práticas morais orientadas para a realização dos fins naturais da pessoa visando o bem comunitário, deve transmitir de maneira representativa a forma mais eficiente para que as ações individuais, ainda que éticas, não superem a cooperação entre *nós* na convivência e partilha do mesmo espaço – o mundo⁽⁸⁾.

A regulamentação da atividade dos mecanismos de IA e dos robôs inteligentes apresenta dificuldades agudas, devido às características que apresenta, algumas das quais tentaremos explicitar. Em primeiro lugar, problemas de especialidade no domínio do conhecimento, ou seja, problemas que exigem comportamento racional em alguns domínios complexos de conhecimento, em que o processo de *machine learning* deve apreender um corpo complexo de conhecimento e demonstrar especialida-

instrumentos com existência material que incorporam inteligência artificial, sendo que esta última é muitas vezes confundida com a *machine learning* e com os algoritmos criadores” ... “os robôs, mesmo os robôs inteligentes, e a IA têm várias similitudes, mas, enquanto que os primeiros têm existência física, o mesmo não acontece com a IA, que prescinde de uma interface física, e, por isso, os conceitos não devem ser utilizados de forma indistinta. Tanto a IA como os robôs inteligentes têm a capacidade de interagir com o ambiente que os rodeia, processar informação e, por serem dotadas de *machine learning*, conseguem aprender com as experiências acumuladas e adaptar a sua atuação às exigências do momento”. “A Inteligência Artificial e os Robôs Inteligentes: Emergência de um Novo Índice de Capacidade Contributiva?”, *JULGAR*, n.º 45, 2021, pág. 143.

⁷ Num estudo realizado por investigadores do Centro de Estudos Estratégicos da FIOCRUZ, no Brasil, cujo relatório foi publicado em dezembro de 2020, utilizou-se o método de questionário dirigido a 1 430 autores de artigos científicos sobre IA e a sua implicação no diagnóstico clínico, não só do Brasil mas de outras partes do mundo. Concluiu-se que 48, 1% dos inquiridos manifestaram incerteza sobre responsabilidades legais e responsabilidades pelas decisões clínicas baseadas em IA, e consideraram ser uma barreira no uso da IA na medicina diagnóstica.

⁸ LAVOURAS, M. Matilde, “A Inteligência Artificial e os Robôs Inteligentes: Emergência de um Novo Índice de Capacidade Contributiva?”, *ob. cit.*, pág. 140. A autora coloca a questão das diferenças de recebimento da ideia de vantagem da IA nos seguintes termos: “A evolução tecnológica e o impacto da utilização de sistemas de inteligência artificial (IA) provocam sentimentos contraditórios: por um lado, representam uma marca evolutiva da capacidade humana em criar novos mecanismos cada vez mais evolutiva da capacidade humana em criar novos mecanismos cada vez mais avançados e que permitem implementar melhorias significativas na qualidade de vida; por outro lado, entram de rompante em todas as áreas, alterando a forma como trabalhamos, como nos divertimos, os livros que lemos ou a música que ouvimos mas também as decisões de investimento que tomamos ou as escolhas relacionadas com a governação política dos Estados. Estamos a falar de uma evolução verdadeiramente disruptiva, que tem a potencialidade – ainda não comprovada – de tornar o trabalho humano redundante, podendo mesmo representar ‘a última invenção humana’”.

de no assunto⁹). Em segundo lugar, para além de a máquina ter de aprender um domínio complexo e demonstrar *expertise*, deverá também sugerir novos procedimentos, novas formas de atuar que não se encontram presentes no conjunto de conhecimento obtido no processo de *learning*. É o que ocorre, por exemplo, no primeiro caso, com os chamados *sistemas especialistas* capazes de aprender sobre questões relacionadas com medicina e processar soluções capazes de auxiliar os especialistas nas consultas com pacientes; no segundo caso, os *sistemas especialistas* médicos devem ser capazes de “aconselhar” medicamentos conhecidos no tratamento de doenças que até àquela data não tinham sido usados¹⁰. Tal indicação é feita na base, por exemplo, dos conhecimentos que a máquina aprendeu e acumulou sobre a bioquímica conhecida dos medicamentos e das suas reações no corpo humano¹¹. Em terceiro lugar, problemas de reconhecimento de padrões sensoriais. A IA tem evoluído bastante nas áreas do reconhecimento de imagens – visão artificial – e reconhecimento de sons – audição artificial. As redes neurais já não têm sido capazes de oferecer evolução no reconhecimento sensorial em áreas em que a composição e complexidade dos seres orgânicos se apresentam ainda superiores aos sistemas cibernéticos. Dentro do que a ciência já

foi capaz de demonstrar em medicina, o reconhecimento facial constitui uma poderosa ferramenta que os médicos utilizam para apresentarem exames físicos – tomografias, ressonâncias magnéticas, *v.g.* – de forma visual, através de *écrans* ou de um *tablet*, para que os próprios médicos, em interação com seus pacientes, possam fazer várias abordagens sobre os exames e deles extrair soluções¹².

Também o desenvolvimento de *wearable devices* tem sido utilizado na atividade médica, para a obtenção, de forma contínua, de informações sobre a glicemia e outros resultados dentro deste campo, que podem originar ações automatizadas, como por exemplo injetar insulina, executar uma descarga elétrica de um desfibrilador subcutâneo ou alternar a dose de uma medicação em pacientes com uma determinada doença. As informações fornecidas por estes *gadgets* podem ser assimiladas pelo telemóvel do paciente e ser transmitidos para o seu médico¹³.

Com a descrição de alguns dos muitos problemas com que a IA pode ser confrontada, importa desde já esclarecer, ou delimitar, o campo que interessa a esta apresentação, e dizer que não nos interessará abordar o comportamento das máquinas com controlo remoto. Será convocada a discussão sobre IA e de máquinas inteligentes que lhes empresta autonomia, na medida em que é dotada de capacidade para decidir *per se* a totalidade ou parte de uma ação sem necessidade de intervenção “direta e presente” do homem. Referimos intervenção

19

⁹ OLIVEIRA, Ruy Flávio de, *Inteligência Artificial*, Londrina: Editora e Distribuidora Educacional, SA, 2018, pág. 48.

¹⁰ O desenvolvimento da IA alojada em smartphones, tais como a Microsoft Cortana, Apple Siri e Google Now, permitem realizar interações em linguagem aberta, funcionando como um assistente do seu utilizador, fornecendo-lhe informações, sinalizando ações a serem realizadas, postando nas redes sociais e estabelecendo conversação com o usuário como se este fosse um amigo virtual.

¹¹ OLIVEIRA, Ruy Flávio de, *Inteligência Artificial*, ob. cit., pág. 48. “Sistemas especialistas” são programas que, utilizando algoritmos, fazem com que a própria IA indique o caminho a seguir para poder melhorar o seu desempenho. Permite também que em cada campo de aprendizado seja capaz de apresentar resultados sempre mais evoluídos do que as soluções encontradas nas gerações passadas.

¹² O Direito já não se basta com a dicotomia direito público *vs* direito privado. A especialização e desenvolvimento das atividades ultrapassou aquela classificação. Verifica-se um crescimento e amadurecimento da expressão “direito da robótica”, *lex robotica* em latim ou *robotic law* em inglês, que configura uma espécie do género direito cibernético (*cyberlaw*). Cfr. CALO, Ryan, “Robotics and the Lessons os Cyberlaw”. *California Law Review*, vol. 103, 2015, pág. 201.

¹³ LOBO, Luiz Carlos, “Inteligência Artificial e Medicina”, *Revista Brasileira de Educação Médica*, 41 (2), 2017, pág. 185-193.

“direta”, pois a máquina que age de forma autónoma sofre ainda uma intervenção do homem “(...) num plano prévio e não no plano da ação, isto é, a intervenção humana é meramente carrear o maior número de exemplos e de dados, sob a forma de algoritmos, para ‘treinar’ a máquina, conseguindo esta, a partir dos *inputs* para ela conduzidos, desenvolvendo-se além dos mesmos, por observação da envolvência, alcançando a tomada de decisões autonomamente”⁽¹⁴⁾.

O nosso entendimento – tradicional, observe-se – corresponde à ideia de que a liberdade humana é o fundamento estruturante da normatividade, logo, a base da responsabilidade⁽¹⁵⁾. Mas este entendimento, se levado ao extremo, pode negar avanços que já são uma realidade incontornável. Por isso, sempre que refirmamos a autonomia da IA, não estaremos a fazê-la corresponder ao conceito de liberdade humana, aquela colimada pela possibilidade de autodeterminação, pela escolha livre das várias opções que a realidade circundante lhe oferece, respeitando sempre os marcos da dimensão ontológica da pessoa. A IA é autónoma na medida em que é objeto de uma programação pré-estabelecida e, neste sentido, por si mesma consegue definir o curso dos acontecimentos com base nos dados recolhidos (ou introduzidos). Por isso, a máquina com IA não é dotada de um verdadeiro livre arbítrio, porquanto a sua autonomia decorre de uma programação⁽¹⁶⁾.

Em Angola não há notícia da sua existência, nem de trabalhos tendentes a regular a ação de máquinas inteligentes, pelo que faremos a abordagem

na base do que além-fronteiras foi desenvolvido. Vamos abordar apenas, por economia de tempo e espaço, a União Europeia. O Parlamento Europeu aprovou um quadro de aspetos éticos da inteligência artificial, robótica e tecnologia, e recomendou à Comissão que propusesse medidas regulamentares cujo conteúdo rececione “princípios éticos e obrigações jurídicas relativos ao desenvolvimento, implantação e utilização de inteligência artificial, robótica e tecnologia conexas na União Europeia, incluindo *software*, algoritmos e dados utilizados ou produzidos por essa tecnologia”. O texto do Parlamento Europeu adianta que o quadro regulamentar deve assentar “no direito da União, na Carta dos Direitos Fundamentais da União e no direito internacional em matéria de direitos humanos e aplicável, em especial, às tecnologias de alto risco, a fim de estabelecer normas de igualdade em toda a União”. Os princípios no quais o “regulamento sobre os princípios éticos para o desenvolvimento, implantação e utilização de inteligência artificial, robótica e tecnologias conexas” se deve alicerçar são os seguintes: a) a inteligência artificial, robótica e tecnologia relacionadas devem estar centradas no homem, feitas e controladas pelo homem; b) deve haver obrigatoriedade de avaliar a conformidade da inteligência artificial de alto risco, robótica e tecnologias conexas, e emissão pelo órgão nacional de supervisão competente de um certificado europeu de conformidade ética quando a avaliação for positiva; c) garantir segurança, transparência e responsabilização: as tecnologias devem ser utilizadas de forma segura, informar os utilizadores de que estão a interagir com sistemas de inteligência artificial e permitir, em caso de incumprimento dos dispositivos de segurança declarados, a desativação temporária salvaguardando a funcionalidade segura; d) deve salvaguardar e identificar remédios contra

¹⁴ MAIA, Ana Rita, “A Responsabilidade Civil na Era da Inteligência Artificial – Qual o caminho?”, *Julgur*, maio, 2021, pág. 8.

¹⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, Vol. I, Cascais: Editora Principia, 2013, pág. 469 seg.

¹⁶ MAIA, Ana Rita, “A Responsabilidade Civil na Era da Inteligência Artificial – Qual o caminho?”, *ob. cit.*, pág. 8.

preconceitos e discriminação; e) garantir um direito à reparação; f) responsabilidade social e igualdade de gênero em inteligência artificial, robótica e tecnologia relacionadas; g) inteligência artificial ambientalmente sustentável, robótica e tecnologia relacionadas; h) respeito pela privacidade e limitações no uso do reconhecimento biométrico; i) boa governação em matéria de inteligência artificial, robótica e tecnologia conexas, incluindo os dados utilizados ou produzidos por essas tecnologias.

Analisando o princípio de que a IA está ao serviço do homem, somos convocados a visitar a filosofia moral do utilitarismo, defendida por Jeremy Bentham⁽¹⁷⁾ bem como a ética de Immanuel Kant⁽¹⁸⁾. Para aquele, a ética deveria dedicar-se a encontrar os melhores caminhos para as pessoas atingirem maior felicidade e avaliar as consequências da ação humana. O autor defende que o princípio utilitarista é aquele que aprova ou reprova qualquer ação cujo objetivo seja aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa, isto é, a análise das consequências humanas que visam promover ou comprometer a felicidade. Já Kant defende, em sua ética, a ideia do imperativo categórico, segundo o qual uma ação será moralmente aceita porque correta quando sua máxima possa ser universalizada para todos, tratando-os como um fim em si mesmo. Defende o autor: “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela sua vontade, em lei universal da natureza”, ficando aí conotada a sua consideração de que o ser humano é um sujeito de razão e, por isso, possui dignidade e valor absoluto.

As teses destes dois filósofos têm consequências na utilização da IA? A resposta segue na direção

positiva. O utilitarismo parece, em muitos pontos, estar em linha com a (nova) tese filosófica dos valores transhumanistas, a qual, segundo Nick Bostrom⁽¹⁹⁾, “promove uma abordagem interdisciplinar para a compreensão e avaliação das oportunidades para a melhoria da condição humana e do organismo humano proporcionadas pelo avanço da tecnologia. A atenção é dada tanto para tecnologias atuais, como engenharia genética e tecnologia da informação, quanto para aquelas antecipadas para o futuro, como a nanotecnologia molecular e a inteligência artificial”. No presente estudo importa estabelecer esta relação, na medida em que, não só defendemos uma ciência ao serviço do homem, como devemos, com procedimentos éticos, preservar o valor mais sagrado da condição humana, a sua dignidade. Na linha desta última corrente filosófica, concordamos com os ideais do autor quando afirma que “as opções de aprimoramento a serem discutidas incluem a extensão radical de saúde humana, a erradicação da doença, a eliminação do sofrimento desnecessário e o aprimoramento das capacidades intelectuais, físicas e emocionais dos humanos”.

21

¹⁹ <http://www.ierfh.org/br.txt/EticaDaIA2011.pdf>. Do mesmo autor pode ser consultado o artigo “The Transhumanist FAQ”, in <https://www.transhumanism.org/resources/faq.html>. Ambos acessados a 19 de janeiro de 2022. No artigo, o autor expõe os valores transhumanos: Núcleo de valores: ter a oportunidade de explorar os reinos transhumanos e pós-humano; Condições básicas: a) Segurança global, b) Progresso tecnológico, c) Amplo acesso; Valores derivados: a) Nada de errado sobre “modificar a natureza”, a ideia de *hybris* rejeitada, b) A escolha individual na utilização de tecnologias de aprimoramento, liberdade morfológica, c) Paz, cooperação internacional, anti-proliferação de WMDs (Armas de Destruição em Massa), d) Melhorar o entendimento (fenômeno da investigação e do debate público, pensamento crítico, abertura de espírito, investigação científica, discussão aberta sobre o futuro), e) Ficar mais inteligente (individualmente, coletivamente, e desenvolver a inteligência de máquinas), f) Filibilismo filosófico, disposição de reexaminar os pressupostos à medida que avançamos, g) Pragmatismo, espírito engenheiro e empreendedor, e ciência, h) Diversidade (espécies, raças, credos religiosos, orientações sexuais, estilos de vida, etc.) i) Preocupação com o bem-estar de toda a senciência, j) Salvando vidas (prolongamento da vida, anti-envelhecimento, pesquisa e preservação criogénica).

¹⁷ *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3ª ed., São Paulo: Abril Cultural Editora, 1984.

¹⁸ *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Textos Filosóficos, Lisboa, 2007.

Pensamos que todo o exercício do desenvolvimento técnico e tecnológico deve encarnar os deveres para com os vindouros, indagando ético-juridicamente se a IA agrega valores que nos obriguem para com as gerações futuras, nomeadamente no que diz respeito à preservação da já referida condição humana, a sua inalienável dignidade, a preservação do ambiente em que vivemos⁽²⁰⁾ e o bem-estar. A preservação da espécie humana pressupõe a exigência de uma intersubjetividade cooperante, de um cuidado do *eu* e de um cuidado para com o *outro*, o que na maioria das vezes só é possível com regras impositivas. A compreensão da preservação de valores humanos leva-nos a visitar o processo de emergência do direito, e constar que há três realidades que o condicionam, designadamente, a mundano-social, a humano-existencial e – aquela que será aqui a mais importante – a condição ética, que justifica o facto de que não bastará a existência de regras de ordenação social que sirvam de critério para a realização judicativa do direito. Será indispensável que a ordenação esteja assegurada por uma intenção ético-axiológica cujo conteúdo é teleologicamente a salvaguarda da dignidade da pessoa humana⁽²¹⁾.

Relativamente à ética de Kant, apesar dos méritos que lhe foram apontados, a sua consideração na aplicação da IA na saúde não deixa de ter implicações problemáticas. Sendo considerada uma deontologia que dá primazia à axiologia da ação em si mesma, em detrimento das consequências provenientes do ato, poderá proteger a ideia de que a ação das máquinas inteligentes é considerada moralmente correta e o seu uso um dever incondi-

cional, devendo, em consequência, ser essa a razão da sua prática. Ainda assim, ela distancia-se da filosofia utilitarista que considera as consequências das ações como um barómetro de avaliação da sua moralidade, contrária à ética kantiana, que defende ser imprescindível a consideração do ser humano como ente digno em si, que não pode ser utilizado como meio para qualquer outro fim.

A partir dos desafios que a IA apresenta, e recusando quer as ideias liberais da sua utilização, que defendem uma utilização generalizada e “utilitarista” dela, quer as teses conservadoras de uma natureza puramente humana compreendida numa completa separação entre o natural e o tecnológico, com uma aplicação desta naquela de forma mínima, defendemos uma permanente autocompreensão ética da espécie humana, alicerçado num discurso com as seguintes proposições, que devem, observe-se, ter uma qualificação estrutural e permanente, e não meramente circunstancial: *a)* a manutenção de um princípio inalienável do respeito pela autonomia humana e a manutenção (que não uma *atribuição*, mas um autêntico *reconhecimento*) da sua dignidade, devendo ser promovida uma autocompreensão ética da espécie humana⁽²²⁾; *b)* utilização da IA ao serviço da pessoa e da humanidade, realizando o bem hoje e preservando-o para as gerações vindouras. Compreensão ética e utilização racional da IA por forma a proteger as gerações futuras, devendo assegurar-se que a regulação e os resultados da atividade da IA possam ser hoje um critério prescrito legislativamente, ou jurisprudencial e dogmaticamente densificados para uma permanente re-constituição do direito, com reflexos garantidos para o amanhã e, neste sentido, as gerações futuras não venham a sofrer as consequências

²⁰ CABRAL, Roque de Aguiar Pereira, *Temas de Ética*, Faculdade de Filosofia da Braga, Universidade Católica Portuguesa, Braga, 2003, pág. 215.

²¹ NEVES, Castanheira A., “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Digesta*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 154.

²² HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana*, Coimbra: Almedina, 2006, pág. 20.

de uma errada interpretação e aplicação dos princípios ético-jurídicos supra-constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana e da igualdade⁽²³⁾; c) assegurar um direito ao ressarcimento de danos, tendo como instrumento a fixação de pressupostos adequados à efetivação da responsabilidade civil e numa exigência de aperfeiçoamento constante das máquinas inteligentes, sem qualquer pretensão de substituir a autonomia humana.

3. Autonomia pessoal e automação

Atualmente, as soluções que a IA apresenta, nomeadamente ao nível da cognição, ou seja, a aquisição e utilização do conhecimento para a resolução de problemas, não oferecem dúvidas de que as máquinas e o *software* atingiram um nível de independência de ação que, não sendo o mesmo dos humanos, não será de todo descabido afirmar que em algumas tarefas a sua precisão ultrapassa a da ação humana⁽²⁴⁾. Ainda assim, e como deixado referido *supra*, o homem sempre superará a *machine*, na medida em que é ele quem a programa; logo, a IA provém da inteligência humana, o que implica uma abordagem da questão da consciência. Para a máquina é dispensável a consciência para desenvolver as suas tarefas: a máquina, necessita de *software* com capacidade de aprender, comunicar e tomar decisões, ou seja, sistemas que carecem de *programas*

treinados e planificados para aprenderem a completar tarefas realizadas por humanos, ainda que autores como K. Ryota⁽²⁵⁾ defendam que, como não dominamos o suficiente a nossa consciência, deveria ser criada uma consciência artificial para aprendermos como funcionamos. Já os humanos são mais eficientes, por estarem dotados de consciência. Por isso, enquanto pensantes, conseguimos, no plano ético, avaliar os benefícios que a IA pode proporcionar à humanidade e que valores podem estar em risco com a sua implementação.

Qualquer perspectiva de resposta às exigências éticas deve centrar-se na resolução de problemas e no bem-estar, o que, como corolário de um princípio supraconstitucional, significa que deve centrar-se na pessoa humana, com a dignidade que a cobre, princípio este que é antrópico e que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas hominis*, que considera o indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual⁽²⁶⁾, aspectos estes que faltam à IA. Acima de qualquer finalidade de criação, programação, desenvolvimento de máquinas dotadas de IA, deve ser posto o respeito pela autonomia e direitos fundamentais das pessoas, centrando a vida do ser humano.

A preservação da autonomia pessoal frente à IA é uma preocupação dos estudiosos sobre os impactos da IA nas relações interpessoais, e entre as pessoas e a ciência. No pretérito ano de 1942, Isaac Asimov⁽²⁷⁾ elaborou as chamadas “leis da robótica”, nas quais se inspiraram muitos dos atuais princípios éticos e jurídicos, e que se resumiam no seguinte:

²³ O que levanta outros problemas, sobre os quais se debruçou NEVES, Castanheira, em “O Direito como Alternativa Humana. Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito”, *DIGESTA*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 287-310. Colocando o problema do futuro do direito enquanto ordem de validade que vai confrontando alternativas, anuncia que “(...) no plano das realidades evolutivas e, portanto, no plano estrutural não é seguro que o direito enquanto tal subsista, pois não é impensável que o seu sentido – e o sentido é ontologicamente constitutivo dos seres culturais – não seja em superação nos pressupostos e dimensões das sociedades que o nosso tempo está a forjar”.

²⁴ Por exemplo, as lesões que surgem nas intervenções cirúrgicas devido às tremuras nas mãos do médico, o que não se regista quando a intervenção é feita por robot.

²⁵ “We need conscious robots”. *Nautilus*. 27 abril, 2017. Disponível em <http://nautilus.us/issue/47/consciousness/we-need-conscious-robots>. Acessado em 04 de janeiro de 2022.

²⁶ CANOTILHO, Gomes JJ, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pág. 225.

²⁷ Runaroud. *Astounding Science Fiction*, 29(1), 1942, pág. 94-103

- a) Um robot não pode lesar um ser humano ou, por inação, permitir que tal ocorra;
- b) Um robot tem de obedecer às ordens dos seres humanos (seus criadores), exceto quando tais ordens entrem em conflito com a primeira lei;
- c) Um robot tem de proteger a sua própria existência desde que tal proteção não entre em conflito com a primeira ou com a segunda lei.

Como se pode constatar, já na primeira metade do século passado havia a fundamental preocupação em preservar a vida e a autonomia humanas. Se as premissas de Asimov partiram de uma ficção científica, hoje o cenário é diferente. O desenvolvimento da IA é real, pois convivemos com ela, faz parte do nosso quotidiano e podemos identificar melhor os riscos que os sistemas e os dispositivos de IA oferecem e quais os bens de personalidade que podem facilmente ser lesados e, em consequência, formular os princípios *standard* que guiam a atividade dos *designers* (na fase do desenho), pois é nessa fase que todas as funcionalidades do *software* e dos demais componentes da *machine* têm de ser configurados e programados, para a sua utilização.

Neste sentido, a Comissão Europeia criou em 2018 o *High Level Expert Group on Artificial Intelligence*. Como resultado dos seus estudos, publicou em 2019 as *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, cujo principal objetivo foi estabelecer parâmetros de confiabilidade da IA⁽²⁸⁾. Da leitura deste instrumento podem-se extrair quatro princípios éticos, que são os seus pilares, designadamente: a) o respeito pela autonomia humana; b) a prevenção de

danos; c) a justiça; d) a explicabilidade.

A automação que contém IA apresenta características próprias, nomeadamente a sua autonomia, a autoaprendizagem e o comportamento adaptado ao meio ambiente em que está inserida. Mas estas características não são suficientes para equiparar a IA à inteligência humana, pois para além das razões aduzidas *supra*, acrescentam-se outras: por mais sofisticadas que sejam as *machines* dotadas de IA, faltar-lhes-á a capacidade ética de agir do ser humano, o que significa que a pessoa humana está habilitada a fazer escolhas. Nas palavras de Mafalda Barbosa⁽²⁹⁾, às máquinas “falta-lhes, em cada tomada de decisão, a pressuposição ética, falha a relação de cuidado com o outro” e, mais profundamente, a “pessoalidade e a absoluta dignidade que a acompanha não existem por referência à inteligência artificial, razão pela qual se, ainda que em concreto um ser humano esteja privado da capacidade de agir, não lhe pode ser negado o estatuto de pessoa (e de pessoa para o direito), o mesmo não pode ser sustentado por referência aos robots”. Afinal, agir eticamente implica decidir com bom senso e muitas vezes agir segundo os ditames das imposições éticas, legais e costumeiras (art. 7.º da CRA) existentes na sociedade, o que apenas é exigível aos homens.

A complexidade do conceito de autonomia da IA impõe rigor na determinação da responsabilidade ética; ou seja, sendo a IA dotada de “autonomia”, o processo de tomada de decisão realizado através dos atos executados pelas *machines*, que sempre existirá dependente de uma prévia programação, por mais complexa e ampla que possa ser, estará sempre nos marcos dos limites estabelecidos pelo projeto desenhado. Nestes termos, a responsabili-

²⁸ EUROPEAN COMMISSION. *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI)*. Disponível em <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation>. Acedido a 05 de janeiro de 2022.

²⁹ “Inteligência artificial, *e-persons* e direito: desafios e perspectivas”, *RJLB*, Ano 3 (2017), n.º 6, n.º 1475-1503.

dade ética pela sua utilização está adstrita às pessoas, e não às máquinas, pelo que as preocupações e respostas éticas e sociais devem colocar-se no momento em que se dá início ao desenho do projeto, pois as *machines* atuarão sempre em função dos critérios inseridos e definidos a jusante pelo ser humano (o engenheiro desenhador ou programador). A montante, são da responsabilidade do homem (controlador ou utilizador) os possíveis prejuízos decorrentes de alguma decisão executada pela máquina⁽³⁰⁾. Mas tais responsabilidades não ficam por aqui. Além das que podem provir da culpa do programador ou de quem utilizar a máquina, podem também decorrer dos riscos próprios que a máquina oferece com o seu funcionamento ou colocação em ambiente com os humanos. Nada disso obsta a que se admita que as características próprias da autonomia, da capacidade de autoaprendizagem e da já referida capacidade de responder às alterações que o meio ambiente algumas vezes impõe, não são suficientes para elaborar uma tentativa de comparação entre a liberdade humana, radicada na biologia do homem, e a capacidade da máquina, que muitas vezes enfrenta o problema da diferença entre os *updates* do *software* que podem ter sido fornecidos por pessoa diferente do original produtor (ou *designer*). Afinal, o homem é produto de si mesmo, é livre, pois é ele quem define quem é e como ser (ainda que também defina como não ser). Nessa linha, define escolhas, como senhor da sua autopoiese, numa contínua autocompreensão (intersubjetividade) e transcendência. Já a máquina (o computador, o robot) e a IA são produto do homem, adicionando-lhe autonomia algorítmica alcançada por meio de técnicas e sistemas artificiais. Utili-

zando redes neurais, aquelas ferramentas analíticas computacionais com inspiração no nosso sistema nervoso e na sua capacidade de aprender padrões complexos alterando a força das conexões sinápticas entre neurónios⁽³¹⁾, constituem ainda assim características insuficientes para uma comparação.

4. Personalismo eletrónico?

Ficou demarcada a posição dos humanos, os quais com a sua inteligência e consciência não são comparáveis com a IA. Coloca-se agora o problema de saber se, não podendo falar-se com rigor jurídico que as *e-persons* são centros autónomos de imputação de relações jurídicas, por lhes faltar capacidade para exercerem direitos e assumirem deveres, poderá ser-lhes assacada responsabilidade. Como defender a ideia da existência de *personagens eletrónicas*?

Reconhecemos que os argumentos apresentados pelas diversas ciências a favor e contra as *e-persons* são fortes, mas, antecipando posição, optamos por não admitir a sua existência, sem fundamentalismo. Há que problematizar, ponderando axiologicamente, para encontrarmos respostas *materialmente justas e normativamente adequadas*⁽³²⁾ na mira de um melhor enquadramento jurídico. Mais uma

25

³⁰ BUCHHOLZ, R. A., & ROSENTHAL, S. B., "Technology and Business: Rethinking the Moral Dilemma", *Journal of Business Ethics*, 41(1-2), pág. 45-50.

³¹ MINTZ, Y./BRODIE, R., "Introduction to artificial intelligence in medicine". *Minim Invasive Ther Allied Technol.* 2019, 28(2): 73-81. Doi:10.1080/13645706.2019.1575882. Estes autores entendem que nas redes neuronais artificiais (em inglês ANN, *artificial neural network*), o input é inserido numa série de algoritmos e o output desses algoritmos é reinserido noutra conjunto diferente de algoritmos de maneira a chegar ao output final. Uma rede neural profunda (em inglês DNN, *deep neural network*) é quando existe mais do que uma camada "escondida" entre o input e o output e uma rede neuronal convolucional (em inglês CNN, *convolutional neural network*) é um tipo específico de ANN tipicamente baseada em algoritmos de aprendizagem profunda com diversas camadas "escondidas" para analisar a informação relacionada especificamente com a visão computacional (CV).

³² Cfr., BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., pág. 471 seq.

questão: a visão ético-normativa do conceito de responsabilidade será compaginável com a indicação da autonomia das máquinas dotadas de IA? De um lado, a resposta dos que consideram que a IA não é uma “verdadeira inteligência artificial com autonomia” capaz de fazer escolhas valorativas e de serem equiparáveis aos humanos; do outro, a resposta dos que entendem que os princípios e os institutos jurídicos não são peças presas no tempo, mas sofrem as influências do tempo, devendo por isso a IA ser aceita com as devidas cautelas. O problema é complexo, exigindo a indagação de inúmeras aporias. A responsabilidade civil, a personalidade jurídica, como muitos dos institutos jurídicos da nossa ordem jurídica, vêm de longe e foram-se alterando, modelando-se conforme foi mudando o conteúdo substancial das nossas relações, por influência econômica, política, social, cultural e, atualmente, tecnológica, realidades que afastam a ideia de que tais institutos não devam fugir do pensamento tradicional estático ou inabalável. Estes institutos não nasceram nem se estruturaram com predisposição para um fim concreto. Não são completamente livres; há limites, e estes limites não são estanques, o seu conteúdo e a sua funcionalidade devem acompanhar o desenvolvimento da materialidade que lhes está subjacente e, como sabemos, todo o desenvolvimento comporta riscos.

Para nós, o ponto de partida é a consideração de que, ainda que problemático e longe de reunir consenso na ciência jurídica, e ser muito incipiente o seu debate na área da saúde, a possibilidade de atribuição de personalidade eletrônica tem de ter por escopo a dignidade da pessoa humana como epicentro do fenómeno jurídico, pois só assim as recomendações do Parlamento Europeu lograrão sucesso, designadamente a existência de uma (i) *human agency* e supervisão humana, [cujos princí-

pios reguladores possam vir a ser a nível global]; (ii) robustez técnica e segurança [com vista a minimizar o surgimento de danos sobre as pessoas]; (iii) privacidade e governança de dados [haver poder das pessoas sobre o tratamento de dados que as *machines* realizam]; (iv) transparência [possibilidade de os médicos observarem, avaliarem e controlarem a atuação dos sistemas de IA]; (v) diversidade, não discriminação e justiça [os sistemas de IA devem servir todos, na base do princípio da igualdade, e permitir que o *designer* e o controlador respondam pela atuação da IA]; (vi) bem-estar ambiental e social [os sistemas de IA devem estar ao serviço das pessoas e não devem afetar o ambiente em que vivemos]; e (vii) *accountability* [direito a ser ressarcido dos danos sofridos pela atuação da IA]³³.

Ora, se o que está no centro da discussão é a manutenção do *status quo* humano, procurando a prevenção de danos e a realização da justiça, a necessidade de atribuição de personalidade jurídica às máquinas com IA não é uma simples atribuição de um estatuto legal; pelo contrário, é a imperiosa necessidade de criação de mecanismos que tutelem, com inalienável posicionamento axiológico, a pessoa humana nas suas mais diversas manifestações. Entendemos que o distanciamento entre pessoa humana e máquinas inteligentes residirá também na inevitável – repita-se – consideração e valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, visto sob dois polos: como princípio da personalidade, e como princípio

³³ Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, a 28 de fevereiro de 2022, o Comité das Regiões Europeu – Abordagem europeia da inteligência artificial – Lei da Inteligência Artificial, emitiu um parecer com recomendações (2022/C97/12) para alterar a Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Artificial Intelligence Act) e altera determinados atos legislativos da União. O parecer para alterações abrangem alguns *Considerandos*, bem como em alguns artigos. Consideramos ser de capital importância o seu estudo, pois visa introduzir questões inovadoras.

da individualidade (irrepetibilidade da sua inata individualidade), que obriga a um compromisso inafastável, qual seja, o do absoluto e irrestrito respeito pela identidade e a integridade do ser humano, na medida em que o homem é sujeito de direitos, não sendo nunca objeto do direito, nem objeto mais ou menos manipulável, características que não encontramos nas máquinas dotadas de IA.

Na ausência de um fundamento antropológico-axiológico para a atribuição de personalidade jurídica às máquinas dotadas de inteligência artificial, e atendendo ao facto de que o direito na sua essência e vigência convoca permanentemente a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, as *e-persons* só podem ser justificadamente existentes como *máquinas*, com o fundamento de que, e como recomendou o Parlamento Europeu, deve ser definido o que é um robot, determinar um sistema de registos sobre a tipologia de máquinas dotadas de inteligência artificial e o âmbito da sua atuação, regras de responsabilidade civil, seguros e fundos de garantia e códigos de conduta impostos aos *designers* e investigadores em robótica. Assim, poderemos pressupor que, na sua atuação, a *machine*, ainda que muito sofisticada, com um grau de autonomia que lhe permite interagir com terceiros gozando de um nível alto de independência, é responsável por mitigar qualquer ação que possa causar danos, mas será sempre o “pai criador” o centro de imputação das exigências ético-jurídicas para que a sua criação não seja ponto de partida para colocar em causa a *dignitas da pessoa humana*⁽³⁴⁾.

Por isso, é importante que quem projeta a máquina suportada pela IA tenha a responsabilidade de refletir sobre as questões éticas da sua utilização e de garantir transparência na operacionalização

dos seus sistemas. Com efeito, como a operacionalização dos algoritmos de autoaperfeiçoamento e análise de dados constituem o sistema que possibilita a automatização do processo de tomada de decisão, é importante que o sistema possa ser sindicável através de um princípio participativo e democrático. É igualmente importante que os *designers* tenham consciência de que uma má utilização da IA pode potenciar o surgimento de riscos no processo de proteção de dados, uma vez que na atividade médica há uma grande recolha de dados, e se o seu uso for inadequado pode ferir a garantia de tutela da privacidade. Todo este quadro protetivo tem em vista o bem-estar individual e coletivo⁽³⁵⁾.

A questão da dignidade da pessoa humana é tão abrangente que modela a ordem jurídica, de tal sorte que ela não deve ser condicionada segundo os contextos e situações sociais em que a pessoa possa esteja integrada. Pelo contrário, a sua dignidade deve ser considerada em si e por si, para que possamos afirmar e defender que é na pessoa-lidade com dignidade que repousa a liberdade e a responsabilidade. Dada a sua natureza gregária, a dignidade da pessoa manifesta-se nas implicações

27

³⁴ EUPEAN COMMISSION. *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI)*, ob. cit.

³⁵ A Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão Europeia sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)), na sua introdução e no ponto N. dispõe que “Considerando que a tendência para a automação exige que todos os envolvidos no desenvolvimento e na comercialização de aplicações de IA integram a segurança e a ética desde o início do processo, reconhecendo assim que têm de estar preparados para assumir a responsabilidade jurídica pela qualidade da tecnologia que produzem”. Este “Considerando” lançou muita discussão e discórdia entre autores. Somos de opinião que a responsabilidade é de quem desenha ou produz a máquina inteligente, o que reduz ao mínimo o espaço da tese segundo a qual a autonomia da máquina e aproximável à autonomia humana; aliás, o próprio Parlamento Europeu, noutra Resolução (de 20 de outubro de 2020), recomendou à Comissão o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial. Para uma leitura analítica da Resolução, veja-se AMIDEI, Andrea, “Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo”, in RUFFOLO, Ugo (org.) *Intelligenza artificiale e responsabilità*. Milano: Giuffrè, 2017, pág. 77 e seg.

do princípio da igualdade, “(...) como condição social da liberdade”, pois, “a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais ou se nenhum for já privilegiado já diminuído nessa possibilidade”⁽³⁶⁾. Ora, como transferir este referente axiológico para as máquinas inteligentes? Primeiro, é importante admitir que nunca houve a exigência jurídica de uma existência de vida orgânica para a atribuição e reconhecimento de personalidade jurídica. A personalidade jurídica das pessoas coletivas é um exemplo. No entanto, aquelas entidades agem, não por si, mas através de representantes que carecem de definição legal para a sua existência e capacidade jurídica de agir, a qual, em princípio, será sempre em nome e no interesse da entidade coletiva⁽³⁷⁾.

Em segundo lugar, tal realidade não é compatível com a tentativa de transpor para os robots personalidade jurídica por analogia àquela dos humanos. De um lado, a personalidade jurídica das pessoas singulares, devida ao seu estatuto ético, é-lhes reconhecida; por outro lado, ainda que estejamos a falar de um robot (IA) com um grau de sofisticação elevadíssimo, a sua pseudopersonalidade jurídica seria sempre atribuída e, sendo a individualidade da pessoa humana um reflexo do princípio da sua dignidade, não encontramos “aí um ponto de apoio seguro para a extensão do conceito a entes artificiais”⁽³⁸⁾.

Mesmo que a personalidade jurídica das máquinas inteligentes tenha sido tema pelo qual os investigadores se têm apaixonado, parece que os obs-

táculos à sua aceitação continuam firmes. Haverá uma primeira barreira a colocar, aquela relativa à já citada pessoalidade e à absoluta dignidade, que não se confinam ao âmbito da inteligência, o que tem enganado autores a estabelecerem um paralelo entre inteligência humana e máquinas. Defendemos que uma pessoa humana pode ser naturalmente incapaz ou judicialmente privada de locomoção; no entanto, não fica reduzida no seu estatuto de pessoa, nem atingida a sua dignidade ética. Nestes termos, o princípio da dignidade da pessoa humana, que não nos cansamos de invocar, impõe que veementemente se negue considerar o homem um objeto ao serviço da *máquina inteligente*; pelo contrário, é a IA que deve estar ao serviço do homem. Nada justifica tal aproximação. Aliás, o contrário só se justificaria se pudéssemos considerar as máquinas com IA como *seres* concretos, com certas peculiaridades e particularidades no seu universo, algo que só nos seres humanos é possível encontrar, pois cada um é irrepetível e insubstituível, uma fórmula que convoca o domínio da *dignitas* da pessoa. A pessoa deve ser considerada na sua integridade, não só do ponto de vista da sua condição natural como também da sua condição ético-axiológica. As *machines*, porque ao serviço do homem, são repetíveis e, aliás, fabricadas em série!

5. Reflexos na prática médica

Como já referido, a IA está presente nas mais variadas atividades que impactam as nossas vidas. Ela pode ocorrer a três níveis: *a)* para os profissionais de saúde, principalmente porque pode potenciar a certeza dos exames médicos, de sangue, imagens [a radiologia tem sido a especialidade onde o benefício desta tecnologia é assinalável: as tarefas de reconhecimento de imagem através de técnicas de processamento de imagem e visão computacio-

³⁶ NEVES, Castanheira A., “O Direito como Alternativa Humana. Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito”, *ob. cit.*, pág. 287 seg.

³⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Inteligência artificial, *e-persons* e direito: desafios e perspectivas”, *ob. cit.*, pág. 1480.

³⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Inteligência artificial, *e-persons* e direito: desafios e perspectivas”, *ob. cit.*, pág. 1482.

nal para que o diagnóstico seja mais rápido, a visualização mais clara de patologias, o alerta para situações de emergência, e o colmatar da falta de mão de obra crítica⁽³⁹⁾] etc.; podem realizar cirurgias; podem armazenar dados e manipulá-los para determinado fim; podem fazer leituras de determinados tipos de doenças e cruzar com outros elementos (como idade [a interpretação de imagens do fundo ou de tomografia de coerência ótica para o diagnóstico da degeneração macular relacionada com a idade], características fisiológicas, ADN, etc.) que correspondem às diversas especialidades; b) para o sistema de saúde, melhorando o fluxo de trabalho e reduzindo o erro médico, os custos financeiros e a carga horária dos profissionais; c) para os pacientes, permitindo-lhes o processamento da sua própria informação para lhes promover a saúde: por exemplo, a IA fornece ferramentas preditivas que podem estimar o risco de readmissão do paciente no hospital, o risco de sépsis, ou que os pacientes possam beneficiar de cuidados paliativos. A funcionalidade combinada destes três níveis, apesar das vantagens, pode transformar-se em erros decorrentes da operacionalidade algorítmica complexa e constituir sérios riscos para a vida das pessoas e, em consequência, causar danos e fazer surgir a obrigação de os reparar, por intermédio do instituto da responsabilidade civil.

Haverá de certeza um leque de áreas em saúde onde a aplicação da IA é importante⁽⁴⁰⁾. Não

³⁹ MARGARIDO, Inês Tomás Marques Martins, *A Medicina do Futuro nos dias de Hoje: Aplicações da Inteligência Artificial*. Trabalho Final de Mestrado Integrado em Medicina. Faculdade de Medicina da UL. Março de 2020, pág. 16-18.

⁴⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Inteligência artificial, saúde e direito: considerações jurídicas em torno da medicina de conforto e da medicina transparente”, *Julgur*, nº 45, 2021, pág. 235-261. A dado passo da sua exposição, o professor de Coimbra diz que “a medicina é intensamente desafiada pelas ciências da computação e pela economia digital. Identificam-se várias áreas como determinantes da medicina do futuro. Destacamos os temas relativos à IA, ao processo clínico

teríamos espaço para abordá-las todas, mas parecem-nos de capital importância a aplicação do chamado Sistema de Apoio à Decisão Médica (SADM), por interferir numa decisão, e implicar a problemática da “autonomia”. O SADM é um sistema baseado em princípios de análises de decisões; organiza e esclarece informações importantes quanto aos riscos e benefícios de cada tratamento possível, simplificando o processo de decisão para o paciente e para o médico. Segundo Débora Delfim Guarize e Eliane Vendramini de Oliveira, “apesar desta ajuda, o paciente ainda precisa fazer a sua opção de tratamento e confiar no médico que o acompanha para que este possa explicar com maiores detalhes, os riscos de cada procedimento. Este método de análise que possui vantagens e desvantagens está sendo cada vez mais usado para fornecer as opções mais simples dentro da enorme variedade de alternativas avaliadas. Os Sistemas de Apoio a Decisão Médica podem ser classificadas da seguinte maneira: Sistemas com capacidade de decisão própria limitada ou ausente (recuperação de dados sobre paciente, cálculos matemáticos assistidos por computador, análise e interpretação primária de dados) e Sistemas com capacidade de raciocínio automático e de inferência (sistemas de classificação de doenças, sistemas especialistas baseados em consulta, sistemas especialistas baseados em críticas). SADM possui os seguintes módulos: perfil do paciente, diagnóstico, avaliação do paciente, análises”⁽⁴¹⁾.

A IA deve ser aplicada quando está assegurada a tutela de direitos e liberdades fundamentais. Evitar danos à integridade física e moral dos pacientes é

eletrónico, aos medicamentos personalizados, à cirurgia robótica, ao atendimento personalizado e à medicina preditiva. A interação entre a genética, os *big data* e a inteligência artificial afigura-se colossal e irá transformar o mundo da prestação de cuidados de saúde”, pág. 237.

⁴¹ “Estudo da Inteligência Artificial Aplicada na Área da Saúde”, *Colloquium Exactarum*, vol. 6, nº Especial, Jul-Dez. 2014, pág. 26-37.

um desiderato inalienável. Logo, as máquinas inteligentes devem fazer parte dos instrumentos ao serviço e sob poder regulador dos poderes públicos para garantir o acesso a cuidados de saúde de qualidade e em segurança. As Constituições modernas dispõem de normas neste sentido e possibilitam que os utentes dos serviços de saúde (públicos e privados) reclamem a qualidade e segurança dos serviços que lhes são prestados⁽⁴²⁾. Um primeiro mecanismo reivindicativo é a garantia de poder exigir-se toda a informação que envolve o paciente no meio ambiente hospitalar, para responder às exigências do seu consentimento livre e informado. Partindo do pressuposto de que o tratamento médico curativo, ou seja, toda e qualquer intervenção médica sobre o paciente constitui uma possibilidade de lesão, pois muitas vezes implica lesões à integridade física do paciente, podendo surgir ações indemnizatórias (e até penais), o bem jurídico protegido pelo delito está identificado com a integridade física, apenas podendo ser justificação para ilicitude se houver consentimento validamente emitido pelo paciente⁽⁴³⁾.

Apesar do sucesso apontado à cirurgia robótica e à telecirurgia, a verdade é que em países como os EUA, onde há maior desenvolvimento técnico e tecnológico nesta área, têm-se registado muitas disputas judiciais devido aos danos sofridos durante a atuação da plataforma robótica denominada *Da Vinci Surgical System*, por violação das regras do consentimento, por ausência do exercício do dever

de informação, assim como por culpa do profissional de saúde ou pelo defeito da *machine*⁽⁴⁴⁾. Compreende-se que, como resultado das atividades da IA (dos robots, principalmente) em saúde surjam muitas ações judiciais para indemnização por danos sofridos pelos utentes.

Os termos gerais do consentimento informado implicam já um dever do médico de explicar com o pormenor devido as vantagens e riscos de um tratamento ou intervenção cirúrgica convencional. Quando estivermos em presença da utilização de máquina inteligente, as regras devem ser mais rígidas, pois àqueles termos devem adicionar-se as especificidades da utilização de um robot, quer presencialmente quer à distância; por exemplo, neste último caso, há sempre a possibilidade de durante uma telecirurgia haver quebra da *internet* (dado que a atividade dos *hackers* se tem intensificado, podem ocorrer interferência de terceiros⁽⁴⁵⁾); no caso de

⁴⁴ Cfr. DANTAS, Eduardo e NOGAROLI, Rafaella, “Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias de Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial)”, *Lex Medicinæ*, Centro de Direito Biomédico, Ano 17, n.º 33, pág. 25-63. Os autores anunciam que o robot Da Vinci “entre 2001 e 2018, vendeu mais de 2900 plataformas robóticas nos Estados Unidos e 4500 no restante globo. Estima-se que esta tecnologia já proporcionou a realização de cirurgias minimamente invasivas para mais de 6 milhões de pessoas ao redor do mundo. Em localidades que não dispõem de especialista, também podem ser realizadas telecirurgias. Apesar dos inúmeros benefícios da robótica nas cirurgias, conforme expusemos no primeiro capítulo – eliminação dos tremores naturais da mão humana; maior flexibilidade dos braços robóticos que podem girar 360°; maior precisão no corte e sutura dos tecidos, com a consequente diminuição da perda de sangue e cicatrizes menores –, a complexidade do organismo humano e a inevitável influência de fatores externos fazem da álea terapêutica, ou seja, da incerteza um atributo indissociável da prática médica. A robótica implementada nas cirurgias não elimina o fator de imprevisibilidade no tratamento médico”.

⁴⁵ Muito recentemente, em Portugal, a rede de *internet* da Vodafone sofreu um forte ataque cibernético que afetou a operacionalização de serviços de saúde, designadamente aqueles que estão dependentes de informação que circula por meio de infraestruturas de rede cibernética, meios de socorro, meios de emergência pré-hospitalar e dos serviços de bombeiros. É um exemplo claro de possível interferência que pode ocorrer durante uma telecirurgia. O desenvolvimento tecnológico tem também demonstrado que terceiros podem interferir

⁴² Em Angola, a lei n.º 21-B/92, de 28 de agosto, sobre o Sistema Nacional de Saúde, dispõe no art. 13.º, cuja epígrafe é “Estatuto dos utentes”, no n.º 1, al. c), “ser tratado pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correção técnica, privacidade e respeito”.

⁴³ RODRÍGUEZ-VÁSQUEZ, Virgilio, “Estudio de derecho comparado sobre el consentimiento informado en los tratamientos médicos curativos”, in Direito da Saúde. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 3, Coimbra: Almedina, 2016, pág. 133-159.

Angola, pode ocorrer a falha de energia elétrica) e, como consequência, faltar a imagem que possibilita a visualização dos movimentos que o robot deveria reproduzir. Nestas situações, no local onde o paciente estiver a ser operado deverá haver uma equipa médica pronta para substituir a telecirurgia pela cirurgia convencional. A possibilidade desta ocorrência deverá ser comunicada ao paciente, bem como a substituição do tipo de intervenção cirúrgica, os riscos subjacentes e as alterações no procedimento da intervenção, designadamente a alteração do período da intervenção e da duração dos efeitos anestésicos, alteração do nível de incisão e a possibilidade de aumento de complicações⁽⁴⁶⁾. Também pode ocorrer alteração da cirurgia robótica para a tradicional quando há falha de equipamento. Ensina Deborah Dubeck que “os pacientes precisam saber mais do que apenas os riscos gerais, benefícios e

alternativas que estão associados ao procedimento. O risco de falha do robot e a prontidão para implementar um plano de contingência, com a conversão para um procedimento aberto, são questões que devem ser abordadas no consentimento informado do paciente. Os cirurgiões precisam passar algum tempo com o paciente explicando os prós e contras da cirurgia robótica, comparando-a com outras alternativas”⁽⁴⁷⁾, ou seja, deverá o médico explicar e fazer constar do termo de consentimento as informações detalhadas das vantagens e eventuais riscos associados à utilização do robot, quer presencialmente quer à distância.

No entanto, como explica André G. Dias Pereira⁽⁴⁸⁾, e tendo por referência um comentário a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 9 de outubro de 2014, o facto de haver o termo de consentimento assinado pelo médico e o paciente não deve sossegar o profissional; pelo contrário. Expende o acórdão: “a referência num documento assinado por médico e doente em que aquele explicou a este de forma adequada e inteli-

31

no comando de determinados serviços, ou seja, pode um *hacker* fazer-se substituir por uma pessoa que detém o comando de um robot ou de um *software*. Em termos gerais do direito, o facto de terceiro é excludente da responsabilidade civil médica, sendo ela dolosa ou por mera culpa, desde que provenha de alguém que não seja o médico ou membro da sua equipa de trabalho. É muito comum hoje, com o intensificar de interferências de *hackers* nas redes de *internet*, trazendo elementos novos, mas completamente externos a relação entre o médico e o paciente. A capacidade dos hackers, a que assistimos, não deixa dúvidas sobre poderem tomar o comando da telecirurgia, por exemplo, ficando o médico responsável pela operação privado da direção do robot, e noutros casos a equipa médica preparada para a intercorrência e para substituir a cirurgia robótica pela convencional, sujeito a demorar mais tempo do que o devido por falta de comunicação direta com o médico responsável pela intervenção cirúrgica robótica. A intercorrência médica significa a ocorrência de um evento inesperado durante um procedimento médico, que na experiência comum não poderia ser prevista ou alertada ao paciente (que não a ausência do consentimento informado). Na atividade médica, o risco está sempre presente, desde o mais simples ao mais complexo procedimento. Todas estas questões são suscetíveis de responsabilizar culposamente o médico, não significando que os danos sofridos pelos pacientes não possam ser reparados. Lança-se mão da responsabilidade objetiva. Ficam claros os riscos que podem surgir da utilização de uma máquina dotada de IA, e muitas vezes manipulada por meio da *internet*.

⁴⁶ DANTAS, Eduardo e NOGAROLI, Rafaella, “Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias de Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial)”, *ob. cit.*, pág. 43.

⁴⁷ Esta autora foi citada por DANTAS, Eduardo e NOGAROLI, Rafaella, “Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias da Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial)”, *ob. cit.*, pág. 41. Estes mesmos autores, citam outro artigo intitulado “Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: uma abordagem de direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil)”, ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Berreza de; DADALTO, Luciana (coord.) *Responsabilidade Civil e Medicina*, Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, pág. 159-189, onde defendem que, dentre os riscos que deverão constar no termo de consentimento para a realização da cirurgia robótica à distância, deve constar: “1) possibilidade de interrupção da telecirurgia por algum problema de conexão com a *internet* ou mesmo algum problema do próprio equipamento; 2) existência de um *time delay* entre os movimentos do cirurgião e a reprodução pelo robô, que pode gerar algum evento adverso; 3) demais riscos técnicos decorrentes de falha do *software* ou da própria limitação tecnológica; 4) possibilidade de acesso ilícito por terceiros dos dados da saúde do paciente armazenados em rede”.

⁴⁸ “Consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, *in* Direito da Saúde. *Estados em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 3, Coimbra: Almedina, 2016, pág. 161-179.

gível entre outras coisas os riscos e complicações duma cirurgia não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e bem dos riscos concretamente pelo que é manifestamente insuficiente”. A par destes deveres de informação, o médico, perante operações sofisticadas, deve informar o paciente acerca da sua especialidade, experiência na utilização de robots bem como da possibilidade de haver intervenção alternativa, tanto dos processos técnicos a utilizar, como da existência de robots de outra tipologia⁽⁴⁹⁾. Afinal, este expediente obrigacional permite ao médico subtrair-se aos constrangimentos que a ilicitude de um comportamento coloca, funcionando como causa de justificação. Também constitui a realização do direito do doente à *autodeterminação preventiva*⁽⁵⁰⁾, no sentido de poder determinar antecipadamente o que quer com a intervenção médica, e aceitar os riscos, o tratamento curativo e outras circunstâncias.

Outra questão de não menor importância – a que vamos fazer referência, brevíssima, pois não é esta a sede própria – no campo do consentimento, e relacionada com telecirurgia, realizada em Estados diferentes, é a questão de identificar, em caso de conflito, qual a lei é chamada a dirimi-lo: a *lex fori* ou a *lex causae*. O consentimento é manifestação da personalidade individual das pessoas, integrando o catálogo dos direitos de personalidade, e estando inserido nas matérias pertencentes ao estatuto pessoal. A fixação jusprivatística da existência e determinação do conteúdo do direito de personalidade, a sua garantia e tutela é realizada

⁴⁹ DANTAS, Eduardo e NOGAROLI, Rafaella, “Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias da Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial)”, *ob. cit.*, pág. 42-43.

⁵⁰ PEREIRA, André G. Dias, *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 572, ainda que o autor refira o princípio da *autodeterminação preventiva* a propósito do testamento vital, entendemos que o conteúdo do princípio é suficientemente elástico para nele caberem as variações do consentimento informado.

pelo estatuto da responsabilidade – arts 27º e 45º CC. Há alguns desvios a esta regra, designadamente quanto à incapacidade de o paciente manifestar o seu consentimento⁽⁵¹⁾. Assim, e por exemplo, se alguém é incapaz para consentir em Angola, mas for capaz num Estado onde o paciente está a ser operado remotamente, a lei angolana considera esse paciente capaz – art. 28º CC. Se o paciente a ser operado estiver em Angola e o médico que estiver no comando do robot estiver na Inglaterra, o consentimento deverá ser prestado em Angola.

Tem tido importância significativa na literatura jurídica o problema de considerar o dano da privacidade pela presença do robot. Vamos fazer uma brevíssima referência que é de difícil solução, e onde questões éticas e jurídicas são novamente convocadas. O dano como prejuízo ou sofrimento que alguém sofre pela atuação do robot tem manifestações de vária ordem. Umas muito evidentes e de simples identificação e tutela (como por exemplo os danos decorrentes de uma cirurgia robótica mal sucedida, quer por imperícia médica, quer por problemas das componentes do robot, quer ainda por problemas de *internet*), mas outras menos claras e, por isso, de um grau elevado de avaliação normativa e axiológica. Desde logo, como reagir à

⁵¹ RIBEIRO, Geraldo Rocha, “O cuidado médico transfronteiriço e o consentimento informado: as suas repercussões em sede de direito internacional privado. Uma primeira abordagem”, in *Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 3, Coimbra: Almedina, 2016, pág. 235-321. O autor, na pág. 266, afirma que “uma das notas que caracteriza o actual método conflitual é a sua especialização. Desta resulta a fragmentariedade das regras de conflito e a adopção de um sistema analítico da situação jurídica plurilocalizada. Atendendo aos interesses que subjazem às relações jurídicas de direito privado e aos fins de DIP (segurança e estabilidade das relações jurídicas) a especialização das regras do conflito oferecem a certeza (pelo menos assim é o intento do legislador) de que a lei que regula a situação jurídica seja, conforme as suas diferentes componentes, a adequada. Todavia, desta opção pode resultar a aplicação de mais do que uma lei à mesma situação e desta forma potenciar o risco de existirem contradições normativas da solução material ao caso concreto”.

presença de uma máquina autónoma, que é capaz de gravar as imagens à sua volta e, muitas vezes, de as transmitir a um centro de comando ou para terceiros, e pôr a salvo elementos componentes da sua dignidade, nomeadamente a renúncia à presença de outra pessoa, a aceitação (acrítica) ou não da decisão da *machine*; enfim, o direito ao resguardo, à privacidade e à intimidade. Uma primeira aproximação deve ser colocada nos termos da validade do princípio segundo o qual a tecnologia deve estar ao serviço do homem, devendo por isso as relações humanas ser infungíveis de forma absoluta. A presença significativa de tecnologia poderá estar a contribuir seriamente, e sem a isso estar a dar a importância devida, para uma desumanização da relação médico-paciente. É o que acontece com bancos de dados que recolhem e armazenam informações de determinado tipo de doentes (com cancro, diabetes, HIV/SIDA e, mais recentemente, Covid-19), e cujo tratamento dos referidos dados é desconhecidos dos seus proprietários. Argumentos sistemáticos e teleológicos justificam a convocação do tema, pois, se defendemos *supra* a ideia de que a IA não tem propriamente uma inteligência, na medida em que ela não faz escolhas éticas e juridicamente conformes com a liberdade humana, a verdade indesejável é que ela recolhe e processa dados das pessoas envolvidas no mesmo ambiente, e resolve, decidindo, problemas.

Tendo havido culpa do médico no manuseamento da máquina dotada de IA, o consentimento não afasta a sua responsabilidade. A culpa do médico tem sido consumida pela teoria da responsabilidade objetiva, nas suas mais diversas manifestações. Desde logo, naquelas em que a lei assim determina (medicina como uma relação jurídica administrativa, porque realizada em estabelecimento públi-

co⁽⁵²⁾), pelo risco, por ensaios clínicos, e outras. A responsabilidade contratual apenas é admissível nos hospitais privados, o que pode supor a existência de uma cláusula contratual que já definir a obrigatoriedade da posição credora para o paciente de um direito à informação que lhe permita manifestar o seu consentimento informado, o que não acontece nos hospitais públicos, onde reside dever público de prestar cuidados de saúde no quadro do compromisso do Estado para com os seus cidadãos⁽⁵³⁾.

Tem-se entendido que o facto de um insuficiente treinamento ou a atualização de conhecimentos afetar a experiência, e as habilidades do

⁵² PEREIRA, André G. Dias, *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 799. O autor faz uma indicação sobre as várias formas de manifestação de responsabilidade objetiva nas instituições hospitalares públicas, bem como uma relação de bibliografia interessante.

⁵³ DIAS, Figueiredo/MONTEIRO, Síde “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, 1984, pág. 35.

A separação no campo da responsabilidade entre o facto danoso ocorrido num estabelecimento hospitalar público e privado, nada tem a ver com a dignidade devida à prestação de serviços de saúde. A exigência de qualidade na prestação dos cuidados deve ser no mesmo nível. O que verdadeiramente acontece, e tendo sempre em conta que há hoje um novo “paradigma do Estado socialmente prestacional” – CANOTILHO, Gomes JJ, *Direito Constitucional e Teoria do Direito Constitucional*, ob. cit., pág. 351-352 – “as tarefas sociais e económicas do Estado não se identificam com monopólio estatal e há muito que deixam de ser recortados com base no esquema dicotómico da separação entre Estado e sociedade”, sendo hoje um “Estado regulador dos serviços essenciais”. Ademais, “as razões desta mudança, quanto a responsabilidade estatal pela regulação de serviços económicos de interesse geral, não assenta apenas em premissas ideológicas, mas na verificação de que a prossecução de muitas tarefas outrora inseridos no ‘núcleo duro’ de tarefas do Estado faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, experiências técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho do Estado. Consequentemente, elas só podem ser disponíveis lá onde se encontram”. Há pois, uma deslocação cada vez mais presente das responsabilidades operacionais na prestação de serviços de saúde do sector público para o privado, que é também um “imperativo social do Estado de direito”, assente nos princípios da sociabilidade, que é diferente da ideologia do socialismo ou de qualquer outra conotação com ela, e do princípio da democracia económica e social que, enquanto princípio funcional, permite a intervenção de privados na realização de tarefas do Estado na área da saúde, e como princípio organizatório da prossecução das tarefas do Estado está constitucionalmente consagrada do sector privado (também a propriedade privada).

médico, enfraquece o desiderato do médico em agir segundo as *leges artis*, de forma mais técnica e profissionalmente exigível, com respeito pelo direito à saúde dos pacientes e, concomitantemente, demonstrando um comportamento compatível com a dignidade da sua profissão e especialidade. Há que ter em atenção duas situações diferentes: aquelas em que o profissional deve tomar para si a responsabilidade de aprender sempre (não só para enriquecer o seu *curriculum vitae*, mas fundamentalmente para melhorar o seu *know-how*)⁽⁵⁴⁾ e, aqueles em que tal responsabilidade é do hospital. Na primeira, podemos estar perante a culpa do médico; já na segunda haverá culpa dos serviços⁽⁵⁵⁾ ou da organização⁽⁵⁶⁾, pois ao hospital incumbem vários deveres, nomeadamente o de realizar manutenção de equipamentos (ocasionando a possibilidade de duas outras responsabilidades: do hospital perante o paciente que sofreu danos pela utilização do robot, ou, eventualmente, de uma empresa especializada na tecnologia utilizada pelo robot, contratada para realizar a manutenção, e não a realizando nos termos tecnicamente normatizados, apresentando

por isso o robot defeitos que vão afetar a cirurgia e criar danos ao paciente), o de vigilância (saber se o robot está operacional para realizar a sua atividade, e se o médico e os outros profissionais que constituem a equipa estão à *altura das* suas tarefas) e o de formação contínua dos seus profissionais⁽⁵⁷⁾.

Na verdade, conforme ensina o meu Mestre Sinde Monteiro⁽⁵⁸⁾, “o dever de organização quanto ao pessoal está entrosado com a observância de dois critérios a respeito: um quantitativo e outro qualitativo: no primeiro, exige-se que o hospital disponha de pessoal qualificado, detentor da formação adequada, mas igualmente da própria capacidade efetiva e concreta para o desempenho, *in loco*, das funções que lhe são atribuídas. Enquanto, no segundo critério, o pessoal qualificado deve ser em número suficiente, pelo que o pessoal existente deve ser convenientemente articulado de maneira a que no momento oportuno esteja presente”.

Na utilização da IA, há outra questão, que é problemática. É a que diz respeito à “caixa negra” da *machine*. A ausência de clareza e transparência para muitos profissionais de saúde acerca da forma como o mecanismo dos algoritmos chega às suas conclusões, imputável ao elevado número de variáveis e de estruturas complexas subjacentes que o *deep learning* requer, leva a crer que a construção de modelos de aprendizagem profunda para reali-

⁵⁴ Como por exemplo no Brasil GAUBURRI, Fernando e ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade Pré-Contratual e Responsabilidade Pós Contratual. Responsabilidade Civil*, São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de, in “N^{os} 3 e 4 do art. 7^o - Responsabilidade Exclusiva do Estado e Demais Pessoas Colectivas de Direito Público”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, para quem “o que está em causa não é a reparação dos resultados do funcionamento anormal dos serviços, mas a reparação dos danos inerentes ao seu funcionamento normal, na medida em que decorre da objectiva perigosidade social das coisas que utilizam ou das actividades que desempenham que o funcionamento normal, mesmo sem eventuais disfunções ilícitas, é fonte potencial de danos”.

⁵⁶ Cfr. COSTA, Gomes Daniela Sofia, *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil*, Petrony, Coimbra, 2018. Também, AMARAL, Diogo Freitas do, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991. Ainda, DIAS, Jorge Figueiredo, e MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *ob. cit.*, pág. 35 seg.

⁵⁷ De uma forma geral podemos falar da existência de um funcionamento anormal dos serviços hospitalares, cuja responsabilidade, havendo danos, dispensa da averiguação de a imputabilidade do facto lesivo ser dirigida ao titular de um serviço em particular ou ao titular do órgão diretivo da entidade hospitalar, como pressuposto da responsabilidade dos serviços. Ainda que tenha sido possível determinar a conduta lesiva, ou não tenha sido possível a sua determinação, haverá sempre responsabilidade dos serviços desde que o surgimento dos danos possa ser imputável a um funcionamento anormal do serviço. Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 807-808.

⁵⁸ *Apud* COSTA, Daniela Sofia Gomes, *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, pág.

zar tarefas clínicas facilmente interpretáveis pode ajudar a acelerar a implementação destes modelos tecnológicos⁽⁵⁹⁾. É, pois, exigível que os clínicos entendam os processos que a IA e as máquinas dotadas de IA realizam para predizer um certo diagnóstico ou prognóstico, por forma a poderem avaliar da sua utilidade para os pacientes. Esta exigência não se confunde com o facto de os médicos terem preferência por algo que estimule a necessidade de uma explicação. Pelo contrário, porque têm um dever ético e epistémico de realizar as suas tarefas da melhor maneira possível, já que, como assumimos *supra*, para cada tipo de decisão serão sempre necessárias razões, fundamentos e um agente humano que assuma tal responsabilidade⁽⁶⁰⁾.

6. Conclusão

Atualmente, a IA está presente na medicina e vem constituindo um motor de novas teorias na ciência jurídica e um realinhamento ou extensão do conteúdo de teorias com as quais há muito convivemos.

A aplicação da IA na medicina é mais frequente na avaliação do risco no início de doenças e nos resultados de tratamentos específicos, na robótica cirúrgica, no alívio ou redução de complicações médicas, investigação clínica, diagnóstica (com especial aplicação na imagiologia, cancros, diagnóstico pré-natal e genético, *v.g.*) e prognóstica, no desenvolvimento de medicamentos e no cuidado de pacientes em unidade de cuidados intensivos (pessoas em estado terminal, *v.g.*). Para o sistema nacional de saúde, a utilização da IA pode melhorar

os mecanismos de acesso aos serviços de saúde e a redução da carga horária dos profissionais de saúde.

No entanto, a velocidade com que a IA está a invadir os vários setores da saúde tem encontrado alguns obstáculos. O primeiro que importa indicar está relacionado com a dificuldade de os médicos terem acesso direto à base de dados dos doentes introduzidos na *machine*, e terem possibilidade de os partilhar e poderem validar e auditar – trata-se de uma preocupante incerteza sobre a responsabilidade civil no uso dos algoritmos e sobre a questão jurídica sobre a sua autonomia⁽⁶¹⁾. Há quem entenda que as dificuldades na utilização da IA se devem ao facto de alguns profissionais de saúde terem “medo da perda da ligação com o paciente, medo da perda de controle da situação, inércia, não aceitação da capacidade da máquina, suspeita na Inteligência Artificial, descontentamento com a entrada de dados, crença de que há uma idade para se aprender a usar o computador”⁽⁶²⁾. Perante esta dificuldade, surge a necessidade de assegurar que em todos os países ou organizações estaduais sejam criados princípios éticos para valorar eticamente o próprio “direito digital” que centre a pessoa humana sem menosprezo da sua *dignitas*, garantindo assim uma responsabilidade dos designers e programadores da IA, e assegurando transparência na utilização e auditoria dos sistemas de IA. No mesmo sentido, exige-se uma tomada de consciência sobre uma utilização capaz de minimizar riscos e

35

⁵⁹ GILVARY C., MADHUKAR, N., ELKHADER, J., “The Missing Pieces of Artificial Intelligence in Medicine”, *Trends Pharmacol Sci.* 40(8), 2019, pág. 555-564

⁶⁰ MARGARIDO, Inês Tomás Marques Martins, *A Medicina do Futuro nos dias de Hoje: Aplicação da Inteligência Artificial*, ob. cit., pág. 26.

⁶¹ A evolução técnica e tecnológica fez alterar a geografia da atuação do jurista, da geografia da atividade suscetível de causar danos. Em consequência, foi alterado o modelo tradicional da responsabilidade civil, fundamentalmente um dos seus pressupostos: a causalidade. Entendemos que o nosso código civil não tem sido convenientemente explorado; ele transporta critérios que carecem apenas de uma utilização baseada num pensamento jurídico contemporâneo que convoca uma intencional visão teleológica e axiológica capaz de flexibilizar os elementos constituídos da ordem jurídica apta a responder os novos fatos/atos.

⁶² GUARIZI, Débora D. /OLIVEIRA, Eliane V. de, “Estudo da Inteligência Artificial Aplicada na Área da Saúde”, *ob. cit.*, pág. 34.

sobre a necessidade permanente de desafios éticos na investigação e inovação da IA.

O princípio da dignidade da pessoa humana, centro polarizador dos direitos humanos, deve ser considerado o fiel da balança em cujos pratos se encontra, de um lado o desenvolvimento tecnológico da IA, e do outro a regulação ética e jurídica. Assim, o princípio tenderá a alertar se a ciência tecnológica desprezita os cânones da salvaguarda da pessoa humana, ou se acende a luz vermelha relativa à defesa da dignidade sempre que o desenvol-

vimento tecnológico coloque em risco o bem estar da pessoa. O princípio funcionará como plataforma de consensos para se impedir sobreposição da regulação ao desenvolvimento, e vice-versa.

Em Angola, onde a utilização da IA ainda é mínima, importa criar grupos de trabalho que, em conjunto com engenheiros que desenvolvam IA, garantam a existência de julgamentos e decisões vantajosas para os utentes e sirvam a proteção dos direitos fundamentais.

A SAÚDE PÚBLICA EM PORTUGAL

Paulo Jorge Mantas Parreira

RESUMO: Os Cuidados de Saúde Primários (CSP) são centrais em qualquer sistema de saúde porque permitem cobrir a maioria das necessidades de saúde durante o ciclo de vida das pessoas, seja na prevenção ou tratamento, na reabilitação e até nos cuidados paliativos, quando combinadas as suas duas vertentes, a Medicina Geral e Familiar e a Saúde Pública. A Saúde Pública na prossecução da sua função, centra-se na prevenção, promoção e proteção da saúde. É fundamental dotar a Saúde Pública de uma organização capaz de garantir a monitorização e gestão das questões de saúde e dos hábitos e estilos de vida, que exige sentido de presença e uma abordagem de proximidade às comunidades. Repensar, reorganizar e empoderar a Saúde Pública é hoje essencial, dotando-a dos meios e recursos técnicos e humanos necessários, assim como criar um quadro normativo claro que favoreça igualmente o desempenho da Autoridade de Saúde e robusteça a Saúde Pública em geral, principalmente quando surgem situações inesperadas. A crise pandémica à escala mundial, resultante da covid-19, veio relembrar e reforçar, num mundo cada vez mais ligado ao digital, a necessidade de defender e construir uma Saúde Pública organizada, plural, forte, dinâmica, resiliente, focada e atuante.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas de Saúde, Cuidados de Saúde Primários, Saúde Pública, Autoridade de Saúde.

ABSTRACT: Primary Health Care (PHC) is central in any health system because they allow covering most health needs during people's life cycle, whether in prevention or treatment, rehabilitation and even palliative care, when combined with its two aspects, Public Health and General and Family Medicine. Public Health, in the pursuit of its function, focuses on the prevention, promotion and protection of health. It is essential to provide Public Health with an organization capable of ensuring the monitoring and management of health issues and habits and lifestyles, which requires a sense of presence and

an approach of proximity to communities. Rethinking, reorganizing and empowering the Public Health is essential today, easing it with the necessary technical and human resources, as well as creating a clear regulatory framework that also favors the performance of the Health Authority and strengthens Public Health in general, especially when unexpected situations arise. The global pandemic crisis resulting from COVID-19 has recalled and reinforced, in a world increasingly linked to digital, the need to defend and build an organized, plural, strong, dynamic, resilient, focused and active Public Health.

KEYWORDS: Health Care Systems, Primary Health Care, Public Health, Health Authority.

1. A Saúde Pública

Tendo presente o articulado do artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), a área dos CSP, que representa a abordagem de maior proximidade à pessoa (World Health Organization [WHO], 2021a), pela gestão do seu percurso de vida, os hábitos e estilos de vida com impacto na saúde (Ministério da Saúde, 2018) e pelo sentido de presença que isso implica (World Book of Family Medicine [WBFM], 2020), seja na prevenção ou no tratamento, reabilitação e – até – no que respeita aos cuidados paliativos (OM, 2020a) é dominada pela Medicina Geral e Familiar (MGF) e a Saúde Pública (SP). Em 2008, a Organização Mundial de Saúde (WHO, 2008) relembrou a atualidade da estratégia dos CSP, reforçando-o com a Declaração de Astana em 2018 (WHO

2021a) e em 2019 (WHO, 2021b). Os CSP, fortes, organizados em equipas multidisciplinares, integrados, dotados de tecnologia digital e trabalhando com incentivos bem desenhados (OECD, 2021), perto das comunidades e do ambiente específico que cada uma delas vive (OM, 2020a; OM, 2020b) oferecem a continuidade de cuidados para todos e a resposta a uma onda inesperada de procura, como por exemplo, no caso das pandemias (Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD], 2021). A Saúde Pública⁽¹⁾ pode ser definida de acordo com as suas múltiplas dimensões que refletem as suas diversas imagens sociais e, de acordo com Turnock (2004), são cinco as imagens sociais da Saúde Pública, simultaneamente suas dimensões: (i) Saúde Pública como sistema social; (ii) Saúde Pública como profissão; (iii) Saúde Pública como método de intervenção (i.e., corpo de conhecimento teórico e prático); (iv) Saúde Pública como serviço público, assegurado por agências e organismos do Estado; (v) Saúde Pública como saúde do público (i.e., desfecho pretendido; Almeida, 2010). A Saúde Pública, inovadora, dinâmica e intimamente articulada com outros sectores, é, hoje, tal como no passado, uma alavanca impulsionadora do progresso e da coesão (George, 2011⁽²⁾) e a sua história tem sido uma história de mudança (Alves, 2015). Dois milénios e meio depois, destacados cientistas consideram Hipócrates, médico grego do século V a.c., o «avô» da Saúde Pública e, também, merecidamente, da Epidemiologia, porquanto, rompendo com (pre)conceitos do seu tempo em relação às causas das doenças e da saúde, que não atribuía nem aos deuses, nem a es-

píritos, nem a magia, mas à ação de componentes do meio e aos comportamentos das pessoas, que os mediavam, criou neologismos (à sua época), hoje correntes e mantendo o significado, para designar manifestações de doença em populações (endemia, epidemia), completamente fora das crenças dos seus contemporâneos, observando com objetividade e descrevendo metodicamente o que observava (Briz, 2009). A prática da Saúde Pública pode também encontrar as suas raízes no desenvolvimento de aquedutos durante a era romana/bizantina para o transporte de água potável em áreas povoadas, e a gestão dos resíduos humanos, baseando-se numa relação causal com a prevenção de doenças infecciosas (Canadian Public Health Association [CPHA], 2017). Pode observar-se igual preocupação nas ações que foram tomadas na Europa durante o século XIV para limitar a propagação da “praga”, das quais, uma das primeiras ações documentadas foi em Veneza por volta de 1348, com a nomeação de três guardiões da Saúde Pública para detetar e excluir navios com passageiros infetados com essa doença. De igual modo, as primeiras ações de quarentena terão sido tomadas em Marselha (1377) e Veneza (1403). A Saúde Pública foi e continua a ser o determinante número um para o crescimento, bem-estar e desenvolvimento civilizacional e a história ilustra de forma inquestionável esta conquista que dá cor e honra ao conceito de humanidade (Cardoso, 2014). A Lei Orgânica da Saúde em Portugal de 1837 constitui, com a reforma de 1868, uma das primeiras tentativas de atualização do país face às novas experiências e conhecimentos. Em 1899, Ricardo Jorge⁽³⁾ envolve-se na reorganização

¹ “Public health refers to health care and health promotion that targets a whole population or a particular group within the population”.

² Texto revisto e adaptado a partir do I Capítulo do volume publicado em 2004 pelos Livros Horizonte, escrito pelo Autor, intitulado Histórias de Saúde Pública e publicado pela DGS.

³ “Ricardo Jorge foi um distinto médico, epidemiologista, investigador, higienista e humanista, que divulgou nos finais do século XIX e princípios do século XX, as mais recentes técnicas daquela época e as primeiras noções de Saúde Pública em Portugal”.

dos serviços de saúde, “Serviços de Saúde e Beneficência Pública” (Cardoso, 2014; Viegas et al., 2006) e é considerado o “*founding father*” do nosso moderno sistema da saúde pública (1899-1901), assumindo-se como “um espírito humanista, lúcido, combativo e corajoso, zurzindo forte e feio na nossa tacanhez intelectual e cultural, fruto do analfabetismo da grande maioria e da iliteracia científica da elite dirigente” (Graça, 2015). Por sua vez, Arnaldo Sampaio (1908-1984) marcou a formação da maioria dos especialistas portugueses, ao transmitir a noção da vastidão das áreas de interesse em Saúde Pública, sendo um dos primeiros a considerar natural a intervenção de médicos no processo de desenvolvimento através da colaboração técnica em projetos intersectoriais a fim de garantir a promoção da saúde e a prevenção das doenças pela adoção de medidas concretas capazes de reduzir fatores de risco reconhecidos como tal (George, 2011). No início da década de 70, Portugal era marcado por uma taxa muito elevada de mortalidade infantil e de doenças transmissíveis e por uma prestação de cuidados de saúde desorganizada, deficiente, ineficiente, precária e incapaz de dar respostas verdadeiramente válidas (Coelho, 1995; OPPS, 2008), pelo que, no decurso da “reforma de Gonçalves Ferreira”, em 1971⁽⁴⁾, foram criados os Centros de Saúde de “primeira geração”, e regulamentadas⁽⁵⁾ as carreiras profissionais do pessoal de saúde, legislação esta que teve como impulso, a visão de um grupo de médicos de Saúde Pública, (OPSS, 2008). Porém, os serviços de prevenção da

doença e de promoção da saúde, não ocupavam a posição que lhes competia e “O facto torna-se ainda mais assinalável por ser nestes serviços que o índice de rendimento é maior e, por conseguinte, ser neles que importa investir com carácter prioritário, para mais rápida melhoria das atuais condições sanitárias do País”, (Preâmbulo do Decreto-Lei 413/71, de 27 de setembro), um preâmbulo para a eternidade (Cipriano Justo; Coelho, 1995). “No Verão de 1967, lembro-me de ter formulado a questão colocada no início a Arnaldo Sampaio: «O que se entende por Saúde Pública?⁽⁶⁾» Sentado na varanda da sua casa, na Praia das Maças, a olhar para o Atlântico, no poente do dia, explicou-me o seu conceito de Saúde Pública e de tal forma o fez que, sem o querer, orientou a minha vocação futura (Linda et al., 2011). Depois de ter referido as principais áreas de estudo da Especialidade e no momento em que as luzes dos candeeiros da estrada se acendiam, afirmou-me com convicção: «se quiseres podes até considerar a iluminação pública como elemento promotor de melhor Saúde Pública, uma vez que dá mais segurança aos peões e diminui a probabilidade de acidentes de viação» (George, 2011). Na definição adaptada da OMS (Europa), a Saúde Pública é definida como “a arte e a ciência de prevenir a doença, prolongar a vida e promover a saúde através de esforços organizados *da sociedade*” (Acheson, 1988; OMS) e a sua atividade visa, essencialmente, reforçar o sistema de ação e as melhorias nos serviços de saúde com o objetivo de manter os cidadãos saudáveis, melhorar a sua saúde e bem-estar e prevenir a sua possível deterioração. A Saúde Pública engloba tudo aquilo que a socieda-

39

⁴ Decreto-Lei 413/71, de 27 de setembro de 1971 – Lei Orgânica do Ministério da Saúde e Assistência – que estabeleceu os fundamentos para o Serviço Nacional de Saúde (SNS).

⁵ Decreto-lei n.º 414/71, de 27 de setembro de 1971, que estabelece o regime legal que permitirá a estruturação progressiva e o funcionamento regular de carreiras profissionais para os diversos grupos diferenciados de funcionários que prestem serviço no Ministério da Saúde e Assistência.

⁶ “Definitions can be summarised as varying along three axes according to the extent to which they: (1) are framed by the public health function and activities related to a public health workforce; (2) are normative or descriptive; and (3) incorporate wider social and economic factors influencing population health and health inequalities.”

de faz para garantir as condições para as pessoas serem saudáveis, não apenas física e biologicamente, mas também mentalmente (Flemming, 2009). Segundo Charles-Edward Amory Winslow, a Saúde Pública “é a ciência e a arte de prevenir doenças, prolongar a vida e promover a saúde física e a eficiência através de esforços *comunitários* organizados para o saneamento do ambiente, o controlo das infeções comunitárias, a educação do indivíduo em princípios de higiene pessoal, a organização do serviço médico e de enfermagem para o diagnóstico precoce e tratamento preventivo da doença, e o desenvolvimento de máquinas sociais que garantam a todos os indivíduos da comunidade um nível de vida adequado à manutenção da saúde” (Winslow, 1920). Arnaldo Sampaio ensinava que a “Saúde Pública, num século, evoluiu do conceito estreito do saneamento do meio físico para o conceito lato de preservação integral da Saúde do Homem” (George, 2011). E, este carácter contextual encontra-se igualmente expresso na definição de Gonçalves Ferreira (1912-1994), na sua obra «Saúde Pública: Higiene, Medicina Preventiva, Medicina Social, Administração e Legislação Sanitária» (Almeida, 2010), segundo o qual “Não é fácil dar uma definição sucinta e clara de Saúde Pública, porque o seu significado varia com o período histórico e o grau de evolução da sociedade a que diz respeito. Tem como característica essencial o estudo e a solução dos problemas que interessam a saúde dos indivíduos integrados no meio em que vivem (...)” (Ferreira, 1963). Ao mesmo tempo que a promoção da saúde da população (cfr. Carta de Ottawa) tem sido o objetivo clássico da prática da Saúde Pública e política, nas últimas décadas, novos objetivos, como por exemplo no que respeita a autonomia e igualdade, têm sido introduzidos para combater as desigualdades em saúde (capacitar grupos fracos ou

desfavorecidos) e a autonomia (respeitar as escolhas dos indivíduos; Munthe, 2008). As dinâmicas organizacionais da Saúde Pública, que evoluíram em alinhamento com a história da humanidade e dos países em particular e também pelas circunstâncias endógenas da sua própria natureza, permitem-lhe evoluir conceptualmente de uma matriz essencialmente sanitária para outra mais abrangente (Almeida, 2010), que atualmente busca, paralelamente com o próprio *sistema de saúde*⁽⁷⁾, integrar e abarcar novas tendências e uma dimensão verdadeiramente holística (CPHA, 2017; Jornal Médico, 2020; WHO, 2020). O limiar de desenvolvimento, com o cortejo de problemas de saúde inerente, o binómio saúde/ambiente, presente na multiplicidade de abordagens ambientais, ecológicas e ergonómicas, a fragilidade da cadeia alimentar, os novos padrões de doença e os antigos e mais recentes grupos populacionais vulneráveis ou de risco, encerram múltiplas razões que lhe conferem um papel acrescido na saúde e dão o devido relevo à necessidade de participação do Ministério da Saúde em muitas áreas específicas, decorrente da continuidade e da abrangência dos serviços a prestar (Decreto-Lei n.º 336/1993, de 29 de setembro de 1993). A Saúde Pública tem o seu foco na saúde da população⁽⁸⁾, procurando através de práticas de (a) prevenção da doença; (b) de promoção e (c) proteção da saúde (*Core das Operações Essenciais de Saúde Pública*), assegurar comportamentos saudáveis e proativos (Miranda et al., 2019; WHO, 2021). De acordo com o Relatório sobre o Estado da Saúde na EU –

⁷ Os sistemas de saúde são uma realidade viva e dinâmica, sujeitos a reformas que incentivadas pela OMS, visam a cobertura e o acesso universal, a equidade em saúde, a justiça social, a inclusão, universal e a proteção de todos, por forma a produzirem melhores resultados e tornando-se mais resilientes perante os fenómenos globais, tais como as alterações climáticas e as pandemias.

⁸ “A frequently asked question regarding public health is *‘how can it be distinguished from medicine.’* Hunter (2021)

Portugal Perfil de saúde do país 2021 (OECD, 2021) — (i) em 2020, a esperança de vida em Portugal era seis meses superior à média da União Europeia (UE), embora tenha diminuído temporariamente 0,8 anos entre 2019 e 2020 devido às mortes pela covid-19⁽⁹⁾ — uma redução próxima da média da UE (antes⁽¹⁰⁾ da pandemia, a esperança de vida em Portugal registou um aumento superior a cinco anos entre 2000 e 2019); (ii) o peso das doenças não transmissíveis é elevado, sendo que as doenças cardiovasculares e o cancro são as principais causas de morte; (iii) em 2019, 41 % dos portugueses com idade igual ou superior a 16 anos comunicaram sofrer de pelo menos uma doença crónica — uma proporção superior à da UE (36 %); (iv) cerca de um terço (30 %) de todas as mortes registadas em Portugal em 2019 podem ser atribuídas a fatores de risco comportamentais, nomeadamente ao tabagismo, aos riscos alimentares, ao consumo de álcool e ao baixo nível de exercício físico e (v) em 2019, a poluição atmosférica sob a forma de partículas finas (PM_{2,5}) e a exposição ao ozono contribuíram, por si só, para cerca de 2 % de todas as mortes. É necessária uma nova consciência individual e global porque *todos temos um papel a desempenhar*⁽¹¹⁾, isto é, a saúde não pode ficar entregue exclusivamente aos profissionais do sector ou aos políticos, nem pode ser encarada simplesmente

como uma área de negócio ou um serviço do Estado⁽¹²⁾ (FCG, 2014; Pereira, 2014). Os resultados em Saúde Pública não ocorrem por si, mas fruto de decisões e ações⁽¹³⁾ que, no caso, representam a sua própria essência e, esta, é única pela abordagem interdisciplinar e colaborativa que promove, pelos métodos que aplica, pela ênfase que coloca nas estratégias preventivas e pela sua forte adaptação dinâmica às circunstâncias da realidade (Jones and Bartlett Publishers, 2001). Essa natureza multidisciplinar reflete-se igualmente no trabalho realizado e no desenvolvimento de um conjunto de competências próprias para os profissionais de Saúde Pública (WHO, 2021). A saúde das populações é influenciada por uma multiplicidade de fatores, a maioria dos quais (estima-se que 70%) fora do âmbito usual dos sistemas de saúde⁽¹⁴⁾ (Bulard, 2010; Drucker, 1993) propriamente ditos, que constituem o fim de linha quando os problemas já estão instalados e, por isso, têm-se vindo a reforçar os novos conceitos “Uma Só Saúde”⁽¹⁵⁾ (a do Planeta, a

41

¹² “The capacity for public health to prevent and contain disease and its consequences is well proven. Leadership accountability in the New Public Health remains primarily with government. The goal is health for all at highest achievable levels. Public health is not a monopoly of government, but requires leadership and cooperative endeavors from those responsible for national health and provision of health care. Effective policy necessitates cooperation between the political level, governmental agencies, and the private sector. The challenge is to apply what is known and to search for answers to the unknown with optimism, professionalism, determination, and persistence in a New Public Health. (Tulchinsky, et al, 2010)

¹³ “A pandemia tornou ainda mais óbvia a insuficiência de recursos humanos e materiais, aliados a défices organizacionais e estruturais e uma importante desigualdade no acesso aos cuidados de saúde, tanto geográfica como socioeconómica.” – posição assumida pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) em outubro de 2020.

¹⁴ Os sistemas de saúde são recentes na história da humanidade, (...) e a sua evolução envolve uma grande complexidade de fatores, interesses e de decisões (por vezes mais) políticas e (do que) técnicas. (OPSS, 2002).

¹⁵ No Brasil, “Saúde Única”. O termo One Health (Una Salud, Una Salud Única, Une Santé) pode ser definido como um conceito global de promoção da saúde humana com base em uma estratégia para uma melhor compreensão dos problemas de saúde atuais criados pelas interações entre humanos, animais, plantas e o meio ambiente. Em

⁹ De acordo com a Academia de Ciências: “A Organização Mundial da Saúde (OMS) usa o termo com maiúsculas seguindo as diretrizes da Classificação Internacional de Doenças (CID-10). No entanto, caso tenha necessidade de empregar este termo, recomenda-se o seu uso com minúscula, uma vez que se trata de um nome comum de uma doença, e não de um nome próprio: covid-19, e não Covid-19 e o seu emprego no feminino (a doença): a covid-19”.

¹⁰ “Uma pandemia é sempre uma situação rara e extrema. (...) colocando necessariamente em causa os padrões habituais de ação que parecem então inexorável e frustrantemente desfasados da realidade”. (Neves, 2021)

¹¹ “a democracia sanitária conduz à igualdade na relação de cuidados de saúde, o que acarreta a dimensão coletiva nos cuidados de saúde.”

dos Animais e a das Pessoas, inextricavelmente associadas) e “A Saúde em todas as Políticas” (como um mecanismo institucional promotor de saúde em setores onde a saúde não é por tradição uma consideração primária; Agência Portuguesa do Ambiente [APA], 2021). De entre os principais determinantes de Saúde surgem os fatores Ambientais (OECD, 2021), sendo que as Nações Unidas estimam que atualmente 1 em cada 4 mortes no Mundo está relacionada com riscos ambientais e os maiores impactes que as Ameaças Ambientais têm sobre a Saúde Humana podem ser agrupados em 2 grandes grupos: (i) Grandes Eventos Ambientais/Doenças Agudas e Morte Súbita e (ii) Poluições Difusas/Doenças Crônicas e Morte Prematura (APA, 2021). O problema é que, não raras vezes, os decisores políticos *operam em silos*, de que é exemplo o facto de diferentes ministérios lidarem com a energia, a agricultura e a saúde, sem que exista uma consciência efetiva da sua interseção e, inclusive, determinadas intervenções e políticas, dificultam mesmo o progresso para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 2030.⁽¹⁶⁾ E, os programas de Saúde Pública só podem trazer benefícios se forem capazes de sustentar atividades ao longo dos tempos (NCBI, 2013) por isso, a realidade exige mudanças em todo o processo subjacente à formu-

lação das políticas de saúde e, neste, o desafio fundamental é que a evidência é apenas um dos muitos *inputs*, mas muitas vezes não o mais importante. A Saúde Pública requer uma compreensão mais aprofundada por parte de todos os envolvidos no processo de desenvolvimento de políticas públicas, porque só assim pode verdadeiramente influenciar e conseguir uma atuação conjugada que promova a saúde e previna as doenças (Moloughney, 2012). A título de exemplo, quando se investe e se produzem esforços educativos (objetivo 4) para as meninas na África Austral, aumentariam os resultados da saúde materna (parte do objetivo 3) e contribuiriam para a erradicação da pobreza (objetivo 1), igualdade de género (objetivo 5) e crescimento económico (objetivo 8) localmente. As alterações climáticas representam a maior ameaça individual aos ganhos de Saúde Pública das últimas décadas e, face à importância deste nexo entre Saúde e Ambiente, importa compreender os fenómenos em toda a sua dimensão sistémica e holística, monitorizar os indicadores de risco já conhecidos e atualizar constantemente os Instrumentos de Política face ao novo conhecimento obtido e à evolução dos riscos (HealthNews, 2021; Health inequalities, 2022). E, para a OMS, é fundamental o desenvolvimento de uma clareza conceptual e um roteiro de ação (WHO, 2018) e os 13 maiores desafios de saúde para a próxima década são, (ONU News – Perspectiva Global Reportagens Humanas, 2022): (i) manter serviços de saúde limpos; (ii) destacar a importância da saúde no debate sobre clima; (iii) cuidados em locais de conflito e crises; (iv) tornar os cuidados de saúde mais justos; (v) melhorar acesso a medicamentos; (vi) combater doenças infecciosas; (vii) preparação contra epidemias; (viii) proteção de produtos perigosos; (ix) investir nos funcionários de saúde; (x) manter os

2008, a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE) e a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) lançaram uma iniciativa chamada “Um Mundo, Uma Saúde”, na qual o termo “One Health” foi o conceito sugerido para demonstrar a inseparabilidade da saúde humana, animal e ambiental (WHO, 2019).

¹⁶ Para transformar o Mundo em nome dos Povos e do Planeta a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em setembro de 2015 (Resolução A/RES/70/1), definindo um conjunto de 17 objetivos e de metas a ser alcançadas, por todos os países, até 2030, que abordando três grandes dimensões do desenvolvimento sustentável – social, económica e ambiental – constituem um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade de forma a promover a paz, a sustentabilidade ambiental, a justiça e a igualdade.

adolescentes seguros; (xi) ganhar a confiança das pessoas; (xii) uso de novas tecnologias e (xiii) proteção de medicamentos.

2. Os Profissionais

Um dos maiores desafios para todos os países, em especial os mais pobres, reside na organização da força de trabalho⁽¹⁷⁾ que dá resposta às necessidades de saúde das populações, especialmente de grupos desfavorecidos⁽¹⁸⁾ (Malta et al., 2019; WHO, 2022); por isso, em 9 de novembro de 2021, foi assinada a Declaração conjunta da 14ª Conferência Europeia de Saúde Pública pela European Public Health Association (EUPHA) e os seus parceiros, onde se inclui a Associação Nacional de Médicos de Saúde Pública (ANMSP). Esta declaração destacou o papel de líder da Saúde Pública na manutenção de uma sociedade funcionante e saudável e a importância da existência de profissionais qualificados nesta área como o que mais importante se aprendeu com a pandemia. A mão-de-obra de Saúde Pública⁽¹⁹⁾ inclui todos os que durante uma parte significativa do seu tempo de trabalho criam as condições para que as pessoas possam ser saudáveis, seja em entidades públicas, privadas ou do

setor social (WHO, 2022). Nos últimos 50 anos, na maioria dos países, a Saúde Pública evoluiu de uma disciplina essencialmente *medicamente orientada* (higiene, epidemiologia, doenças) para uma ciência e arte de guarda-chuva que dependem da multidisciplinaridade (Bosman, 2016). Por isso, esta força de trabalho inclui médicos, enfermeiros, educadores, administradores, nutricionistas, assistentes sociais, engenheiros, técnicos e muitos outros profissionais, intrincados numa teia de estreita colaboração, cooperação e articulação (Jakab et al., 2021). A OMS⁽²⁰⁾ reconhece que os desafios que a Saúde Pública enfrenta são complexos, apelando a um «vasto leque de competências; competências existentes e novas, incluindo epidemiologia social, sistemas de informação, promoção da saúde, saúde ambiental, gestão e liderança, e trabalho colaborativo» (WHO, 2012). As necessidades de formação, preparação e melhoria contínua desta força de trabalho são amplas e variadas, assim como o ecossistema em que trabalham (Foldspang & Otok, 2016). O objetivo é garantir que esteja preparada com competências e conhecimentos para enfrentar os desafios de Saúde Pública já identificados e os emergentes. É garantir igualmente: (i) uma organização eficiente de recursos; (ii) o recurso a boas práticas; (iii) a utilização transparente de todas as políticas disponíveis; (iv) o desenvolvimento de mecanismos que promovam a qualidade dos serviços prestados; (v) o adequado funcionamento dos sistemas de saúde e níveis de equidade (Bjegovic-Mikanovic et al., 2015). A pressão a que a Saúde Pública se encontra sujeita hoje em dia e o grau de exigência que esta “nova ordem” impõe, carece da tomada de medidas no

43

¹⁷ “Achieving and sustaining progress towards global health goals such as universal health coverage and health security requires a health and care workforce that can deliver the full range of essential public health functions, including emergency preparedness and response. Implementation of the emergency public health functions is the most cost-effective, comprehensive, and sustainable way to enhance the health of populations and individuals and to reduce the burden of disease.”

¹⁸ “Diversos são os problemas, como o número insuficiente de Recursos Humanos, formação não alinhada nas necessidades da população, baixa capacidade de respostas dos profissionais de saúde às demandas dos usuários, dificuldade em atrair e reter profissionais em áreas remotas, pobres, insulares, áreas rurais, periferias das grandes cidades, áreas de risco, dentre outros.”

¹⁹ “The public health profession is charged with the knowledge and skills to deliver the system, the policies and the services. They are the professionals with the expertise to interpret health and disease in whole populations: what keeps people healthy? What causes disease? What are the best ways to respond to the health challenges we face? How do we measure which interventions are the most effective?”

²⁰ “National public health institutes and WHO collaborating centres, and their global networks, are a key resource to support public health system strengthening with essential public health functions and generate evidence for health policy central to national health and socioeconomic development.”

plano do recrutamento e retenção de pessoal e obrigam a um investimento mais adequado, importância sublinhada recentemente devido à pandemia gerada pela covid-19, juntamente com as questões em torno de se a dimensão e a composição desta mão-de-obra são adequadas para satisfazer as exigências que lhe são colocadas. E, assim como na Saúde em geral, é fundamental continuar a promover e estabelecer parcerias, repensando as parcerias com os grandes players de que a saúde normalmente se afasta e como trazer impulso às parcerias existentes, procurando melhorar continuamente a colaboração multisectoral para uma melhor saúde para todos (European Observatory on Health Systems and Policies [EOHSP], 2020). Mas, tal como Donabedian, no que respeita ao exercício da medicina, à saúde e, porque não, *mutatis mutandis*, ao exercício de uma função laboral em geral, “*Health care is a sacred mission. (...) Ultimately the secret of quality is love. You have to love your patient, you have to love your profession, (...). If you have love, you can then work backward to monitor and improve the system.*” (Donabedian, 2000).

2.1. O Pessoal Médico

Em 13 de abril de 2019, a União Europeia dos Médicos Especialistas (UEMS) aprovou o documento intitulado Training Requirements for the Specialty of Public Health [Requisitos de Formação para a Especialidade de Saúde Pública], que foi igualmente publicado pela Ordem dos Médicos (OM), segundo a qual este documento integra “referências às competências que enquadram o exercício da profissão, na lógica de que, toda a formação se deve fundamentar e estruturar em torno das habilitações e competências imprescindíveis a um sólido exercício profissional”, sendo que a “justaposição e comparação entre o conteúdo das recomendações

européias para a especialidade e a atual situação portuguesa neste mesmo âmbito pode, assim, ser estabelecida nestas duas vertentes: Competências essenciais ao exercício da profissão de médico de Saúde Pública e Formação específica que habilita esta prática (UEMS, 2019).

Em Portugal, as competências essenciais ao exercício do médico especialista em Saúde Pública foram aprovadas pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos em 31 de maio de 2013, resumidamente, em número de doze e a Secção de Saúde Pública da UEMS, por seu lado, agrupa formalmente as competências da especialidade em cinco grandes grupos; contudo, a análise das 26 subalíneas destes grupos principais, bem como das indicações dispersas no corpo do documento em apreço, permite, por comparação com as portuguesas, chegar à conclusão que são basicamente sobreponíveis, sendo de realçar que a UEMS sublinha um pouco mais o papel que atribui à liderança da especialidade nas equipas de Saúde (UEMS, 2019). E, essa similitude, é salientada no Parecer da Direção Colégio da Especialidade de Saúde Pública sobre a eventual necessidade de rever o Programa de Formação (PF) do Internato Médico de Saúde Pública (IMSP) de 8 de janeiro de 2021, no qual se conclui que o atual PF do IMSP⁽²¹⁾, se mantém, no essencial, adequado ao treino e desenvolvimento das competências que se encontram definidas, quer pela OM, quer pela UEMS, e face à situação pandémica e suas eventuais implicações atuais e futuras na prática e na formação médica de Saúde Pública, que ainda faltará avaliar, considerou não ser oportuno, nem útil, prosseguir com o processo de revisão do Programa de Formação do IMSP encetado,

²¹ Foi aprovado pela Portaria n.º 555/2003, de 11 de julho, revisto pela Portaria n.º 47/2011, de 26 de janeiro e pela Portaria n.º 141/2014, de 8 de julho.

sendo o mesmo, neste contexto, desaconselhado. Um Médico Especialista em Saúde Pública (MSP) é um profissional de saúde que atua na Defesa e Promoção da Saúde da população que serve, com o objetivo de obter ganhos em saúde nessa população e para tal desenvolve, na sua atividade profissional, as Operações Essenciais de Saúde Pública, em alinhamento com o definido pela Organização Mundial de Saúde⁽²²⁾, nomeadamente: (i) Vigilância da Saúde e Bem-Estar da População; (ii) Planeamento em Saúde; (iii) Riscos e Emergências em Saúde Pública; (iv) Prevenção da Doença; (v) Promoção da Saúde; (vi) Proteção da Saúde⁽²³⁾; (vii) Comunicação para a Saúde e (viii) Investigação em Saúde Pública (Monge, 2016; Ordem dos Médicos, 2013). O MSP desenvolve a sua atividade, seja por conceção, seja por competências atribuídas, num âmbito muito alargado da prática clínica como, por exemplo, na Consulta do Viajante, num caso de Doença de Notificação Obrigatória⁽²⁴⁾ ou na emissão de Atestados para Avaliação de Incapacidade. Mas, vai muito além da sua experiência na prática clínica, utilizando o seu conhecimento na saúde das populações, o qual envolve a capacidade de desem-

penhar diversos papéis, nomeadamente, de epidemiologista, bioestatístico, gestor em saúde, economista de saúde, consultor em direito da saúde, ou seja, uma prática clínica diferente da convencional ou de MGF (Almeida, 2010). Por exemplo, ao invés de tratar doentes com hipertensão, o foco da intervenção em Saúde Pública é criar e executar ações junto da população para promover a redução do consumo de sal (ex. PÃO.COME⁽²⁵⁾ – ARS Centro). Segundo as estimativas de um estudo realizado pela ACSS/Universidade de Coimbra, em 2011, (ACSS, 2011) em termos de perspetivas, a Saúde Pública (juntamente com a Patologia Clínica), apresenta boas possibilidades de emprego público. Para além disso, segundo o estudo do Instituto de Saúde Pública do Porto (EUROHEALTH, 2016) em demografia médica em Saúde Pública, que 89,5% dos médicos especialistas têm mais do que 50 anos de idade e, tendo em conta a idade da reforma, 70% destes médicos devem reformar-se em 2024, sendo que este valor passa a 89,5% em 2027. O Fórum Médico de Saúde Pública, realizado a 25 de maio de 2020, entre outras decisões, (i) registou o enorme esforço e o trabalho desempenhado pelos MSP na preparação e resposta à covid-19 em Portugal; (i) lamentou que a esse esforço não tenha correspondido uma melhoria das suas condições de trabalho; (ii) exortou à Reforma da Saúde Pública e (iii) à reformulação do conteúdo funcional e da organização dos serviços de saúde pública (Cádima,

45

²² “There are 10 Essential Public Health Operations (EPHOs) that, with WHO leadership and support, countries can adapt and work on together, to assess and plan for stronger public health services and capacities. The most effective and efficient method of delivering these operations is through an integrated approach, rather than through vertical programmes. These operations centre around three main areas of service delivery: Health Protection, Disease Prevention and Health Promotion. They are informed by robust public health intelligence and enhanced by enablers”.

²³ “O direito à proteção da saúde é consagrado como direito fundamental, com a tutela forte da Constituição. É uma «garantia forte», entendendo-se que as garantias fortes são «efetivas, próprias de direitos a que se cola um atributo de fundamentalidade e que, por isso mesmo, como se diz na Constituição, vinculam diretamente o Estado e as entidades públicas e de que, consequentemente, por definição, os titulares do Poder democrático não dispõem.”

²⁴ Despacho n.º 1150/2021, de 19 de janeiro de 2021, publicado no Diário da República n.º 19/2021, Série II de 2021-01-28, páginas 137 – 190, que estabelece as Doenças de Notificação Obrigatória a notificar na plataforma de apoio ao SINAVE (Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica) ou no SI-VIDA (Sistema de informação VIH/SIDA)

²⁵ Em 12 de agosto de 2009, foi publicada a Lei n.º 75/2009, que estabelece limites máximos ao teor do sal no pão; no entanto, pioneiro a nível nacional e antecedendo esse normativo legal, reconhecido publicamente e citado como exemplo a nível internacional, o projeto pão.come, destinado a reduzir, gradualmente, o teor do sal no pão, envolve a participação de cerca de 900 padarias da região Centro teve início, em 2007 e, desde essa data, foram realizadas 10.595 análises de monitorização/avaliação analítica do sal adicionado ao pão: 76% das padarias em projeto apresentaram valores de NaCl (cloreto de sódio) iguais ou inferiores de 1g de sal por 100g de pão e 55% apresentaram valores analíticos iguais ou inferiores a 0,8g de sal por 100g de pão.

2021). Entre as reivindicações está o respeito pela autonomia técnica destes profissionais e os clínicos alertam para “carências críticas” na área que “nunca foi verdadeiramente alvo de investimento”, lamentando também a “enorme assimetria nos recursos disponíveis face às necessidades” (Baptista, 2021).

2.2. O Pessoal de Enfermagem

Numa era de crescentes desafios, o pessoal de enfermagem⁽²⁶⁾, tem potencial para fazer a diferença porque, ao trabalhar em conjunto, pode ter um grande impacto na Saúde Pública como um todo e por isso a necessidade do seu empoderamento (Melo et al., 2018). Porque se centra na melhoria da saúde da população, enfatizando a prevenção e atendendo a múltiplos determinantes da saúde. Porque é multifacetada, se fundamenta na evidência e promove a equidade. Porque, como indivíduos, influenciam diretamente a saúde e o bem-estar da população todos os dias e através desse contacto frequente, estão mais bem colocados para incentivar as mudanças de estilo de vida nas comunidades e oferecer educação (Cashman, 1994). A *enfermagem de saúde pública* é “a prática de promover e proteger a saúde das populações utilizando conhecimentos de ciências da enfermagem, sociais e de saúde pública” (American Public Health Association, 2013). Para o Colégio da Especialidade de Enfermagem Comunitária, da OE, são diferentes os conceitos de saúde pública e saúde comunitária. A Saúde Pública refere-se “ao estado de saúde de

um determinado grupo de pessoas e das atividades e condições governamentais (asseguradas pelo estado), com vista à promoção, proteção ou preservação da saúde.” Já a saúde comunitária “refere-se ao estado de saúde de uma comunidade, como grupo definido de pessoas, e suas atividades e condições (públicas ou privadas) para promover, proteger ou preservar a sua saúde” (Cunha et al., 2020). O enfermeiro desenvolve um processo de permanente interação com as comunidades e os seus recursos (Ordem dos Enfermeiros, 2001), para Zerwekh quase até, numa espécie de *estatuto de profissão invisível* (Zerwekh, 1993). Com a entrada em vigor das alterações ao Estatuto da Ordem dos Enfermeiros (EOE) introduzidas pela Lei n.º 156/2015, de 16 de setembro de 2015, foram criados os Títulos de Enfermeiro Especialista passíveis de serem atribuídos⁽²⁷⁾, conforme se encontra estabelecido no seu artigo 40.º. As competências específicas do Enfermeiro Especialista em Enfermagem Comunitária, na área de Enfermagem de Saúde Comunitária e de Saúde Pública são: (i) estabelecer, com base na metodologia do Planeamento em Saúde, a avaliação do estado de saúde de uma comunidade⁽²⁸⁾; (ii) contribuir para o processo de capacitação de grupos e comunidades⁽²⁹⁾; (iii) integrar a coordenação

²⁷ (i) enfermeiro especialista em enfermagem de saúde materna e obstétrica; (ii) enfermeiro especialista em enfermagem de saúde infantil e pediátrica; (iii) enfermeiro especialista em enfermagem de saúde mental e psiquiátrica; (iv) enfermeiro especialista em enfermagem de reabilitação; (v) enfermeiro especialista em enfermagem médico-cirúrgica; (vi) enfermeiro especialista em enfermagem comunitária.

²⁸ (a) Proceda à elaboração do diagnóstico de saúde de uma comunidade; (b) Estabelece as prioridades em saúde de uma comunidade; (c) Formula objetivos e estratégias face à priorização das necessidades em saúde estabelecidas; (d) Estabelece programas e projetos de intervenção com vista à resolução dos problemas identificados; (e) Avalia programas e projetos de intervenção com vista à resolução dos problemas identificados.

²⁹ (a) Lidera processos comunitários com vista à capacitação de grupos e comunidades na consecução de projetos de saúde e ao exercício da cidadania; (b) Integra, nos processos de mobilização e participa-

²⁶ Na sequência dos trabalhos desenvolvidos pelo Grupo Técnico para a Reforma Hospitalar, no final de 2011, foi publicado o relatório «Os cidadãos no centro do sistema. Os profissionais no centro da mudança», no âmbito do qual se considerava a «atribuição de novas atividades aos enfermeiros» como uma das medidas para melhorar a eficiência dos hospitais e numa análise sobre a reforma do Estado e a promoção do crescimento económico, a própria OCDE veio recomendar a Portugal a revisão do *skill mix* das profissões de saúde de modo a garantir uma melhor resposta às novas necessidades assistenciais.

dos Programas de Saúde de âmbito comunitário e na consecução dos objetivos do Plano Nacional de Saúde⁽³⁰⁾ e (iv) realizar e cooperar na vigilância epidemiológica de âmbito geodemográfico⁽³¹⁾ (Regulamento n.º 428/2018, de 16 de julho). Estes profissionais de saúde, qualificados, devem ser integrados em equipas multidisciplinares, quer a nível das Unidades de Saúde Pública (USP), quer do Agrupamento de Centros de Saúde (ACES) e as atividades que desenvolvem atravessam transversalmente várias áreas funcionais. Porém, de acordo com os resultados de um estudo recente (Cunha et al., 2021) que estabelece um “retrato” da Enfermagem de Saúde Pública, levada à prática pelo Enfermeiro Especialista de Saúde Comunitária e de Saúde Pública, conclui que (i) este desenvolve uma pluralidade de intervenções, que representa como relevantes, ainda que nem sempre, aparentemente, tenha autonomia na sua definição; (ii) enfrenta algumas dificuldades, como procedimentos de intervenções melhor definidos, ou mesmo organizacionais, como a ausência de um enfermeiro chefe; (iii) reconhece benefícios e vantagens da sua presença, resultantes da sua visão holística e da sua formação específica, que facilitam o seu desempenho (iv) não se sente suficientemente valorizado, na sua atuação e reconhecimento, quer social, quer pelos seus pares.

2.3. Os Técnicos de Saúde Ambiental

O início da profissão remonta a 1926 (Decreto n.º 12477, de 12 de outubro de 1926) com a

ção comunitária, conhecimentos de diferentes disciplinas e (c) Procede à gestão da informação em saúde aos grupos e comunidade.

³⁰ Participa na coordenação, promoção implementação e monitorização das atividades constantes dos Programas de Saúde conducentes aos objetivos do Plano Nacional de Saúde.

³¹ Procede à vigilância epidemiológica dos fenómenos de saúde-doença que ocorrem numa determinada área geodemografia.

criação dos Fiscais Sanitários que tinham a função de fiscalização das condições de salubridade dos lugares e habitações, estabelecimentos e outros e mesmo face às adversidades da época e ao pouco conhecimento técnico destes profissionais, desde logo, se verificaram inegáveis progressos nos aspetos sanitários e de higiene social (Associação Portuguesa de Saúde Ambiental [APSA], 2016). Na década de 90, deu-se a a mudança de designação para *Técnicos de Higiene e Saúde Ambiental*⁽³²⁾, passando em 1999 a *Técnicos de Saúde Ambiental* (TSA). As profissões das áreas de diagnóstico e terapêutica regulamentadas pelo Decreto-Lei n.º 320/99, de 11 de agosto de 1999, compreendem a realização das atividades constantes do anexo ao Decreto-Lei n.º 261/93, de 24 de julho de 1993, tendo como matriz a utilização de técnicas de base científica com fins de promoção da saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento da doença, ou de reabilitação (APSA, 2016). Integram a carreira especial de TSDT e a carreira de TSDT, os trabalhadores cujas funções correspondam a profissões de saúde que envolvam o exercício de atividades técnicas de diagnóstico e terapêutica, designadamente relacionadas com as ciências biomédicas laboratoriais, da imagem médica e da radioterapia, da fisiologia clínica, da terapia e reabilitação, da visão, da audição, da saúde oral, da farmácia, da ortoprotesia e da saúde pública⁽³³⁾ (SNS, 2022). O enquadramento jurídico nacional relativo a esta área profissional em particular – área profissional do técnico de higiene e saúde ambiental – foi inicialmente estabelecido por via do Decreto-lei n.º 117/95, de 30 de maio de 1995 que, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º,

³² Cfr. Decreto-Lei n.º 261/93, de 24 de julho de 1993; Decreto-Lei n.º 415/93, de 23 de dezembro de 1993; Decreto-Lei n.º 117/95, de 30 de maio de 1995)

³³ Cfr. o n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei 110/2017 e o n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 111/2017, ambos de 31 de agosto de 2017.

lhe define como conteúdo funcional, a atuação “no controlo sanitário do ambiente, cabendo-lhe detectar, identificar, analisar, prevenir e corrigir riscos ambientais para a saúde, atuais ou potenciais, que possam ser originados: (a) por fenómenos naturais ou por atividades humanas; (b) pela evolução dos aglomerados populacionais; (c) pelo funcionamento de serviços, estabelecimentos e locais de utilização pública e (d) por quaisquer outras causas”. E, essa deteção compreende nos termos do n.º 3.º e 4.º do mesmo artigo: (i) a vigilância sanitária de sistemas de água para consumo humano; (ii) a vigilância sanitária de sistemas das águas para utilização recreativa; (iii) a participação nas ações visando a higiene dos alimentos; (iv) a vigilância sanitária de sistemas de recolha, transporte e destino final de resíduos sólidos urbanos; (v) a promoção e participação, em colaboração com as autarquias locais e outras entidades, em ações de melhoria das condições de saneamento básico; (vi) a vigilância sanitária de sistemas de drenagem, tratamento e destino final de resíduos sólidos urbanos; (vii) a vigilância sanitária do lançamento de poluentes na água, ar e solo; (viii) a promoção e participação, em colaboração com as autarquias e outras entidades, em ações tendentes a identificar e reduzir os fatores de risco para a saúde resultantes da poluição do ambiente e a promoção e colaboração em ações tendentes à avaliação e redução dos níveis sonoros de potencial risco para a saúde. Posteriormente, e por força do Decreto-Lei n.º 65/98, de 17 de março de 1998, que estabelece as regras de transição dos técnicos auxiliares sanitários da carreira residual prevista no Decreto-Lei n.º 272/83, de 17 de junho de 1983, para a carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica, área de higiene e saúde ambiental, corrigiu-se a forma de transição para a carreira, não tendo o conteúdo funcional sido objeto de qualquer alte-

ração. O Decreto-Lei n.º 320/99, de 11 de agosto de 1999, que regulamenta as profissões técnicas de diagnóstico e terapêutica e cria o Conselho Nacional das Profissões de Diagnóstico e Terapêutica como órgão de apoio ao Ministro da Saúde, procede à regulamentação dessas profissões, tendo a designação dos Técnicos de Higiene e Saúde Ambiental passado para Técnico de Saúde Ambiental. As atividades que desenvolve atravessam transversalmente diversas áreas funcionais no âmbito da saúde, nomeadamente a investigação, observatório, planeamento e administração, informação e comunicação, alerta e resposta, promoção e proteção (Lança et al., 2014). O grande desafio de um sistema de saúde é conseguir centrá-lo nas pessoas e basear o seu funcionamento em equipas multidisciplinares, sendo umas das suas recomendações a estratégia da sustentabilidade, que passa pela redução da morbilidade e melhoria da qualidade de vida (FCG, 2014). Por isso, o TSA do futuro deve incorporar uma visão holística (não centrada num problema) e proativa (ao contrário de reativa), com autonomia para a gestão e coordenação (ao invés de subordinação à gestão) assente numa internacionalização e capacidade de desenvolvimento de trabalho em equipas multidisciplinares. Os TSA são profissionais de saúde qualificados, a integrar em equipas multidisciplinares porque as suas atividades atravessam transversalmente várias áreas funcionais (Lança et al., 2014; Sousa et al., 2011). Contudo, ainda que, a pandemia tenha permitido a contratação de alguns TSA, continua a existir uma grave carência em várias USP), em Portugal; por exemplo, no Norte, a USP Aveiro Norte tem menos 73% do que o rácio definido na lei (têm dois) e em Lisboa e Vale do Tejo, as USP Almada-Seixal, Estuário do Tejo, Lisboa-Occidental/Oeiras, Sintra, Oeste Sul têm um défice semelhante. Por outro lado, para

além dessa carência, há uma incapacidade de gestão de recursos que, em algumas unidades, “impede os técnicos de saúde ambiental de ser devidamente integrados em equipas multidisciplinares, nas quais todos os profissionais de saúde se entrelaçam, em prol dos cidadãos” (Dupont, 2021).

3. A Organização e o Funcionamento

O modelo de uma Rede de Serviços de Saúde Pública (RSSP) em implementação, como núcleo central de uma rede mais alargada de informação, comunicação e desenvolvimento em Saúde Pública, com ligações para dentro e para fora do setor da saúde tal como proposta (Despacho N.º 11232/2016, de 19 de setembro de 2016), teve por base, essencialmente: (i) as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) Europa vertidas no Plano de Ação para o fortalecimento das capacidades e serviços de saúde pública (SSP) europeus (WHO, 2011); (ii) os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 2030 da Organização das Nações Unidas e (iii) as recomendações do documento *Nova ambição para a Saúde Pública – Focada nos Serviços Locais* (DGS, 2016). O modelo de rede proposto, assente numa ação intersectorial que é fundamental para a melhoria da saúde e bem-estar dos portugueses, centra-se numa Saúde Pública vocacionada para diagnosticar, monitorizar, vigiar e intervir sobre os fatores que determinam e condicionam a saúde das populações (Sousa et al., 2011). Porém, essa Saúde Pública – moderna – exige equipas multidisciplinares e pluricompetentes, coesas, dotadas de equipamentos específicos e com acesso fácil aos dados e informação relevantes, como já havia sido registado no passado (Resolução do Conselho de Ministros n.º 157/2005, de 12 de outubro de 2005). Por outras palavras, é fundamental articular a estratégia de Saúde Pública com

o conjunto da sociedade, com a economia⁽³⁴⁾ e com uma nova lógica de estratégia orçamental (Sakellides et al., 2020). A reorganização dos Serviços de Saúde Pública à luz do enquadramento legislativo proporcionado pelo Decreto-Lei n.º 156/99, de 10 de maio de 1999, ou seja, dos Centros de Saúde de terceira geração e dos Sistemas Locais de Saúde (cuja implementação não chegou a ser feita) com particular enfoque nos Centros Regionais de Saúde Pública, dotados de uma equipa multiprofissional e aptidão em várias áreas, que funcionariam como referência técnica aglutinadora – quer ao nível do planeamento quer ao nível da intervenção – capazes de, por sua vez, darem apoio aos serviços de Saúde Pública com sede nos centros de saúde, estes, com funções essencialmente executivas (Decreto-Lei n.º 286/99, de 27 de julho de 1999). Nesse sentido, esse modelo de organização pressupõe o funcionamento em rede dos Serviços de Saúde Pública, nos seus vários níveis de implementação e o estabelecimento de parcerias com instituições públicas e privadas para a prossecução dos projetos de intervenção decorrentes da monitorização da saúde da população e dos seus principais determinantes (Decreto-Lei n.º 286/99, de 27 de julho de 1999). Contudo, o panorama geral que se seguiu pautou-se pela, (i) não concretização dos modelos preconizados para a organização da prestação de cuidados à população (Sistemas Locais de Saúde e centros de saúde de terceira geração); (ii) implementação apressada e insuficientemente tes-

49

³⁴ A Agenda 2030, os ODS e a chamada *economia donut*. Segundo Kate Raworth: “*Humanity’s 21st century challenge is to meet the needs of all within the means of the planet. In other words, to ensure that no one falls short on life’s essentials (from food and housing to healthcare and political voice), while ensuring that collectively we do not overshoot our pressure on Earth’s life-supporting systems, on which we fundamentally depend – such as a stable climate, fertile soils, and a protective ozone layer. The Doughnut of social and planetary boundaries is a playfully serious approach to framing that challenge, and it acts as a compass for human progress this century.*”

tada de novos modelos de gestão (hospitais SA, hospitais de gestão privada, centros de saúde geridos sob alçada hospitalar; Ministério de Justiça, 2018). Por isso, naquilo que se refere à Saúde Pública, tornou-se ainda mais visível: (a) as carências e as disfuncionalidades da sua intervenção; (b) o seu diminuto, ou praticamente ausente, contributo para o conhecimento dos principais problemas de saúde que afetavam a população portuguesa; (c) a desintegração da sua atuação num modelo de cuidados de saúde fragmentado e sem coerência global; (d) a necessidade de o Estado garantir a existência de um braço técnico que, de uma forma idónea e independente, assegure a vigilância e a preservação da saúde da população (Ministério de Justiça, 2018). Com as orientações definidas pelo PRACE, os objetivos do Programa do Governo no tocante à modernização administrativa e à melhoria da qualidade dos serviços públicos e as alterações – decorrentes também do esforço de racionalização estrutural consagrado na Lei Orgânica do Ministério da Saúde – introduzidas no plano das ARS, concretamente o Decreto-Lei n.º 222/07, de 29 de maio de 2007, que estabeleceu o respetivo *modelo de funcionamento* e as Portarias que se lhe seguiram³⁵, os Centros Regionais de Saúde Pública passaram a designar-se por Departamentos de Saúde Pública (DSP). Ora, como se compreende, a Saúde Pública foi desde sempre considerada como um elemento fundamental para a renovação do sistema de saúde, apontando-se a necessidade do investimento em formação e equipamento técnico para o adequado funcionamento das respetivas estruturas, o que, em Portugal, veio a ter tradução prática na criação das USP, integradas nos novos

ACES e na sua própria reforma com a publicação do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro de 2008. O nível intermédio de serviços de Saúde Pública — inexistente até então — correspondente às USP, de nível supralocal, “agregam” os profissionais de Saúde Pública dos centros de saúde integrantes do respetivo ACES, tendo a missão de “observatório” de saúde da área geodemográfica correspondente (artigo 12º). O Decreto-Lei n.º 81/2009, de 2 de abril de 2009, estabeleceu as regras e princípios de organização dos serviços e funções de natureza operativa de Saúde Pública, sedeados a *nível nacional, regional e local* e reestruturou os serviços de Saúde Pública, assentando essencialmente, seja na vertente operacional seja na de organização de serviços, em dois níveis de atuação: (i) a *nível regional*, funcionando como estrutura de vigilância e monitorização de saúde, numa perspetiva abrangente e detendo funções, igualmente, de vigilância epidemiológica, planeamento em saúde e definição de estratégias regionais e, ainda, de apoio técnico, articulando-se com todos os recursos de Saúde Pública da sua área de influência e (ii) a *nível local*, funcionando, do mesmo modo, como estrutura de vigilância e monitorização de saúde da população, dispondo de organização flexível que permite manter os serviços próximos do cidadão. E, nesse sentido, estabeleceu para os serviços operativos de Saúde Pública um modelo organizacional e técnico flexível, com vista a garantir de forma célere e eficaz a proteção da saúde das populações, visando promover serviços modernos, racionalmente estruturados, com capacidade de diagnóstico e planeamento, capazes de apoiarem decisões, incluindo no que respeita a situações de crise grave/emergência. Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril de 2009, passou a estabelecer as regras de designação, competência e funcio-

³⁵ Portarias n.ºs: 649 (ARSN, I.P.), 650 (ARSC, I.P.), 651 (ARSLV, I.P.), 652 (ARSA, I.P.) e 653 (ARSALGARVE, I.P.), todas de 30 de maio de 2007, que aprovaram os Estatutos das mesmas.

namento das entidades que exercem o poder de autoridade, e atualizou as condições do exercício do poder de Autoridade de Saúde, funcionando de forma integrada em todo o território nacional e em articulação com os serviços de Saúde Pública existentes, implementando a partilha de informação, de conhecimentos e recursos, com vista à decisão fundamentada no exercício dos poderes conferidos, incorporando novos conceitos de Saúde Pública em conformidade com o preconizado pela Organização Mundial de Saúde e pela Comissão da União Europeia. De igual modo, foi introduzida, a proteção jurídica a todas as entidades que exercem o poder de autoridade de saúde, de forma a salvaguardar uma eficaz intervenção centrada na proteção da Saúde Pública, e, ainda, a criação de um órgão consultivo e de apoio da autoridade de saúde nacional, designado Conselho de Autoridades de Saúde. Em agosto de 2009, foi publicada a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto de 2009, que: (i) estabeleceu um sistema de vigilância em saúde pública; (ii) criou uma rede nacional de informação epidemiológica (web-based) designada SINAVE (Sistema Nacional de Informação de Vigilância Epidemiológica); (iii) revogou a legislação relativa às doenças transmissíveis de declaração obrigatória, com mais de 60 anos (Lei n.º 2036 de 9 de Agosto de 1949), e (iv) introduziu a notificação laboratorial (em tempo real) destas doenças (Almeida, 2010). Ao prever a recolha/captura e processamento de dados relativos a «fenómenos insólitos, inesperados ou surtos de doenças transmissíveis de origem desconhecida» a Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto de 2009, integra o novo conceito da «informação epidemiológica» (*epidemic intelligence*) tornando, desta forma, o sistema de Saúde Pública nacional mais consistente com o novo paradigma de Saúde Pública pós-11 de Setembro [de 2001] de gestão de ameaças

ao invés da mera resposta a acontecimentos (proatividade *versus* reatividade). E, no âmbito dos Observatórios Regionais de Saúde dos Departamentos de Saúde Pública das cinco ARS foi desenvolvido o Perfil Regional de Saúde, que se constitui como um instrumento de apoio à tomada de decisão técnica, político/estratégica e organizacional, sendo uma ferramenta virada para a ação, no sentido da melhoria da saúde das populações e redução das desigualdades⁽³⁶⁾ em saúde que se baseia na melhor evidência disponível e assenta em critérios de qualidade que lhe conferem rigor e robustez. Contudo, de acordo com a Federação Nacional de Médicos (FNAM), em 2011 (apenas 2 anos depois dos normativos em referência terem sido publicados), “É prioritária a revisão dos Decretos-Lei n.º 81/2009 e n.º 82/2009, definindo claramente o perfil profissional dos médicos de Saúde Pública e suas competências, os critérios de nomeação das Autoridades de Saúde, suas competências específicas, hierarquias e regime de trabalho e substituições”, porquanto a Saúde Pública se encontrava ainda “relegada para funções quase exclusivamente burocráticas, (...) com os profissionais de Saúde Pública a desempenhar funções num ambiente de inexplicável mistura entre os Decretos-Lei n.º 81/2009 e n.º 82/2009, que não propicia o desenvolvimento das competências dos Médicos de Saúde Pública e dificulta, e muito, o desenvolvimento de uma política de Saúde Pública na defesa dos cidadãos, (...) a intervenção na comunidade está dispersa, a investigação em saúde pública não é apoiada, e a capacidade de participação na gestão de serviços e de auditoria não está definida, muito menos regulamentada”. Esta é uma questão que

51

³⁶ “Of all the forms of inequality, injustice in health is the most shocking and the most inhuman because it often results in physical death – Martin Luther King, Jr. 1966” (Hunter, 2021).

tem marcado a Saúde Pública e um verdadeiro desafio porque não tem sido fácil conseguir alcançar o desiderato de um “nova” Lei da Saúde Pública, dando sequência às recomendações do documento Nova Ambição para a Saúde Pública – Focada nos Serviços Locais, DGS, junho 2016, (recomendações 10 e 14; Despacho n.º 11232/2016, de 19 de setembro de 2016)⁽³⁷⁾. A Proposta de Lei n.º 49/XIII deu entrada em 10 de janeiro de 2017 na Assembleia da República, foi discutida na generalidade em 2 de fevereiro de 2017, votada na generalidade em 3 de fevereiro de 2017 e aprovada na Reunião Plenária n.º 47, com os votos a favor de PS, BE, PCP, PEV, PAN e abstenção de PSD e CD-S-PP, baixando, nessa mesma data, à Comissão de Especialidade (Comissão de Saúde), na qual esta iniciativa acabou por caducar em 24.10.2019⁽³⁸⁾. Em 18 de fevereiro de 2020, através do Despacho n.º 2288/2020, foi criada uma Comissão para a Elaboração da Proposta de Reforma da Saúde Pública e Sua Implementação, *promovendo uma nova ambição para a Saúde Pública e intervindo nas suas vá-*

rias determinantes de forma sistémica, sistemática e integrada e considerando a transversalidade da Saúde Pública. Muito embora o relatório final que esta Comissão elaborou tenha sido entregue ao Ministério da Saúde, de acordo com o noticiado pela imprensa há diversos aspetos, conclusões e propostas a considerar (Maia, 2021). Nesse documento, é referido que “Num contexto de mudança indispensável, a autonomia funcional e organizativa dos serviços de saúde pública deve constituir a «pedra de toque» desta reforma”, acrescentando que “esta autonomia deve incluir também a componente financeira”. Saliencia igualmente que, “nos últimos 20 anos” se tem “assistido a um esvaziamento das atribuições e competências específicas da Saúde Pública, bem como do seu papel insubstituível no contexto do sistema de saúde”. Destaca e alerta para “A existência, durante muitos anos, de uma dupla tutela dos serviços de saúde pública, por um lado da DGS, enquanto autoridade de saúde de âmbito nacional, e, por outro, das Direções dos Centros de Saúde e, ultimamente, dos ACES” situação essa, considerada “o fator decisivo para a asfíxia funcional e organizativa da sua intervenção”, propondo que essa “dupla tutela deve ser abolida e reforçada a relação hierárquica com a DGS” porquanto, “Sem essa abolição, nada de concreto se alterará e o definhamento pré-pandemia irá agravar-se”. Integra também um inquérito que a Comissão realizou, por via eletrónica, aos profissionais de Saúde Pública (entre 21 de julho e 16 de setembro de 2020) tendo respondido 788 profissionais, dos quais 415 são assistentes operacionais, assistentes técnicos, técnicos superiores/técnicos de diagnóstico e terapêutica, 149 são enfermeiros e 224 são médicos (incluindo internos). E, do retrato conseguido – que apenas espelha a realidade dos inquiridos, refere o documento –, apurou-se que no que

³⁷ Em 20 de Novembro de 2017, em resposta ao pedido da então (e atual) Diretora-Geral da Saúde, a F NAM enviou “uma breve apreciação dos documentos enviados para análise e algumas propostas de desenvolvimento para uma eficaz reforma da Saúde Pública em Portugal”, tendo recordado a F NAM, cuja presença foi definida pelo Despacho N.º 11232/2016, de 19 de setembro, abandonou os trabalhos da Comissão por recomendação do Fórum Médico, em 6.05.2017 e referido, em termos globais que “A principal finalidade de qualquer sistema de saúde, que consiste em proteger e promover a saúde da população, não pode ser posta em causa por uma lei deficientemente desenhada e articulada e que se pode converter numa barreira severa aos múltiplos campos de intervenção em Saúde Pública”.

³⁸ Documentos anexos à Proposta de Lei n.º 49/XIII/2 (Contributo e Pareceres): (i) Contributo – Sindicato Independente dos Médicos; (ii) Contributo – Direção da Federação Nacional dos Médicos; (iii) Contributo SEP – Sindicato dos Enfermeiros Portugueses; (iv) Contributo SINDITE – Sindicato dos Técnicos Superiores de Diagnóstico e Terapêutica; (v) Parecer – Ordem dos Biólogos; Parecer – Ordem dos Enfermeiros; (vi) Parecer – Ordem dos Farmacêuticos; (vii) Parecer – Ordem dos Médicos; (viii) Parecer – Ordem dos Nutricionistas; (ix) Parecer – Ordem dos Psicólogos; (x) Parecer – Sindicato Nacional dos Técnicos Superiores de Saúde; (xi) Parecer ARS Algarve

diz respeito ao acesso por serviço/unidade, 28,4% dos profissionais “referiram não ter acesso a qualquer sistema de informação, sendo que, destes, 89% são oriundos de unidades de saúde pública”. Já quanto à disponibilização de viatura para deslocamentos em serviço, “21% responderam não dispor em nenhuma situação”. Só cerca de 7% disseram ter este recurso sempre que necessário. Questionados sobre as condições (recursos humanos e logísticas) necessárias para o exercício da função, 48% dos inquiridos consideraram que não as tinham todas (pontuações abaixo de 5 numa escala de 0 a 10). Sobre as principais carências, sobressaíram a falta de recursos e de profissionais, a disponibilidade de viatura e os sistemas informáticos. “A ausência de reconhecimento é um dos aspetos referidos, ainda que com menor preponderância, juntamente com os «incentivos» (ausência)”, lê-se ainda. Nas recomendações, a Comissão afirma que a valorização das profissões da Saúde Pública é crucial “para quebrar o ciclo vicioso da escassez de recursos” nesta área e defende o pagamento de todo o trabalho extraordinário, assim como do suplemento previsto desde 2009 a quem desempenha função de autoridade de saúde. Diz ainda ser “da maior pertinência o reforço da capacidade de vigilância epidemiológica” e alerta para a necessidade de um registo de quantos são e onde estão os profissionais de saúde pública. Em 20 de outubro de 2021, pelo Despacho n.º 10182/2021, foi prorrogado por um ano o mandato da Comissão para a Elaboração da Proposta de Reforma da Saúde Pública e Sua Implementação, *subsistindo a necessidade de dar continuidade e aprofundar os trabalhos já realizados*. O desenvolvimento humano e das sociedades dependerá da capacidade de mudança e de não deixar ninguém para trás (Miranda, 2019). O nível civilizacional de um povo pode ser medido pela qualidade dos seus

serviços de Saúde Pública e, por isso, é importante dar um (novo) impulso a esta área, reforçando a sua componente de intervenção e dotando-a de instrumentos que permitam ampliar a sua efetividade para segurança dos cidadãos, como resulta do Prefácio subscrito por António Correia de Campos no documento elaborado sobre a Reestruturação dos Serviços de Saúde Pública (Resolução do Conselho de Ministros n.º 157/2005, de 12 de outubro de 2005). A Saúde Pública, cujo foco maior, como já referido, incide na saúde da população – prevenção da doença, promoção e proteção da saúde – obriga, atualmente, a um conjunto de dinâmicas e ações que, baseadas na evidência e a partir de eixos estratégicos delineados, se fundam em modelos de governação que não sejam estáticos e que, ao invés, proporcionem as condições para a implementação de respostas e de preparação para todo o tipo de situações, o desenvolvimento de competências de comunicação, de liderança, de cooperação, responsabilidade e de transparência (Miranda, 2019). Os desafios atuais assim como o papel esperado da Saúde Pública, no quadro do Sistema de Saúde e do Serviço Nacional de Saúde em particular, que assume especial importância, têm, comprovadamente, relação com a atividade humana, incluindo comportamentos e estilos de vida e são, no essencial, resultado dos seguintes processos : (i) alterações climáticas com efeitos na saúde dos cidadãos; (ii) epidemias descontroladas de doenças crónicas; (iii) resistência crescente dos agentes microbiológicos patogénicos aos antimicrobianos; (iv) progressão de desigualdades, iniquidades e desequilíbrios acentuados entre comunidades. E, há pelo menos 3 razões pelas quais proteger a Saúde Pública é mais importante do que nunca, concretamente,

porque: (a) também engloba a saúde mental⁽³⁹⁾, (b) a tecnologia pode ajudar a proteger mantendo todos informados⁽⁴⁰⁾ e (c) temos de trabalhar em conjunto para garantir o acesso aos cuidados às populações mais vulneráveis.⁽⁴¹⁾ (Ekram, 2020). Neste particular, no processo de revisão da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto (alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro de 2002), então Lei de Bases da Saúde (LBS), foi elaborada uma proposta⁽⁴²⁾ pela Comissão nomeada para o efeito⁽⁴³⁾, em relação à qual, no caso particular da Saúde Pública, a LBS aprovada (cfr. Bases 10, 34 e 35) foi muito mais comedida. Essa proposta determinava a *centralidade da política de saúde na saúde pública, vertida no reconhecimento da importância de políticas específicas ligadas à criação de condições para que a pessoa se desenvolva de forma livre e harmoniosa atingindo a sua plenitude em termos de potencial de saúde e refletia igualmente: (i) a compreensão de que a pressão financeira sobre o sistema só se atenuará se se concretizar uma prioridade política clara e efetiva na promoção da saúde e na prevenção da doença e (ii) o reconhecimento da importância e da atuação nas determinantes*. Para além disso, reconhecia a importância primeira da promoção da saúde e que o modelo de política de saúde não pode ser centrado apenas na prestação de cuidados de saúde, determinando a avaliação dos impactos na saúde pública das diferentes políticas.

54

4. As Autoridades de Saúde

A relevância da figura institucional da “autoridade sanitária”, fortemente estribada na tradição administrativa portuguesa, está amplamente consagrada em documentação legal secular e o seu campo de intervenção alargou-se consideravelmente com o tempo porquanto, há muito que se ultrapassou o conceito restrito médico-sanitário e ambientalista, enformado pelo padrão da patologia por longo tempo dominante, a das doenças infecto-contagiosas (Decreto-Lei n.º 336/1993, de 29 de setembro de 1993). Por outras palavras, enquanto conceito ou prática, a Saúde Pública, como já referido, evoluiu ao longo do tempo – e, passou com a publicação da então Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto de 1990) – de uma função de um certo *policimento sanitário* para uma função de *administração da saúde*; por outras palavras “(...) fez evoluir o conceito de autoridade sanitária para Autoridade de Saúde, evolução catalizada pela transformação de uma sociedade predominantemente rural numa sociedade urbana, industrializada e prestadora de serviços e estabelecendo uma importante premissa: a de que as funções de Autoridade de Saúde são independentes das de natureza operativa dos serviços de saúde, isto é, reconhecendo a intervenção do Estado na defesa da Saúde da população, para poder ser dotada de eficiência, deveria ser exercida livremente e a montante da prestação de cuidados de saúde e não a reboque da intervenção essencialmente curativa destes.” Atualmente, de acordo com o disposto na Base 34, n.º 1 da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro de 2019 – Aprova a Lei de Bases da Saúde e revoga a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto de 1990, e o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto de

³⁹ “Being quarantined isn’t all fun and games (and Netflix). For many people “sheltering in place” during this time, staying inside can be lonely, or it can feel stressful and overwhelming. Social distancing can also take its toll on mental health.

⁴⁰ “Public health is all about promoting health literacy and ensuring patients play an active role in their own healthcare. That’s especially true in a time where misinformation is quickly spreading along with the coronavirus.”

⁴¹ “Advocating for continued government funding of important public health programs is something that we can all do”

⁴² Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Cadernos da Lex Medicinæ n.º 3 · 2018.

⁴³ Despacho n.º 1222-A/2018, de 2 de fevereiro de 2018.

2002), a Autoridade de Saúde⁽⁴⁴⁾ é a entidade responsável pela “decisão de intervenção do Estado na defesa da Saúde Pública⁽⁴⁵⁾, nas situações suscetíveis de causarem ou acentuarem prejuízos graves à saúde dos cidadãos ou das comunidades, e na vigilância de saúde no âmbito territorial nacional que derive da circulação de pessoas e bens no tráfego internacional” que exerce as seguintes competências⁽⁴⁶⁾: (a) a suspensão de atividade e encerramento de serviços; (b) o internamento compulsivo e prestação compulsiva de cuidados de saúde; (c) a vigilância sanitária do território nacional e (d) a requisição de serviços, requisição de estabelecimento e requisição de profissionais de saúde. As Autorida-

des de Saúde exercem a sua função numa vasta lista de matérias, como por exemplo, nas seguintes 38: (i) acampamentos ocasionais; (ii) água (para consumo humano, minerais naturais e balneares); (iv) alimentos (bivalves, carne, toxinfecções alimentares coletivas); (v) atestados médicos (de incapacidade multiuso, para deslocação de professor, para eleições e referendos, para fins militares e para isenção do uso de segurança); (vi) avaliação ambiental; (vii) biocidas; (viii) campos de férias; (ix) carta de condução; (x) cemitérios; (xi) combate à droga (xii) diversões aquáticas; (xiii) doenças transmissíveis; (xiv) espaços de jogo e recreio (xv) espetáculos de natureza artística; (xvi) estabelecimentos (de apoio social, industriais, prestadores de cuidados de saúde e termais); (xvii) evicção escolar; (xviii) explosivos; (xix) instalações desportivas; (xx) medicamentos; (xxi) óbito; (xxii) pedreiras; (xxiii) pensões de sangue; (xxiv) portos; (xxv) proteção civil; (xxvi) qualidade do ar; (xxvii) radiações; (xxviii) recintos de espetáculos e divertimento público; (xxix) recintos itinerantes e improvisados; (xxx) regulamento sanitário internacional; (xxxii) resíduos; (xxxiii) saúde mental; (xxxiv) saúde ocupacional; (xxxv) taxas; (xxxvi) temperaturas extremas adversas; (xxxvii) trasladação; (xxxviii) vacinação e (xxxviii) verificação domiciliária de doença (Ordem dos Médicos, 2020). No que toca ao enquadramento do exercício das funções de Autoridade de Saúde deve ter-se em atenção dois planos: um mais específico, que resulta da estrutura dos serviços de saúde e outro mais amplo, que assenta no direito em geral. No primeiro plano, percorrendo o articulado do Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril de 2009, destacam-se alguns aspetos: (a) as funções inerentes ao exercício do poder de autoridade são exercidas com autonomia técnica e são independentes das de natureza operativa dos

55

⁴⁴ “No Estado Social, a saúde pública é uma condição do desenvolvimento económico. A plena realização da situação individual de bem-estar depende do bom estado sanitário da comunidade em geral, para a qual todos devem dar o seu contributo. Há, assim, uma bifacetação do Estado – e da Administração, sua longa manus na execução das políticas económicas e sociais – no domínio da Saúde. À *friendliness* do Estado que cria e mantém uma estrutura administrativa de prestação de cuidados de saúde tendencialmente gratuita, junta-se uma *roughness* (do outro lado) da Administração que tem por missão prevenir e debelar situações de risco sanitário, se necessário com o sacrifício de direitos dos cidadãos. No nosso ordenamento jurídico, este *dirty work* cabe às autoridades de saúde”, (Gomes, 1999).

⁴⁵ Cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional 76/85 (in Diário da República, II, de 8 de junho de 1985, pp. 5362 segs (max. 5365), onde se afirma, justificando o controlo exercido pelo Estado sobre o exercício de atividades relacionadas com a saúde, que a saúde (e a medicina) “devem relevar de uma função pública e social”.

⁴⁶ Decreto-Lei n.º 81/2009, de 2 de abril de 2009 – Reestrutura a organização dos serviços operativos de saúde pública a nível regional e local, articulando com a organização das administrações regionais de saúde e dos agrupamentos de centros de saúde; Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril de 2009 – Estabelece o regime jurídico da designação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridades de saúde; Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto de 2009 – Institui um sistema de vigilância em saúde pública, que identifica situações de risco, recolhe, atualiza, analisa e divulga os dados relativos a doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, bem como prepara planos de contingência face a situações de emergência ou tão graves como de calamidade pública; Decreto-Lei n.º 135/2013, de 4 de outubro de 2013 (com a Retificação n.º 51/2013, de 29 de novembro de 2013) – Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril de 2009, que estabelece as regras de designação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridade de saúde.

serviços de saúde; (b) as Autoridades de Saúde dependem hierarquicamente do membro do Governo responsável pela área da saúde, através do Diretor-Geral da Saúde; (c) a Autoridade de Saúde Nacional é o Diretor-Geral da Saúde, pelo que, para além das funções que lhe estão cometidas enquanto Autoridade de Saúde de âmbito nacional, há que ter presentes, também, todas as atribuições e competências da DGS (Decreto Regulamentar n.º 14/2012, de 26 de janeiro de 2012); (d) o Delegado de Saúde Regional exerce, por inerência à comissão de serviço para que foi designado, as funções de Diretor do Departamento de Saúde Pública da ARS respetiva, nos termos de legislação própria (Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de janeiro de 2012)⁴⁷, pelo que há também que ter presentes todas as atribuições e competências dos Departamentos de Saúde Pública (com esta ou outra designação) das ARS; (e) a Autoridade de Saúde de nível local, também designada por Delegado de Saúde coordenador, está sediada nas USP dos ACES e/ou nas ULS e exerce as suas competências no âmbito geográfico territorialmente competente, sendo, simultaneamente, o(a) coordenador(a) da USP, nos termos de legislação própria, pelo que, também aqui, há que ter presentes todas as atribuições e competências das USP; (f) as Autoridades de Saúde podem, no âmbito territorial competente, delegar⁴⁸ nos profissionais que integram os respetivos

serviços de saúde pública, de acordo com as áreas específicas de intervenção, a execução de atos materiais⁴⁹ compreendidos no exercício das suas competências, desde que observados os requisitos de qualificação profissional necessários ao exercício das mesmas. A prática da atuação das *autoridades administrativas de saúde* assenta na trilogia legalidade, proporcionalidade e responsabilidade e a sua razão de ser é a defesa da saúde dos membros da comunidade em geral, com respeito pela dignidade da pessoa humana, pilar fundamental da atuação dos órgãos do poder público no ordenamento jurídico-constitucional português (Gomes, 1999). No segundo plano, o exercício do poder de Autoridade de Saúde rege-se, com respeito pelos princípios do direito em geral e do direito administrativo⁵⁰ em particular, assumindo especial relevância os princípios constitucionalmente consagrados⁵¹, concretamente: (a) Artigo 266.º (Princípios fundamen-

aspectos importantes, conclui pela possibilidade de os Delegados de Saúde delegarem a execução de atos materiais nos médicos colocados nas USP. A forma e o conteúdo da própria delegação, deve obedecer ao preconizado no Código do Procedimento Administrativo.

⁴⁹ A identificação dos atos materiais deverá ser atendida caso a caso, tendo em consideração as competências das autoridades de saúde previstas em legislação própria. Entende-se estar legitimada a delegação de atos materiais, com carácter instrutório, nos médicos das USP nas situações que, a título meramente exemplificativo, se indicam: instrução de processos de Juntas Médicas de Avaliação de Incapacidade, avaliação clínica de condutores e instrução de processos para emissão de mandados de condução para internamento compulsivo (Parecer anexo à Circular Informativa n.º 27/ASN que a DGS emitiu em 1 de julho de 2010).

⁵⁰ “O princípio da legalidade é o fundamento e o limite da atividade administrativa, é o esteio de todas as suas ações, jurídicas e materiais. Isto significa que a atuação das autoridades de polícia sanitária, especialmente agressiva, deve ater-se, em primeiro lugar, ao seu fundamento legal.”

⁵¹ A saúde assume a dupla faceta no texto constitucional, “Ela surge numa vertente privada, garantindo duplamente o direito à saúde (nas suas dimensões positiva e negativa), e dela também se extrai a valoração jusfundamental do interesse público da saúde, que é assim alancorado a bem fundamental, cuja defesa e promoção cabem, em primeira linha, ao Estado e demais entidades públicas e, em segunda linha, ao cidadãos e pessoas colectivas de direito privado, numa tarefa comunitária de solidarização e responsabilização.”

⁴⁷ Portaria n.º 153/2012, de maio de 2012, alterada pela Portaria n.º 213/2013, de 27 de junho de 2013 – aprova os Estatutos da ARSN, I.P.; Portaria n.º 164/2012, de 22 de maio de 2012 – aprova os Estatutos da ARSC, I.P.; Portaria n.º 161/2012 de 22 de maio de 2012, alterada pela Portaria n.º 211/2013 de 27 de junho de 2013 – aprova os Estatutos da ARSLVT, I.P.; Portaria n.º 157/2012, de 22 de maio de 2012, alterada pela Portaria n.º 210/2013, de 27 de junho de 2013 – aprova os Estatutos da ARS Alentejo, IP; Portaria n.º 156/2012, de 22 de maio de 2012 – aprova os Estatutos da ARS Algarve, I.P.

⁴⁸ O que se pode delegar é a “execução de atos materiais” e não a competência propriamente dita, sendo que a DGS emitiu, em 1 de julho de 2010, a Circular Informativa n.º 27/ASN, que esclarecendo alguns

tais); (b) Artigo 268.º (Direitos e garantias dos administrados); (c) Artigo 269.º (Regime da função pública) e (d) Artigo 271.º (Responsabilidade dos funcionários e agentes). Para além disso, importa, pela potencial relevância neste contexto, o Artigo 386.º do Código Penal (CP; Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março de 1995, várias vezes alterado) e considerar dois artigos relativos à denúncia de crimes consagrados no Código de Processo Penal (CPP; Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro de 1987, alterado múltiplas vezes): (i) «Artigo 241.º (Aquisição da notícia do crime) e (ii) Artigo 242.º (Denúncia obrigatória). A atuação administrativa, vasta e complexa, está igualmente sujeita ao controlo jurisdicional porquanto, muito embora a decisão das Autoridades de Saúde seja, na sua essência, uma decisão técnica e não uma decisão jurídica – isto é, na integração do conceito risco para a saúde pública, há uma grande dose de “discrecionabilidade” técnica⁽⁵²⁾, *rectius*, uma decisão administrativa fundada em juízos técnicos -, isso não implica a sua insindicabilidade jurisdicional (Gomes, 1999). Pelo contrário, o juiz tem toda a legitimidade para controlar a legalidade das franjas da atuação administrativa que não se reconduzem aos aspetos estritamente médicos. Porém, há questões que se colocam às Autoridades de Saúde, no

exercício das suas competências, funções e até responsabilidades, que derivam da falta de clareza da legislação produzida nas mais diversas áreas que lhes parecem atribuir “competências específicas”, mas que, bem avaliadas, nem sempre parecem ter suporte nos diplomas enquadradores das atribuições e competências das mesmas e, nalguns casos, parecem mesmo reportar-se a competências de outras entidades ou autoridades. E, esse possível conflito de competências, essas incompatibilidades ou essas incongruências são questões antigas, que podem traduzir-se em dificuldades operacionais, mas não se vislumbram soluções fáceis para as ultrapassar (Ordem dos Médicos, 2020). Como se estas incongruências não fossem por si só suficientes para que se estabeleça alguma confusão, que não raras vezes são origem de algumas situações complicadas, com manifesta dificuldade em delimitar campos de atuação ou áreas de intervenção, com todas as consequências que daí podem advir, a que acresce como já mencionado, a *miríade* de situações em que as Autoridades de Saúde são envolvidas e as variadíssimas áreas em que exercem a sua função, tudo se complica quando surgem ocorrências como as pandemias, a que é preciso dar resposta⁽⁵³⁾, neste caso e atualmente com a doença provocada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2). Para Ana Margarida Gaudêncio, “Na atual situação de pandemia, concentrando-se a problemática e os discursos de direitos humanos na saúde pública, nacional e internacional, é a própria noção de saúde como direito humano que é posta

57

⁵² No controlo jurisdicional da atuação administrativa: (i) o domínio da sindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade, na medida em que só existem a discrecionabilidade e a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados que a lei especificamente conceder; (ii) no juízo de valoração por recurso a conceitos jurídicos indeterminados nos primeiros têm lugar as regras próprias da interpretação jurídica em via de aplicação puramente subjuntiva passível de controlo jurisdicional e (iii) no juízo de valoração de conceitos técnicos regem os conhecimentos e regras próprias da ciência ou da técnica que estejam em causa, não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciência ou a boa técnica empregues pela entidade administrativa, por manifesta falta de competência nas matérias extrajurídicas para tanto necessária (Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 16.03.2006. no Processo n.º 01459/06).

⁵³ “À Autoridade de Saúde, por sua vez, compete utilizar de forma discricionária o poder do Estado na defesa da Saúde Pública. Reconhece-se, no entanto, que esse poder está limitado quanto mais estiver limitada a autonomia administrativa. A notória falta de recursos é sistematicamente sinalizada, mas a garantia de meios logísticos é da competência e responsabilidade das Administrações Regionais de Saúde.” (Comunicado de 19 de agosto de 2020 emitido pela Associação Nacional dos Médicos de Saúde Pública),

em causa, enfatizando decisivamente a relevância, no seu conteúdo e na sua estrutura, do direito internacional da saúde pública” (Pereira, 2021) e, nessa medida, é fundamental uma ponderação equilibrada dos interesses em jogo, “não fazendo, nem do indivíduo um instrumento do Estado⁽⁵⁴⁾, nem imolando o Estado no altar dos direitos individuais⁽⁵⁵⁾. (Gomes, 1999). Desde que a pandemia foi declarada pela OMS, a 11 de março de 2019⁽⁵⁶⁾, têm sido muitas as restrições impostas⁽⁵⁷⁾ (confinamentos, restrições à circulação, obrigatoriedade de usar máscara, apresentação de certificado e testes a

covid-19)⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾ ⁽⁶⁰⁾, algumas suscetíveis de beliscarem, ou limitarem, os direitos, liberdades e garantias, o que levanta novamente a questão: o bem comum que é a proteção da saúde de todos justifica que se ponha em causa os direitos fundamentais consagrados na CRP, o direito a decidir sobre o próprio corpo, o direito à personalidade, a liberda-

⁵⁴ “(...) a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos.” (Preambulo da Declaração de 1789, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

⁵⁵ “Quanto a saber se se pode limitar as liberdades individuais, claro que sim. Uma Constituição, um Código Penal, um Código Civil e leis de saúde, em grande medida, são limitações. A grande questão é saber qual é o limite dos limites. Agora, se pode haver legislação a limitar direitos, claro que sim. Isso é a construção jurídica que andamos a fazer há mais de dois mil anos. O direito europeu dos direitos humanos já o permite, sem qualquer dúvida. Aquela visão hiper-radical, que diz que é impossível, está completamente equivocada. Por essa Europa fora, é perfeitamente conforme aos direitos humanos limitar a liberdade das pessoas quando estão a pôr terceiros em perigo.” (Henriques, G., 2021).

⁵⁶ “Há 18 meses dizia-se que o mundo teria que mudar depois da pandemia. O imperativo da cooperação internacional instalar-se-ia e o valor da solidariedade e da justiça globais tornar-se-iam realidades. Afinal, seria a única estratégia verdadeiramente eficaz contra a pandemia. (...) Porém, mais de 18 meses volvidos, a realidade é outra e a problemática do acesso às vacinas e a assimetria que tem imperado neste domínio são paradigmáticas (...).

⁵⁷ “To mitigate the spread of COVID-19, governments throughout the world have introduced emergency measures that constrain individual freedoms, social and economic rights and global solidarity. These regulatory measures have closed schools, workplaces and transit systems, cancelled public gatherings, introduced mandatory home confinement and deployed large-scale electronic surveillance. In doing so, human rights obligations are rarely addressed, despite how significantly they are impacted by the pandemic response. The norms and principles of human rights should guide government responses to COVID-19, with these rights strengthening the public health response to COVID-19.”

⁵⁸ O Acórdão do Tribunal Constitucional de 31 de julho de 2020 (Proc. 403/2020;1. Secção; Cons. José António Teles Pereira), conclui que o confinamento obrigatório, seja através de quarentena seja através de isolamento profilático, constitui uma verdadeira privação da liberdade não prevista no art. 27.º da CRP e que todas as privações da liberdade carecem de autorização prévia da Assembleia da República.

⁵⁹ Qualquer pessoa ou entidade que profira uma ordem, cujo conteúdo se reconduza à privação da liberdade física, ambulatória, de outrem (qualquer que seja a nomenclatura que esta ordem assuma: confinamento, isolamento, quarentena, resguardo profilático, vigilância sanitária etc), que se não enquadre nas previsões legais, designadamente no disposto no artº 27 da CRP, estará a proceder a uma detenção ilegal, porque ordenada por entidade incompetente e porque motivada por facto pelo qual a lei a não permite (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.11.2020, no Processo n.º 1783/20.718PDL.L1-3).

⁶⁰ Segundo Jorge Bacelar Gouveia: “Neste contexto, a segurança que o Estado deve prover como bem público já nada tem de ver com as dimensões clássicas da segurança externa ou interna, mas antes se prende com o que tem sido chamado pelos Estudos de Segurança como «novas seguranças». E quem fala em segurança sanitária, fala de muitas outras, para as quais temos vindo a acordar: a segurança alimentar, a segurança biológica, a segurança cibernética, a segurança ambiental ou a segurança energética. Não por falta de aviso porque desde 1994 as Nações Unidas bem têm sugerido a mudança de um paradigma: o da segurança político-estadual clássica para o da «segurança humana», na qual a pessoa é que deve ser o critério fundamental das providências a declarar com vista à sua defesa. Está fora de dúvida questionar a intervenção que se mostre proporcionada para prevenir, minimizar e superar os malefícios do COVID-19. O problema é outro: é saber da legitimidade e dos limites dessa intervenção, sendo certo que a mera invocação de uma cláusula geral de necessidade – lembrando o que era comum aceitar na Roma Antiga através do princípio «salus publica suprema lex» – pode tornar-se tanto perigosa porque excessiva quanto injusta porque violando direitos fundamentais elementares. Decerto que alguns obstáculos podem ser superados a uma intensidade mais baixa ao nível do estado de necessidade administrativa, quando se tornar imperioso flexibilizar procedimentos decisórios da Administração Pública, sobretudo na aquisição de bens e serviços urgentes. Mais complexa será a limitação dos direitos constitucionais, quando estiverem em causa as nossas liberdades de circulação, de entrada e saída do território nacional, o nosso direito ao salário, o direito ao geral funcionamento dos organismos públicos, etc.”

de individual?⁽⁶¹⁾ As circunstâncias atuais colocam-nos “perante a necessária distinção entre situações de normalidade e situações de exceção, ou, numa outra perspetiva, entre o «direito da normalidade» e o «direito da crise»” e, no caso português, o combate à pandemia “conduziu à mobilização de instrumentos jurídicos de excecionalidade, quer do estado de exceção constitucional (como sucedeu com o estado de emergência), quer dos «estados de exceção administrativos» (especiais) decorrentes da Lei de Bases da Proteção Civil (LBPC) e da LBS, em articulação com a Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública (LVSP)”. Ao abrigo desta última e no contexto de crises de Saúde Pública, são conferidos “poderes extensos ao membro do Governo responsável pela área da saúde”, porque “contempla medidas de exceção que não se reconduzem apenas à emissão de regulamentos, envolvendo aquela norma uma habilitação genérica para a prática de atos administrativos que impliquem a restrição, a suspensão ou o encerramento de atividades, a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infeção ou contaminação” (Pereira, 2021). Entre nós, e a propósito da Pandemia, a previsão do decretamento do estado de emergência encontra-se no artigo 19.º da CRP e na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro de 1986, sendo que, deste enquadramen-

to jurídico excecional, decorre a possibilidade de afetação da liberdade de circulação das pessoas, nomeadamente por via do seu confinamento forçado ao domicílio ou em estabelecimentos de saúde, como aliás especificaram, por exemplo, o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março de 2020⁽⁶²⁾ (artigo 4.º, alínea a) e o Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março de 2020, que lhe deu execução (art. 3.º). Pelo que, na vigência dos mesmos e dos que renovarem e densificarem os seus efeitos, e à luz dos seus fundamentos, não haverá dúvida⁽⁶³⁾ quanto ao confinamento ao domicílio ou em estabelecimento de saúde, de uma pessoa portadora de doença infectocontagiosa imposto pelas autoridades públicas competentes (Castro, 2020). Contudo, a questão que importa colocar é outra; ou seja, importa saber se, num quadro de normalidade constitucional, pode o portador de uma doença infectocontagiosa ser compulsivamente privado da liberdade ambulatoria, e em particu-

59

⁶² No preâmbulo do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março de 2020, que declara o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, escreve-se o seguinte: «Em Portugal, foram já adotadas diversas medidas importantes de contenção, as quais foram, de imediato, promulgadas pelo Presidente da República, e declarado o estado de alerta, ao abrigo do disposto na Lei de Bases da Proteção Civil. Contudo, à semelhança do que está a ocorrer noutros países europeus, torna-se necessário reforçar a cobertura constitucional a medidas mais abrangentes, que se revele necessário adotar para combater esta calamidade pública, razão pela qual o Presidente da República entende ser indispensável a declaração do estado de emergência»

⁶³ Quando as «medidas da situação de calamidade» foram apreciadas pelos tribunais, inclusivamente pelo Supremo Tribunal Administrativo, nunca deixariam de ser validadas, tendo-se concluído que as mesmas tinham cobertura e fundamento na lei, eram determinadas por uma finalidade de interesse público de primordial relevância — a proteção da vida humana e da saúde — e que eram proporcionadas aos objetivos visados; Acórdãos da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo: (i) de 10.09.2020 (Proc. n.º 088/20.8BALS); (ii) de 31.10.2020 (Proc. n.º 0122/20.1BALS); (iii) de 31.10.2020 (Proc. n.º 01958/20.9BELS); (iv) de 24.06.2021 (Proc. n.º 061/21.9BALS); (v) de 27.06.2021 (Proc. n.º 085/21.6BALS) e (vi) de 27.06.2021 (Proc. n.º 086/21.4BALS).

⁶¹ Sobre restrições ao exercício dos direitos, como medidas necessárias, numa sociedade democrática, tendo por fundamento a proteção de interesses coletivos como a saúde pública, conferir igualmente: artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948; artigos 16.º, 18.º, 24.º, 25.º, 27.º e 64.º, todos da CRP; artigo 5.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 26.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano relativa às aplicações da Biologia e da Medicina, assinada em Oviedo em 4 de abril de 1997, ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro; artigo 4.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ver o Comentário Geral 29); o Regulamento Sanitário Internacional (RSI).

lar internado, sem violação da CRP.⁽⁶⁴⁾ Não obstante em *situações de perigo para a saúde de terceiros* tanto a nova Lei de Bases da Saúde, como o Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril de 2009, alterado pelo Decreto-Lei n.º 135/2013, de 4 de outubro de 2013, referirem que, para defesa da Saúde Pública, cabe especialmente às Autoridades de Saúde desencadear o internamento⁽⁶⁵⁾ ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a Saúde Pública, de acordo com a lei (alínea b) do n.º 2 da Base 34 e alínea c) do n.º 2 do artigo 5.º dos diplomas citados), a verdade é que não existem ainda mecanismos legais que definam os procedimentos a adotar para a sua concretização (Peixoto et al., 2020). Com efeito, face à Constituição e à Lei, não têm as autoridades de saúde poder ou legitimidade para privarem qualquer pessoa da sua liberdade – ainda que sob o rótulo de “confinamento”, que corresponde efetivamente a uma detenção – uma vez que tal decisão só pode ser determinada ou validada por autoridade judicial, isto é, a competência exclusiva, face à Lei que ainda nos rege, para ordenar ou validar tal privação da liberdade, é cometida em exclusivo a um poder autónomo, à Magistratura

Judicial (Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2020). Daí decorre que, qualquer pessoa ou entidade que profira uma ordem, cujo conteúdo se reconduza à privação da liberdade física, ambulatoria, de outrem (qualquer que seja a nomenclatura que esta ordem assuma: confinamento, isolamento, quarentena, resguardo profilático, etc), que se não enquadre nas previsões legais, designadamente no disposto no artigo 27.º da CRP e sem que lhe tenha sido conferido tal poder decisório, por força de Lei – proveniente da AR, no âmbito estrito da declaração de estado de emergência ou de sítio, respeitado que se mostre o princípio da proporcionalidade - que a mandate e especifique os termos e condições de tal privação, estará a proceder a uma detenção ilegal, porque ordenada por entidade incompetente e porque motivada por facto pelo qual a lei a não permite. Aliás, esta questão já foi sendo debatida, ao longo dos tempos, a propósito de outros fenómenos de Saúde Pública, nomeadamente no que se refere à infeção por HIV e por tuberculose, por exemplo⁽⁶⁶⁾. E, que se saiba, nunca ninguém foi privado da sua liberdade, por suspeita ou certeza de padecer de tais doenças, precisamente porque a Lei o não permite (Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2020). Para André Dias Pereira, “(...) muito do direito da saúde vive nesse intervalo, no conflito entre a liberdade individual e a proteção de terceiros e da saúde pública. Um terceiro é alguém concreto, a saúde pública é mais genérica. Ao longo de décadas, a questão sempre atravessou o debate político e jurídico. O que há de novo é que estamos a viver uma pandemia e o sistema está a ser testado”.

⁶⁴ “a opção jurídico-constitucional de se restringir o internamento compulsivo ao internamento tutelar de portadores de anomalia psíquica deixou em aberto um problema bastante complexo – e, nos tempos de crise pandémica que correm, absolutamente pertinente e urgente – que é o do internamento compulsivo de perigo de pessoas portadoras de doenças infectocontagiosas (v.g. tuberculose ou a COVID19).”

⁶⁵ “Outro ponto importante diz respeito à distinção a ser feita entre internamento compulsivo e tratamento involuntário. Em primeiro lugar, nenhum tratamento (involuntário) poderá ser imposto a paciente de internamento voluntário; em segundo lugar, um tratamento involuntário só poderá ser imposto a paciente quando atenda ao melhor interesse das suas necessidades de saúde. Ainda, o internamento só poderá ser efetuado mediante declaração, por profissional de saúde mental qualificado e autorizado por lei para este fim, de que a pessoa tem uma enfermidade mental, com uma séria possibilidade de dano imediato ou iminente à própria pessoa ou a outros, ou em caso de risco de séria deterioração de sua condição.”

⁶⁶ Despacho n.º 12513-B/2019, de 27 de dezembro de 2019. da Diretora-Geral da Saúde, publicado no Diário da República n.º 251/2019, 1º Suplemento, Série II de 2019-12-31, que vem atualizar a lista de doenças transmissíveis de notificação no SINAVE definidas pelo Despacho n.º 15385 -A/2016, de 21 de dezembro de 2016.

No mesmo sentido, Paulo Otero, considera que, neste conflito, quem sai a ganhar é a defesa da Saúde Pública, tendo dado como exemplo o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de abril de 2021⁽⁶⁷⁾, que, embora se debruce sobre a vacinação obrigatória de crianças, acaba por fazer doutrina em relação à vacina contra a covid e outras questões de defesa da saúde para travar a pandemia (Henriques, 2021). No quadro legal português, como já referido, as limitações esbarram no artigo 27.º da Constituição da República, que consagra os direitos, liberdades e garantias. Mas, acompanhando André Dias Pereira, “há muita doutrina do direito constitucional que fala dos direitos imanentes e da concordância prática de direitos fundamentais. Por exemplo, o confinamento obrigatório de uma pessoa infetada com covid está previsto na lei – não é decretado por um juiz, mas por um médico de saúde pública – e cabe dentro de uma certa doutrina dos limites imanentes, com uma certa razoabilidade e proporcionalidade, pois, tratando-se de um vírus altamente contagioso, com uma taxa de mortalidade significativa, não oferece dúvida”. A própria OMS, na sua *check-list* para Pandemias Respiratórias de 2005, recomendava que os países identificassem bases legais e operacionais que sustentassem medidas necessárias em pandemias – incluindo medidas de isolamento/quarentena. O artigo 27.º da CRP prevê a privação de liberdade quando decretada por um juiz e de acordo com os preceitos do CPP, quanto à saúde, apenas estabelece o internamento compulsivo por doença mental⁽⁶⁸⁾ grave que ponha em perigo o próprio ou

terceiros⁽⁶⁹⁾ (70), ou seja, nada refere sobre o internamento compulsivo de portadores de doenças infecciosas, muito menos sobre o tipo de limitações ou obrigatoriedades que têm sido impostas como medidas para travar a pandemia, à luz do estado de emergência ou de calamidade. Por outras palavras, em situação de normalidade constitucional e ao nível da legislação ordinária, verifica-se que a Base 34, n.º 2, da Lei de Bases da Saúde, tem originariamente um mero propósito de enquadramento geral ao nível da definição das atribuições de um órgão administrativo e a própria Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto de 2009, que instituiu *um sistema de vigilância em Saúde Pública*, com atenção particular a doenças transmissíveis e em especial as infectocontagiosas, o mais longe que vai em termos de medidas de exceção situa-se sempre no domínio dos casos de emergência em Saúde Pública; ainda assim, sem referir expressamente a possibilidade de internamento compulsivo (artigos. 17.º e 18.º)⁽⁷¹⁾.

a extravagância, a excentricidade ou bizarria, a extraordinariedade e até a genialidade.”

⁶⁹ A verificação do requisito da anomalia psíquica grave para o internamento compulsivo cabe exclusivamente à medicina, dependendo de uma avaliação clínico-psiquiátrica do internando, de realização obrigatória (excepto se o requerimento for apresentado pelo director clínico do estabelecimento nos termos do n.º 3 do art. 13.º da LSM), levada a cabo por dois psiquiatras, com eventual colaboração de outros profissionais de saúde mental, estando o respectivo juízo subtraído à livre apreciação do juiz.

⁷⁰ A prescrição e o diagnóstico são atos médicos, da exclusiva responsabilidade de um médico, inscrito na OM (Regulamento n.º 698/2019, de 5 de setembro de 2019) e, neste contexto, a prescrição de *métodos auxiliares de diagnóstico* (como é o caso dos testes de deteção de infeção viral), bem como o diagnóstico quanto à existência de uma doença, relativamente a toda e qualquer pessoa, é matéria que não pode ser realizada por Lei, Resolução, Decreto, Regulamento ou qualquer outra via normativa, por se tratarem de atos que o nosso ordenamento jurídico reserva à competência exclusiva de um médico, sendo certo que este, no aconselhamento do seu doente, deverá sempre tentar obter o seu consentimento esclarecido (n.º 1 do art.º 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos)

⁷¹ “Ora, da análise da legislação de 2009 verificamos que continua a não estar cabalmente regulada a possibilidade de internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infectocontagiosa, mantem-

67

⁶⁸ “ao invés da generalidade das outras doenças, nem sempre é fácil determinar a existência de uma tal enfermidade: designadamente é indeterminável (indefinível e indizível) a fronteira entre a anomalia psíquica e a idiosincrasia, a diferença, a originalidade, a peculiaridade,

Admitindo que a Base 34 da LBS, “constitui em qualquer caso, já hoje, previsão suficiente para que possamos dizer que existe lei substantiva a prever a restrição do direito à liberdade a pessoas portadoras de doenças infetocontagiosas, com o sentido exigido pelo art. 18.º, n.º 2, da CRP, resta saber se semelhante lei é, no mais, materialmente respeitadora da CRP, neste sentido: estamos diante uma restrição do direito à liberdade autorizada pela CRP?” (Castro, 2020). E, segundo o mesmo autor, “será mesmo inconstitucional a lei ordinária que prevê ou venha a prever o internamento compulsivo de portador de doença infecto-contagiosa?”. Para procurar uma resposta enunciou a necessidade de ponderar as seguintes seis possibilidades: (i) o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infectocontagiosa cai dentro do conceito de “medida de segurança”⁽⁷²⁾ e teria nessa lógica cobertura no artigo 27.º, n.º 2, parte final, da CRP; (ii) uma interpretação extensiva do artigo 27.º, n.º 3, alínea h), da CRP, considerando-se que a possibilidade de internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica aplicar-se-ia, por identidade de razões, ao internamento compulsivo de portador de doença infectocontagiosa; (iii) o internamento compulsivo de portador de doença infectocontagiosa ser admitida pela CRP para salvaguarda da saúde pública e do direito à saúde de terceiros, encontrando-se apoio para esta restrição do direito à

do-se válida a doutrina anteriormente explicada, que vai no sentido de nos casos mais graves a autoridade de saúde requerer o internamento ou a quarentena, mas ser devidamente acautelado um procedimento judicializado, no caso de o cidadão se recusar, nos termos previstos na Lei de Saúde Mental ou o disposto na lei que disciplina a luta contra a doença de Hansen, que deverá ser aplicada por analogia. “Objeto de aplicação análoga não são normas restritivas da liberdade, mas preceitos que garantem um *due process*.”

⁷² É legal o internamento compulsivo de quem, padecendo de tuberculose pulmonar, recusa tratar-se e deambula pelas vias públicas, podendo assim afetar outras pessoas. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21.12.2005 (Proc.º n.º 514697)

liberdade na cláusula genérica de restrição de direitos fundamentais contida no artigo 29.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que constitui parâmetro interpretativo acolhido entre nós pelo artigo 16.º, n.º 2, da CRP; (iv) o recurso ao artigo 5.º, n.º 1, alínea e), da CEDH, que prevê a possibilidade da “detenção (...) de pessoa suscetível de propagar uma doença contagiosa”; (v) a lei que prevê o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infectocontagiosa como lei harmonizadora de um caso de colisão de direitos; (vi) o internamento compulsivo enquanto medida de coação implicitamente admitido pela CRP (Castro, 2020). Em notas finais e após a análise dessas questões e possibilidades, concluiu o seguinte: (a) fora do contexto excecional de uma Declaração do Estado de Emergência a única norma ordinária que neste momento prevê o internamento compulsivo de pessoas portadoras de uma doença infetocontagiosa é a Base 34, n.º 2, da LBS; (b) admitindo essa norma como “lei” suficiente para efeitos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, a conformidade com esta depende de saber se a restrição a direitos fundamentais para que aponta, e nomeadamente a restrição do direito à liberdade, está autorizada pela própria CRP; (c) face ao perfil especificado das restrições previstas pelo artigo 27.º, n.º 3, da CRP e ao teor da sua alínea h), o internamento compulsivo em causa não tem presentemente cobertura constitucional. (Castro, 2020) Por isso, “face à evidente necessidade de existência de mecanismos eficazes de proteção da Saúde Pública que sejam do mesmo passo respeitadores da CRP, justifica-se que seja quanto antes introduzida norma constitucional que autorize a sujeição a internamento de pessoa que, sendo portadora de doença infectocontagiosa, se recuse a fazer o tratamento competente ou seja incapaz de o consentir e/ou seguir” (Castro, 2020).

Para André Dias Pereira, o internamento compulsivo por doença infecciosa “é normalíssimo noutros países europeus, como a Alemanha, Áustria ou França”, lembrando que o artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê a privação de liberdade por razões de saúde pública (Henriques, 2021). Aliás, sem embargo de ser reconhecida “a desatualização da legislação que suporta o exercício das autoridades de saúde no que respeita à imposição de medidas de prevenção, contenção ou controlo das doenças transmissíveis, impedindo a sua atuação com a efetividade e eficiência desejadas” como regista a OM, o facto é que “as atribuições e competências à data legalmente atribuídas às autoridades de saúde não impedem a aplicação de medidas de Saúde Pública excepcionais em situações de elevado grau de incerteza e elevada complexidade, como é o caso da epidemia pelo novo Coronavírus.”⁽⁷³⁾ Mas, no interesse da proteção de todos, principalmente de uma maior transparência e clareza na intervenção das Autoridades de Saúde fora do contexto de pandemia, seria importante uma clarificação constitucional que facilite a produção e interpretação da legislação aplicável em caso de risco de contágio através de doenças infecciosas, “es-

pecialmente se for entendido do artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, da CRP que restrições do direito à liberdade estão sujeitas ao princípio da tipicidade – «a não ser» (n.º 2) e «exceção-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes» (n.º 3), não sendo possível o recurso a medidas que não estejam entre as exceções constitucionalmente previstas. Seria de considerar introduzir no artigo 27.º, n.º 3, uma nova alínea onde se refira entre as exceções a possibilidade de isolamento/tratamento perante doença contagiosa com risco de fazer perigar a Saúde Pública, proposto ou determinado por Autoridade de Saúde e determinado ou confirmado por autoridade judicial competente” (Peixoto et al., 2020). Ou, segundo André Dias Pereira, “com uma revisão do texto constitucional que acrescentasse, no n.º 3, do artigo 27.º, a possibilidade de internamento de portador de doença contagiosa em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judiciária competente, quando o portador esteja a pôr em perigo a saúde pública ou a saúde ou a vida de terceiros”. Em 1 de julho de 2021, pelo Despacho n.º 6668/2021, foi constituída uma Comissão Técnica para o estudo e elaboração de anteprojetos de revisão do quadro jurídico vigente em função da experiência vivida durante a pandemia da doença Covid-19. O regime instituído pelo anteprojeto⁽⁷⁴⁾ não implica, segundo

63

⁷³ “Visto o enquadramento legislativo, interpretações e jurisprudência, verificamos que existe contexto para aplicar a medidas de isolamento/tratamento preventivo, pelo período de tempo estritamente necessário, perante riscos graves e incertos, mas potencialmente graves, em situações excepcionais, ainda que não existam normas específicas fora de estados de emergência e a CRP não refira especificamente estas medidas nas exceções ao direito à liberdade. Efetivamente em Portugal, a morosidade de um processo de decisão judicial (criminal ou civil) pode não permitir a proteção da população face ao risco para a saúde pública consequente de uma recusa de isolamento ou tratamento. Assim, os procedimentos que levem a eventuais restrições de direitos, liberdades ou garantias dos cidadãos perante riscos relevantes de saúde pública devem ser previstos e regulamentados na lei, fora e antes de declarações de estado de emergência, permitindo a sua implementação com equidade e transparência, em tempo útil, nos diferentes contextos de modo a simultaneamente assegurar a defesa e a proteção dos direitos à vida, à saúde, à liberdade, autonomia, integridade ou dignidade constitucionalmente protegidos.” (Peixoto et al., 2020).

⁷⁴ Na linha dos princípios e orientações que resultam: (i) do Conselho da Europa (*Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis*. A toolkit for member states, 7 de abril de 2020, ponto 2.2.); (ii) da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, conhecida como «Comissão de Venezuela», órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais (CDLAD(2006)015, *Opinion on the protection of human rights in emergency situations*, Opinion No. 359/2005, 4 April 2006, parágrafo 13; estudo CDLAD(2020)014, *Report on Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency – Reflections*, Study No. 987/2020, 19 June 2020 e CDLAD(2020)018, *Interim Report on the measures taken in the EU Member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on De-*

essa Comissão, alterações legislativas profundas, ou seja, apenas se justificará proceder a uma alteração cirúrgica da Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, que institui um sistema de vigilância em saúde pública, determinando que sejam revogados os seus artigos 17.º e 18.º, sem prejuízo de poder equacionar-se uma eventual reforma global desse diploma (artigo 60.º). No que respeita à Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro de 2019), a Comissão considera que, no plano estritamente jurídico-constitucional, tal diploma não carece de alteração imediata, mas, numa futura revisão desse diploma legislativo, podia-se aproveitar para rever a sua Base 34, em termos de o seu conteúdo passar a estar em harmonia com o regime estabelecido no diploma que resulte deste anteprojeto. O principal eixo que estrutura o regime proposto é, de acordo com os autores, o *de assegurar à Assembleia da República um papel relevante no contexto de resposta a uma emergência de saúde pública*, concretamente (i) pela exigência de só um ato legislativo parlamentar poder autorizar a prorrogação da vigência da fase crítica da emergência (artigo 25.º, n.º 1); (ii) a circunstância de ser a lei a fixar a duração máxima da fase crítica da emergência (artigo 25.º, n.º 3) ou (iii) a possibilidade de a lei de autorização da prorrogação poder estabelecer o alcance e as condições vigentes durante o período da prorrogação (artigo 25.º, n.º 3). Por outro lado, o Governo deve informar a Assembleia da República de cada uma das providências e medidas adotadas na vigência da fase crítica da emergência e no âmbito desta, devendo para o efeito, a cada 60 dias, remeter à Assembleia da República relatório pormenorizado e tanto quanto possível documentado, incluindo uma avaliação da eficácia (artigo 29.º, n.º 1) e disponibilizar

toda a informação adicional que por esta lhe seja solicitada (artigo 29.º, n.º 2). Prevê-se a criação do Conselho Científico, um órgão pluridisciplinar de apoio à tomada de decisões no âmbito da emergência de saúde pública (artigo 39.º), cabendo-lhe um papel relevante no contexto de uma emergência de saúde pública, principalmente no que respeita à sua fase crítica, sendo ouvido em audição pelas comissões parlamentares competentes sempre que solicitado (artigo 44.º), constituído na iminência ou já no contexto de uma emergência de saúde pública e cujos membros devem ser escolhidos tendo em conta os domínios científicos, a experiência profissional e as demais valências reclamadas por cada crise (entre outros, artigos 6.º, n.º 2; 40.º; 41.º; 43.º, 45.º). Aliás, um dos pressupostos necessários para a declaração da fase crítica é justamente a emissão de parecer por parte do Conselho Científico (artigos 24.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, alínea c)) e a adoção de certas medidas. Como é o caso da imposição de limitações à circulação de pessoas ou de veículos, da interdição de deslocações ou viagens, da proibição de permanência na via pública ou do dever de permanência na habitação (artigo 31.º, n.º 3). O anteprojeto prevê ainda o modo como os cidadãos podem reagir judicialmente à adoção dessas medidas de carácter geral, estabelecendo um meio processual próprio bem como os aspetos essenciais da sua tramitação (artigo 53.º). A decisão de sujeitar uma pessoa a isolamento ou a quarentena é da exclusiva competência da autoridade de saúde, devendo ser devidamente fundamentada e documentada com base em uma avaliação médica individual (artigo 30.º, n.ºs 1, 4 e 5), prevenindo-se um prazo máximo, de 14 dias, para a duração das medidas (artigo 30.º, n.ºs 1 e 4), sendo que, no caso do isolamento, a medida pode ser renovada, por períodos até 10 dias, através de nova decisão por parte da autoridade de saúde, com o inerente dever de fundamentação e documentação (artigo 30.º, n.ºs 2 e 5) e a

mocracy, the Rule of Law and Fundamental Rights, Opinion No. 995/2020, 8 October 2020).

medida de quarentena não pode ser renovada (artigo 30.º, n.º 4). Em qualquer caso, a pessoa afetada deve ser, *sob pena de nulidade da medida* (artigo 30.º, n.º 6), *imediatamente informada das condições de cumprimento da medida e dos inerentes deveres de conduta ou de abstenção, das sanções legalmente previstas para o incumprimento desses deveres bem como dos direitos que lhe assistem, designadamente dos meios de acesso ao direito previstos no artigo 52.º* (artigo 30.º, n.º 5). Prevê-se, além disso, em observância do princípio da proporcionalidade, que *a autoridade de saúde deve fixar, de forma fundamentada, a duração horária do período durante o qual a pessoa está diariamente obrigada a permanecer no local de cumprimento do isolamento ou da quarentena, prever intervalos de saída e/ou autorizar deslocações específicas, devendo tais elementos constar obrigatoriamente da decisão* (artigo 30.º, n.º 8) e é garantida a possibilidade de, a todo o tempo, *a pessoa em situação de isolamento ou quarentena se dirigir ao tribunal requerendo a apreciação da legalidade da medida bem como da manutenção dos pressupostos de facto que determinaram a medida, com vista ao seu levantamento* (artigo 52.º, n.ºs 1 e 2). E, tratando-se de uma medida de isolamento cuja duração determinada pela autoridade de saúde exceda as 12 horas diárias, *a sua renovação está sujeita a validação judicial* (artigo 30.º, n.º 3). A responsabilidade criminal encontra-se prevista em três situações distintas: (i) no que respeita à aplicação de medidas individuais de isolamento e quarentena prevê-se a criação de um novo tipo criminal, punível com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, que é praticado por quem se ausente do domicílio ou do local de cumprimento do isolamento ou da quarentena fora das situações legalmente previstas ou especificamente autorizadas pelas autoridades competentes (artigo 46.º); (ii) sempre que tiver sido determinado pelo Governo a exigência de exibição

de certificado ou teste para acesso a estabelecimentos, locais ou eventos, o registo ou a conservação de dados pessoais é punido com pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias (artigo 47.º); (iii) a exigência ilícita de exibição de certificado ou teste, isto é fora das situações expressamente determinadas pelo Governo, é punida com pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias (artigo 48.º). Para a Comissão que elaborou este documento, *apreciado o regime no seu conjunto, nos termos desenhados no anteprojeto e considerando todas as garantias nele previstas, o isolamento e a quarentena configuram uma medida restritiva da liberdade (e não uma medida privativa da liberdade). Tal significa, desde logo, que se está fora do âmbito de proteção do n.º 2 do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa*, estribando-se para tal em jurisprudência do Tribunal Constitucional⁽⁷⁵⁾ e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁽⁷⁶⁾. Porém, para o bastonário da Ordem dos Advogados, “Não há estados de emergência fora da Constituição” e com o documento divulgado, que pretende enquadrar juridicamente as situações de restrição coletiva, ou seja, o isolamento ou quarentena como aconteceu durante a pandemia, *não ficam resolvidas as inconstitucionalidades* (Ordem dos Advogados, 2022). A Constituição prevê que o estado de emergência é decretado pelo Presidente da República, “que fica completamente à margem deste novo enquadramento” e estabelece que é através de conselho de ministros que se decretam medidas de emergência sanitária, pelo que, “Não me parece que haja base para isso fora do quadro que a Cons-

65

⁷⁵ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 479/94, de 7 de julho, ponto 6 e 424/2020, de 31 de julho, ponto 2.2.2.

⁷⁶ Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Guzzardi c. Itália, n.º 7367/76, de 6 de novembro de 1980, pontos 92-93; Austin e outros c. Reino Unido, n.os 39692/09, 40713/09 e 41008/09, de 15 de março de 2012, pontos 57-60 e De Tommaso c. Itália, n.º 43395/09, de 23 de fevereiro de 2017, pontos 80-89.

tituição prevê e resoluções que não são atos legislativos” isto é, “Há um problema de base que tem de ser resolvido e que passa por mudanças na Constituição” para o bastonário da Ordem dos Advogados, “A Constituição só prevê privação do direito à liberdade por razões de saúde em caso de doença mental, não prevê em caso de doença contagiosa. Temos desde logo esse problema que não vejo que possa ser resolvido por uma lei de emergência sanitária como esta” (Ordem dos Advogados, 2022). A questão também é apontada pelo constitucionalista Jorge Bacelar Gouveia, para quem o texto tornado público *não foi um trabalho bem conseguido* e resulta numa proposta *confusa e com artigos inconstitucionais*, de que é exemplo a possibilidade *de recurso para os tribunais sem a mediação de um advogado*. Outro ponto que levanta muitas dúvidas é o da participação da Assembleia da República no processo de decisão porquanto (i) cabe ao Governo declarar, em Conselho de Ministros, uma situação de *emergência de saúde pública*; (ii) num segundo momento cabe também ao Executivo a declaração da *fase crítica da emergência* através de decreto (que tem de passar pelo crivo do Presidente da República); (iii) enquanto a prorrogação desta fase crítica caberá aos deputados. Neste caso em particular, tanto Jorge Bacelar Gouveia como a Ordem dos Advogados⁷⁷ defendem que a intervenção do Parlamento apenas numa terceira fase *é um cenário manifestamente contrário às competências da Assembleia da República, dado estar-se perante a limitação de Direitos, Liberdades e Garantias* (Ordem dos Advogados, 2022).

⁷⁷ Nova lei para pandemias já suscita dúvidas. Marcelo vai recorrer ao TC, Ordem dos Advogados diz que proposta de novo quadro jurídico para situações de pandemia tem várias inconstitucionalidades. Bacelar Gouveia aponta “menorização” do Parlamento; Diário de Notícias, Susete Francisco, 13 Maio 2022 (<https://www.dn.pt/politica/nova-lei-para-pandemias-ja-suscita-duvidas-marcelo-vai-recorrer-ao-tc-14851727.html>).

Conclusões

Segundo o neurocientista português Rui Costa, “É um bocado ridículo construirmos um mundo para pessoas de 15 anos quando a maioria é de 50+. Ou seja, não é um problema do cérebro, é um problema da forma como nós construímos o mundo”. A Saúde Pública, utilizando o máximo das capacidades no cumprimento das funções que se encontram vertidas na sua vida quotidiana, tem de se desenvolver, organizar e materializar sendo eficaz, prática, acessível, adequada e útil. A Saúde Pública em Portugal, tal como a Saúde Mental, com a qual, curiosamente, se cruza em diversas ocasiões e matérias, tem sido uma área *pouco compreendida, considerada, apetrechada e defendida*. Sendo certo que a Saúde Pública, em regra, se cobre nas vestes de *bombeiro*, ao contrário do que se possa pensar, o foco está sempre lá, não desaparece, porque a dimensão da intervenção que abraça é de tal maneira (omni) presente, holística e abrangente que, todos os dias são dias de Saúde Pública. Ela tem de desenvolver as suas atividades e prosseguir a sua missão sempre. A todas as horas. Ela tem de estar ativa, operacional, vigilante e preparada. Como na canção de Raul Seixas, ela tem de viver numa espécie de *metamorfose ambulante*, transformando-se e recreando-se nas abordagens, nos métodos e no saber. Tem que ter força, engenho e sagacidade para romper com velhos arquétipos que a vão mantendo emparedada numa teia de incompreensões, omissões, marasmos e caminhos perdidos. Mais do que ser libertadora, a Saúde Pública tem de se refundar e libertar de amarras que não a deixam evoluir. Tem de se unir em seu torno, naquilo que verdadeiramente importa e não à volta de grupos, (pseudo) correntes de pensamento, pois, como Demócrito, “falsos e hipócritas são aqueles que tudo fazem com pa-

lavras, mas na realidade nada fazem”. A Saúde Pública tem de ser um espaço de uma vaidade só e não do somatório de muitas vaidades, um espaço de coesão, harmonia, coerência e unidade. A Saúde Pública tem que deixar de ser uma tentativa. É fundamental resolver-se, para poder exigir que lhe seja dada a devida atenção e, principalmente, o devido (e justo) empoderamento, porque a realidade é hoje demasiado complexa, dinâmica, mutante e apelativa. Hoje, a capacidade de inovar é um elemento fundamental para o sucesso (organizacional), o que envolve fomentar estratégias criativas – e muitas vezes disruptivas –, a inteligência criativa, e aquilo que Frans Johansson descreveu como “efeito Médico”. É fundamental robustecer as dinâmicas organizacionais que se estabelecem entre os diversos atores que interpretam a Saúde Pública, através de mais articulação, cooperação e partilha de experiências, problemas, soluções, críticas, indicadores e dados. Neste particular, dos dados, a realidade mostra que o recurso a métodos não tão expeditos e eficientes quanto os eletrónicos, podem suscitar insatisfação nos profissionais e originar, com maior probabilidade, omissões, erros, atrasos, informações incompletas e oportunidades perdidas. A mudança impõe uma significativa transformação na cultura organizacional, isto é, nas pessoas, nos processos – mais modernos, adaptáveis, escaláveis e sustentáveis – e nas metodologias, para garantir que a Saúde Pública possa efetivamente atuar, na ajuda, proteção e defesa da comunidade, Trata-se afinal, de concretizar o core da Saúde Pública na sua tripla vertente – Prevenção, Promoção e Proteção – facilitando e garantindo a inclusão social, a universalidade e equidade no acesso a cuidados de saúde (seguros e de qualidade) e a sustentabilidade sistémica. Para isso, a Saúde Pública necessita de um quadro normativo e organizacional

conciso, claro, transparente e gerador de eficiência na ação, agilidade na abordagem, resiliência na atitude e proximidade no gesto assistencial, que lhe assegure o presente e facilite o futuro.

Compreenda-se, parafraseando Natasha Azzopardi-Muscat, “*Public health is more than just a job*”.

Referências

- Administração Central do Sistema de Saúde [ACSS], (2011). *Actuais e Futuras Necessidades Previsionais de Médicos* (SNS). ACSS.
- Agência Portuguesa do Ambiente (APA, 2022). *Ambiente e saúde*. APA.
- Almeida, L. (2010). Os serviços de saúde pública e o sistema de saúde. *Serviços de saúde pública*, 28(1), 79-92.
- Almeida, L. (2010). Os serviços de saúde pública e o sistema de saúde. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 28(1), 79-92.
- Alves, M. (2015). A reorganização dos serviços sanitários do Império em 1886: a questão dos vinhos falsificados e dos gêneros alimentício como um imperativo. In *XXVIII Simpósio Nacional de História* (pp. 1-16). Universidade do Estado de Santa Catarina.
- Associação Portuguesa de Saúde Ambiental (APSA, 2016). *História da Profissão*. APSA.
- Atlas da Saúde (2017). *Falta de recursos humanos em unidades de saúde tem efeito no controlo de infeções*.
- Baptista, I. (2021). *Médicos de saúde pública pedem mais respeito por direitos profissionais*.
- Biscaia, A. (2006). *A reforma dos cuidados de saúde primários e a reforma do pensamento*. *Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar*, 22, 67-79.
- Biscaia, A., & Heleno, L. (2017). A Reforma dos Cuidados de Saúde Primários em Portugal: portuguesa, moderna e inovadora. *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(3), 701-712.
- Bjegovic-Mikanovic, V., Foldspang, A., Jakubowski, E., Müller-Nordhorn, J., Otok, R., & Stjernberg, L. (2015). Developing the public health workforce. *Eurohealth incorporating Euro Observer*, 21(1), 24-27.

- Bosman, A. (2016). Public health competencies from the past, through the present, to the future. *Eurohealth*, 22(4), 38-40.
- Briz, T. (2009). Epidemiologia e Saúde Pública. *Epidemiologia, Número especial*, 31-50.
- Bulard, M. (2010). *Os sistemas de saúde no mundo*. <https://diplomatique.org.br/os-sistemas-de-saude-no-mundo>
- Cádima, F., & Ferreira, I. (2021). COVID-19 em Portugal. In F. Cádima & I. Ferreira (Eds.), *Perspectivas multidisciplinares da comunicação em contexto de pandemia* (Vol. 1, pp. 6-29). NOVA FCSH.
- Camillo, C. (2016). The US Healthcare System: Complex and Unequal. *Global Social Welfare*, 3, 151-160.
- Campos, L. (2020). *Que lições da pandemia para o futuro do sistema de saúde?*
- Canadian Public Health Association (CPHA, 2017). *Public Health: A conceptual framework*. CPHA.
- Castro, Jorge Rosas de (2020). *O internamento compulsivo de portador de uma doença infecto-contagiosa – fora de uma declaração de estado de emergência – e a Constituição da República Portuguesa*. Julgar online, junho de 2020.
- Coelho, A. (1995). *Francisco António Gonçalves Ferreira: livro de homenagem*. Instituto Ricardo Jorge.
- Cunha, C., Henriques, M., & Costa, A. (2020). A enfermagem de saúde pública: regulação e políticas públicas de saúde. *Revista Brasileira de Enfermagem*, 73, 1-6.
- Deloitte (2011). *Saúde em análise: Uma visão para o futuro*. Deloitte.
- Deloitte (2019). *Forces of change: The future of health*. Deloitte.
- Direção-Geral de Saúde (2013). *Plano Nacional de Saúde 2012-2016*. DGS.
- Dupont, L. (2021). *A pandemia, a saúde pública e os técnicos de saúde ambiental*.
- EuroHealthNet (2019). *Factsheet: Health Inequalities in the EU*. EuroHealthNet.
- European Observatory on Health Systems and Policies (EOHSP, 2020). Eurohealth: dancing with elephants: new partnerships for health, democracy, business. *Eurohealth*, 26(3), 1-44.
- European Union of Medical Specialists (EUMS, 2019). *Training Requirements for the Specialty of Public Health: European Standards of Postgraduate Medical Specialist Training*. EUMS.
- Firmino-Machado, J., Magalhães, I., Rodrigues, J., Ramos, V., Baptista, S., & Vilas-Boas, B. (2017). Governação de Saúde e Gestão de Proximidade: a Necessidade de Autonomia de Gestão nos Agrupamentos de Centros de Saúde. *Acta Médica Portuguesa*, 30(6), 431-433.
- Fleming, M. (2009). Defining health and public health. In M. Fleming & E. Parker (Eds.), *Introduction to public health* (pp. 29). Elsevier.
- Foldspang, A., & Otok, R. (2016). Competences based individual career and workforce planning in public health. *Eurohealth*, 22(4), 21-26.
- Fortes, P., & Ribeiro, H. (2014). Saúde Global em tempos de globalização. *Saúde e Sociedade*, 23(2), 366-375.
- Fundação Calouste Gulbenkian (2014). *Um Futuro para a Saúde: Todos temos um papel a desempenhar*.
- George (2011). *Publicações de Francisco George sobre o conceito de Saúde Pública*, Direção-Geral da Saúde, 2011.
- Gomes, C. (1999). *Defesa da saúde pública vs. liberdade individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. ICJP.
- Group of Nations (2020). *G20 Global Health Summit Italy*.
- Grupo Consultivo para a Reforma dos Cuidados de Saúde Primários (2009). *Acontecimento Extraordinário*. GCRCSF.
- Health Inequalities (2020). *What you need to know about Health in All Policies*. WHO.
- HealthNews (2021). *Plano nacional de saúde e ambiente*. HealthNews.
- Henriques, G. (2021). *No conflito entre a saúde pública e a liberdade individual, é o bem comum que sai a ganhar*.
- Hunter, David J. (2021) *The Complementarity of Public Health and Medicine — Achieving “the Highest Attainable Standard of Health* N Engl J Med 2021; 385:481-484.
- Instituto de Defesa Nacional (2020). *Gestão de crises*. IDN.
- Jakab, Z., Selbie, D., Squires, N., Mustafa, S., & Saikat, S. (2021). Building the evidence base for global health policy: the need to strengthen institutional networks, geographical representation and global collaboration. *BMJ Global Health*, 6(8), e006852.

- Jones and Bartlett Publishers (2001). *What is Public Health*. Jones and Bartlett Publishers
- Jornal Médico (2020). *Covid-19: Pandemia abalou sistemas de saúde de todo o mundo – OMS*.
- Lança, A., Ferreira, A., & Paixão, S. (2014). *O Técnico de Saúde Ambiental-uma visão holística*. *Revista Portuguesa de Saúde Ocupacional* (publicado online).
- Maia, A. (2021). *Reforma da saúde pública tornou-se uma exigência inadiável*.
- Malta, D., Sidat, M., Feuerwerker, L., Pinto, P., Fresta, M., Hartz, Z., & Dussault, G. (2019). Formação de recursos humanos em saúde: desafios e oportunidades. *Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical*, 18, 17-24.
- Marques, L., Hunter, D., & Alderslade, R. (2011). *Strengthening Public Health Capacity and Services in Europe: A Concept Paper*. WHO.
- Melo, P. (2020). *Enfermagem de saúde comunitária e de saúde pública*. Lidel.
- Melo, P., Silva, R., & Figueiredo, M. (2018). Os focos de atenção em enfermagem comunitária e o empoderamento comunitário: um estudo qualitativo. *Revista de Enfermagem Referência*, 4(19), 81-90.
- Ministério da Justiça (2018). *Relatório de Atividades e Autoavaliação 2018*. Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.
- Ministério da Saúde (2018). *Relatório da saúde 2018*. Ministério da Saúde.
- Ministério da Saúde (2018). *Retrato da Saúde 2018*. SNS.
- Miranda, J., Neto, J., Magalhães, J., & Pessoa, V. (2019). Desafios da saúde pública no século XXI. *Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical*, 18, 134-137.
- Moloughney, B. (2012). *The use of policy frameworks to understand public health-related public policy processes: a literature review*. Peel Public Health.
- Monge, C. (2016). *O direito à proteção da saúde e o conteúdo da prestação de cuidados médicos* [Dissertação de Mestrado]. Universidade de Lisboa.
- Munthe, C. (2008). The goals of public health: eu integrated, multidimensional model. *Public Health Ethics*, 1(1), 39-52.
- Nações Unidas (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. ONU.
- Nações Unidas (2021a). *Objetivos de desenvolvimento sustentável: 17 objetivos para transformar o nosso mundo*.
- Nações Unidas (2022). *OMS apela à construção de um mundo mais justo e saudável no pós-covid-19*. Nações Unidas.
- Nações Unidas (2022). *Tudo o que tem de saber sobre a COP26*. Nações Unidas.
- Neves (2021). *Os Desafios da Pandemia por SARS-COV2 à Bioética*, Maria do Céu Patrão Neves. Responsabilidade em Saúde Pública no Mundo Lusófono: fazendo justiça durante e além da emergência da Covid. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Observatório Português dos Sistemas de Saúde (OPSS, 2002). *Relatório da Primavera 2002: O estado da Saúde e a saúde do Estado*. Escola Superior de Saúde Pública.
- Observatório Português dos Sistemas de Saúde (OPSS, 2008). *Relatório de Primavera 2008: Sistema de Saúde Português Riscos e Incertezas*. OPSS.
- Ordem dos Advogados (2022). *Bastonário alerta para inconstitucionalidade na futura lei de emergência sanitária – Renascença*. Ordem dos Advogados.
- Ordem dos Enfermeiros (2001). *Padrões de qualidade dos cuidados de enfermagem: enquadramento conceptual, enunciados descritivos*. Conselho de Enfermagem.
- Ordem dos Enfermeiros (2021). *Anuário Estatístico 2021*. Ordem dos Enfermeiros.
- Ordem dos Médicos (2013). *Competências Essenciais ao Exercício do Médico Especialista em Saúde Pública*. Ordem dos Médicos.
- Ordem dos Médicos (2020). *Autoridade de Saúde: fundamentos legais do seu exercício*. Ordem dos Médicos.
- Ordem dos Médicos (2020). *Processo N.º 1783/20.7T8PDL. L1-3*. Ordem dos Médicos.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD, 2021). *Strengthening the frontline: How primary health care helps health systems adapt during the COVID 19 pandemic*. OECD Publishing.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD, 2021). *Delivering Quality Education and Health Care to All: Preparing Regions for Demographic Change*. OECD Publishing.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD, 2021). *Portugal: Perfil de Saúde do País 2021*. OECD.

- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD, 2020). *As políticas públicas da OCDE para responder ao coronavírus (COVID-19): Saúde ambiental e fortalecendo a resiliência a pandemias*. OECD.
- Peixoto, VR, et al. (2020). *Da Tuberculose ao COVID-19: Legitimidade Jurídico-Constitucional do Isolamento/Tratamento Compulsivo por Doenças Contagiosas em Portugal*. *Acta Med Port* 2020 Apr;33(4):225-228.
- Pereira, A. (2014). *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica* [Tese de doutoramento]. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Pereira, A. (2021). *Responsabilidade em saúde pública no mundo lusófono: fazendo justiça durante e além da emergência da Covid*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2019). *Relatório do Desenvolvimento Humano 2019: Além do rendimento, além das médias, além do presente: As desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI*. PNUD.
- Regulamento n.º 428/2018, de 16 de julho. *Diário da República n.º 135/2018 – Série II*. Ordem dos Enfermeiros.
- República Portuguesa (2020). *Estratégia Portugal 2030*.
- República Portuguesa (2022). *Anteprojeto de Lei de Proteção em Emergência de Saúde Pública*. República Portuguesa.
- Roncarolo, F., Boivin, A., Denis, J., Hébert, R., & Lehoux, P. (2017). What do we know about the needs and challenges of health systems? A scoping review of the international literature. *BMC Health Services Research*, 17, 636-654.
- Rosenbaum, S. (2011). The Patient Protection and Affordable Care Act: Implications for Public Health Policy and Practice. *Public Health Reports*, 126(1), 130-135.
- Sakellarides, C. (2020). Serviço Nacional de Saúde: Dos Desafios da Atualidade às Transformações Necessárias. *Acta Médica Portuguesa*, 33(2), 133-142.
- Sakellarides, C., & Araújo, F. (2020). Estratégia de Saúde Pública para a Pandemia COVID-19 em Portugal: Contribuições da Experiência Internacional. *Acta Médica Portuguesa*, 33(7-8), 456-458.
- Serviço Nacional de Saúde (SNS, 2009). *Acontecimento Extraordinário: Relatório do Grupo Consultivo para a Reforma dos Cuidados de Saúde Primários*. SNS.
- Serviço Nacional de Saúde (SNS, 2016). *Reforma do Serviço Nacional de Saúde Coordenação Nacional para os Cuidados de Saúde Primários: Plano Estratégico e Operacional*. SNS.
- Serviço Nacional de Saúde (SNS, 2018). *A nova organização nos cuidados de saúde primários, os seus resultados e o futuro*. SNS.
- Serviço Nacional de Saúde (SNS, 2019a). *Coordenação nacional para a reforma do Serviço Nacional de Saúde: Área dos Cuidados de Saúde Primários*. SNS.
- Serviço Nacional de Saúde (SNS, 2019b). *Serviço Nacional de Saúde: Breve interpretação e linhas para a sua transformação*. SNS.
- Serviço Nacional de Saúde (SNS, 2022). *Técnico Superior de Diagnóstico e Terapêutica*. SNS.
- Sousa, F., Moreira, H., Cristo, M., Mata, M., Monteiro, O., Martins, P., & Silva, S. (2011). *Papel do técnico de saúde ambiental na unidade de saúde pública e no agrupamento de centros de saúde*. APSAI.
- Stamati, F., & Baeten, R. (2014). *Health care reforms and the crisis*. European Trade Union Institute.
- Tulchinsky, et al (2010). *What is the “New Public Health”?*. *Public Health Reviews*, Vol. 32, No 1, 25-53.
- Turnock, B. J. (2004). *Public health: what it is and how it works*. 3rd edition. Boston: Jones and Bartlett Publishers, 2004.
- USF-AN (2015). *7x7 Medidas – Novo Ciclo dos CSP 2015-2018*
- Vilas Boas, B. (2018). *A nova organização nos cuidados de saúde primários, os seus resultados e o futuro*.
- World Health Organization (WHO, 2008). *Cuidados de Saúde Primários: Agora Mais do que Nunca*. OMS.
- World Health Organization (WHO, 2011). *Strengthening public health capacities and services in Europe: a framework for action*.
- World Health Organization (WHO, 2012). *European Action Plan for Strengthening Public Health Capacities and Services*.
- World Health Organization (WHO, 2018). *Essential Public Health Functions, Health Systems, and health Security – Developing conceptual clarity and a WHO roadmap for action*.
- World Health Organization (WHO, 2019). *Taking a Multisectoral, One Health Approach. A Tripartite Guide to Addressing Zoonotic Diseases in Countries*. World Health Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations and World Organization for Animal Health.

- World Health Organization (WHO, 2020). *Coronavirus disease (COVID-19) pandemic*.
- World Health Organization (WHO, 2021). 21st century health challenges: can the essential public health functions make a difference?
- World Health Organization (WHO, 2021a). *Declaration on Primary Health Care*.
- World Health Organization (WHO, 2021b). *Health financing for universal coverage*.
- World Health Organization (WHO, 2021c). *Global strategy on digital health 2020-2025*.
- World Health Organization (WHO, 2022). *National workforce capacity to implement the essential public health functions including a focus on emergency preparedness and response: roadmap for aligning WHO and partner contributions*.
- Zerwekh, J. (1993). Commentary: going to the people--public health nursing today and tomorrow. *American Journal of Public Health*, 83(12), 1676-1678.

RESPONSABILIDADE MÉDICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Marta Susana Lobo^(*)

RESUMO: *A Inteligência Artificial tem conhecido um desenvolvimento e expansão exponenciais em todos os setores da atividade humana. Se, anteriormente a presença dos robots no auxílio ao Homem (e em substituição dele) era marcante e preponderante nas indústrias, desempenhando as funções mais “duras” e repetitivas, onde a força era o elemento preponderante, nos dias de hoje desempenha tarefas em que se destaca o elemento cognitivo, desempenhando diversas tarefas do “pensar” humano com igual ou superior qualidade ao dos seus criadores – a máquina caminha no sentido de superar o Homem e, em certos casos, substitui-o. Neste panorama de evolução, a Medicina não constitui exceção, sendo a IA aplicada em diversos domínios, como a interpretação e reconhecimento de imagens, o suporte ao diagnóstico dos pacientes, o monitoramento destes, o envio de alertas, a pesquisa e consolidação de dados ou mesmo a realização de cirurgias e outros procedimentos complexos, nomeadamente através do recurso a robots. Este florescimento tecnológico num âmbito tão suis generis como a área da saúde não pode deixar de suscitar questões não menos complexas ao Direito da Medicina, domínio também este ímpar. Cumpre questionar o ordenamento jurídico constituído e o (eventual) ordenamento jurídico a constituir acerca do impacto do uso destas tecnologias, mormente no que concerne à responsabilidade em caso de erros ou falhas.*

PALAVRAS-CHAVE: *inteligência artificial; direito da Medicina; responsabilidade civil; responsabilidade civil médica; erro.*

ABSTRACT: *Artificial Intelligence has experienced exponential development and expansion in all sectors of human activity. If, previously, the presence of robots in helping Man (and replacing him) was remarkable and predominant in industries, performing the most “hard” and repetitive functions, where force was the main element, nowadays it performs tasks in which the cognitive element stands out, performing various tasks of human “thinking” with equal or superior quality to that of its creators – the machine moves towards surpassing Man and, in certain cases, replacing him. In this scenario of evolution, Medicine is no exception, with AI being applied in several domains, such as the interpretation and recognition of images, support for the diagnosis of patients, their monitoring, the sending of alerts, the research and consolidation of data or even performing surgeries and other complex procedures, namely using robots. This technological flourishing in a context as suis generis as the health area cannot fail to raise no fewer complex questions to the Law of Medicine, a domain that is also unique. It is necessary to question the established legal system and the (possible) legal system to be constituted about the impact of the use of these technologies, especially regarding liability in case of errors or failures.*

KEYWORDS: *artificial intelligence; Medicine law; civil responsibility; medical civil liability; mistake.*

Introdução

Caminhamos, todos os dias, passo a passo, para o futuro, direção unívoca de todas as coisas. E este futuro não é apenas um avançar no tempo, mas também um constante progresso a nível do conhecimento, das ciências, do saber humano, da

^(*) Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Bolseira do Centro de Direito Biomédico do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

técnica e da tecnologia – e é aqui que encontramos a inteligência artificial (doravante IA), aplicável aos mais diversos ramos da sociedade. Firmando as suas raízes no início da década de 50 do século XX (depois da 2ª Guerra Mundial), a IA tem conhecido um conhecimento e desenvolvimento exponenciais, atribuindo a sistemas de computação habilidades anteriormente acometidas apenas ao ser humano. Denota-se o desejo de criar máquinas que possam ser detentoras das mesmas características que tornam o ser humano inteligente. Desse modo, a IA torna-se relevante para os diversos campos da atividade intelectual humana, seja como coadjuvante ou mesmo como substituta, e a sua representação como a conhecemos em filmes e livros desloca-se do imaginário para a realidade a uma velocidade avassaladora. Como refere a Prof. Doutora Mafalda Miranda de Barbosa, “Os computadores cada vez mais sofisticados, capazes de levar a cabo tarefas complexas, saltaram dos ecrãs do cinema e da televisão para o mundo real. Ainda que não assumam forma humanoide (...) robots inteligentes e algoritmos aptos a aprender e a decidir *autonomamente* têm vindo a alterar as sociedades lentamente, imiscuindo-se, mesmo sem real percepção de muitos, no quotidiano das pessoas.”⁽¹⁾.

Ao longo do tempo, foram avançadas diversas definições para Inteligência Artificial, acompanhando diversas linhas de pensamento que pretenderam definir este ramo da ciência da computação. A dificuldade em encontrar uma definição reside em saber quando classificar como “inteligente” a resposta de uma máquina face à sua programação, dificuldade esta não encontrada quando analisamos

comportamentos humanos ou até animais. Para Dijkstra, “Perguntar se uma máquina pode pensar é o mesmo que perguntar se um submarino pode nadar.”⁽²⁾. A IA “(...) consiste em softwares que usam algoritmos emuladores de métodos básicos de solução de problemas. O método básico mais simples de resolução de problemas é aquele usado nos jogos de xadrez, que, em vez de calcular todas as possibilidades de jogadas futuras a cada lance do jogador, usa um modelo dinâmico de representação de espaços vazios em uma matriz 8x8. Outro método relaciona-se a operações de restes alternativas, aplicadas nas buscas em amplitude e em profundidade (...) no qual o algoritmo calcula a rota mais curta para um vendedor que precisa percorrer diversas cidades interligadas por estradas diretas.”⁽³⁾. Posto isto, podemos afirmar que a IA pretende reunir características como a capacidade de comunicar, a reunião de conhecimento interno através de bases de dados e a apreensão no mundo externo através da sua interação com o meio.

Também a medicina não ficou indiferente à aplicação destas novas tecnologias de IA; se o anterior progresso das comunicações nos apresentou a alternativa da telemedicina, a atual presença da IA na saúde e na prestação de cuidados aos utentes tem conhecido um desenvolvimento notável, a par e em conjugação com a evolução de outras técnicas e tecnologias como a robótica, a nanotecnologia e a genómica. Tal progresso traz consigo variadas indagações, nomeadamente no que toca à conformação da responsabilidade civil, à relação

¹ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA DE, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, in *Revista de Direito Civil*, Ano 5 (2020), n.º 2, p. 261.

² Edsger Wybe Dijkstra foi um cientista da computação holandês conhecido por criar o famoso algoritmo de Dijkstra ou algoritmo do menor caminho, muito utilizado nos roteadores da internet e sistemas de GPS que hoje conhecemos.

³ FILHO, EDUARDO TOMASEVICIUS, “Inteligência Artificial e Direitos da Personalidade: uma contradição em que termos?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 113, 2018, p. 136.

entre médico e paciente e às possibilidades trazidas pela IA no contexto dos diagnósticos, tratamentos, cura e mesmo a transformações biológicas. Neste sentido, a ética e o Direito são chamados a dar resposta a estas questões, quer através da mobilização do sistema normativo já existente, quer através da eventual criação de um novo sistema jurídico que responda às hodiernas necessidades.

É de salientar que a área da Medicina, considerando as suas especificidades, na sua necessidade de regulação, convoca o direito para a criação de um ramo autónomo da juridicidade: o Direito da Medicina. Como refere o Prof. Doutor André Dias Pereira, “Este saber é autónomo em duas vertentes: quer face a ciências extrajurídicas, tais como a Bioética e a Ética Médica ou a Medicina Legal, quer no domínio intrajurídico, com a necessidade de ultrapassar as divisões tradicionais entre o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Público.”⁽⁴⁾. Neste sentido, cumpre analisar os hodiernos sistemas de responsabilidade civil, verificar se nele se encontram plasmadas as respostas que tanto urgem ser dadas, e perceber o que pode ser feito ou melhorado do ponto de vista de *iure condendo*.

1. Direito e Inteligência Artificial

Os avanços da IA não são indiferentes ao Direito. Verificada a existência de alguma tensão entre ambos, torna-se essencial regulamentar e estabelecer os princípios basilares éticos a que os primeiros devem obedecer. Não basta a confiança neste futuro tecnológico – é essencial que se instituem compromissos e declarações com a participação do ordenamento jurídico. Neste contexto, surge a Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro

⁴ PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra Editora, 2015, p. 47.

de 2017, explanada posteriormente nestas curtas páginas. Nas palavras do Prof. Doutor Henrique Sousa Antunes, “As razões do Direito serão encontradas na necessidade de criação das estruturas jurídicas que disciplinem os instrumentos e os procedimentos criados para a promoção do bem-estar humano e na remoção das vulnerabilidades induzidas pelas alterações dos arquétipos sociais. Trata-se do Direito para a inteligência artificial (*Law for AI*) e, em sentido mais abrangente, para as tecnologias digitais emergentes.”⁽⁵⁾.

Ainda a este propósito, encontramos o “Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica”, apresentado pela Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu⁽⁶⁾, procurando um enquadramento da regulamentação da IA através do acolhimento das soluções legais já existentes em cada ordenamento jurídico. Este relatório e o Livro Branco da Comissão Europeia sobre a Inteligência Artificial ensejam uma orientação no sentido de adotar uma abordagem com base no risco, de modo a existir uma proporcionalidade na atuação e evitar uma cisão do mercado único – se cada Estado-membro consagrar as suas próprias regras em termos de comercialização de sistemas de IA e respetiva responsabilização, criar-se-ão divergências inultrapassáveis. Tal como é referido no supracitado Livro Branco, “Assegurar uma abordagem comum a nível da UE permitiria às empresas europeias beneficiar de um acesso fácil ao

⁵ ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, “Direito e Inteligência Artificial”, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 9 e 10.

⁶ Disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX:52020DC0064>. Este relatório acompanha o Livro Branco da Comissão Europeia sobre a Inteligência Artificial, disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-ace-01aa75ed71a1>.

mercado único e apoiar a sua competitividade nos mercados mundiais.”⁽⁷⁾

Simultaneamente com as questões suscitadas em matéria de responsabilidade por danos decorrentes do uso de IA, multiplicam-se as indagações acerca da atribuição ou não de personalidade jurídica a estes novos entes que podemos apresentar como *e-persons* (e ainda indagações a respeito de contratos, proteção e circulação de dados, propriedade intelectual, questões de concorrência, de proteção do consumidor e do ambiente, entre outros). Poderão estes ser titulares de relações jurídicas, de direitos e deveres? Poderão corporizar uma ficção do Direito, similar à das pessoas coletivas, que também não se materializam numa só pessoa física? Impõe-se uma análise crítica a estas perquirições. É certo afirmar que os agentes de IA levar-nos-ão a reformular os pressupostos de responsabilidade civil: factio voluntário, culpa, nexa da causalidade e dano.

2. Responsabilidade Médica e Responsabilidade Civil – breve enquadramento

A prática da medicina, como qualquer outra atividade humana, não se encontra isenta de falhas e, com elas, de danos aos utentes/pacientes. Não obstante o erro em medicina ser encarado como algo de veras grave e quase indesculpável (em virtude de ainda se alimentar – embora com menos força que há algumas décadas atrás⁽⁸⁾ – a ideia do médico “To-

do-Poderoso”), a verdade é que a falibilidade do ser humano, a variabilidade e a mutabilidade biológicas fazem com que o diagnóstico, tratamento e cura revelem uma álea cuja previsibilidade não apresenta certezas absolutas. A atuação do profissional de saúde de acordo com as mais recentes técnicas e avanços científicos não garante, *per se*, que haja um afastamento total de potenciais lesões. Para Carla Gonçalves, “(...) se tivermos em conta que a medicina não é uma ciência exata, que as patologias apresentadas pelos pacientes nem sempre se desenvolvem da mesma maneira que são retratadas nos livros, que o corpo humano pode reagir de formas diferentes ao mesmo estímulo e que, raramente, haverá um único caminho para o mesmo problema, fica fácil compreender que a atividade médica não é assim tão controlável quanto se poderia pensar.”⁽⁹⁾ Contudo, não há margem para negar que os médicos respondem civilmente pelos seus atos.

Na hipótese de ocorrer um erro, releva perceber os trâmites em que tal aconteceu, equacionando todas as variáveis em questão, por modo a perceber se o mesmo pode ou não ser escusável. Releva aqui referir os casos de negligência, mais comuns nos tribunais, além das situações em que encontramos responsabilidade independentemente da existência ou não de culpa – o que parece um tanto estranho nos tradicionais sistemas de responsabilidade civil. Neste sentido, podemos afirmar que os estes últimos se revelam um tanto ou quanto desadequados para responder a questões resultantes de responsabilidade com origem na atuação médica.

2.1. Responsabilidade Civil

Quando falamos sobre responsabilidade civil, referimo-nos a uma tarefa com o objetivo de per-

⁷ Livro Branco, ob. Sup. Cit, p. 16.

⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, a este propósito, refere que “(...) foi preciso esperar pela superação do conceito helenístico de pessoa, pela afirmação do indivíduo como ser moral autónomo, pela definição de uma teoria dos direitos fundamentais, pelos progressos das ciências médicas, para que a atitude social perante os médicos mudasse.” (“O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos”, in *Tema de Direito da Medicina*”, Coimbra Editora, 1999, p. 94)

⁹ GONÇALVES, CARLA, “A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa”, Coimbra Editora, 2008, p. 12.

ceber se o lesado tem ou não o direito de exigir do lesante uma indemnização pelos danos/prejuízos sofridos. É exigido um fundamento jurídico para que a restituição tenha lugar, caso contrário apenas o lesado suporta os danos. Deve existir uma ligação entre o comportamento do agente e o evento lesivo, bem como uma relação entre este último e os danos que se pretendem reparar. São, então, quatro os pressupostos para que possamos falar de responsabilidade: (1) a existência de uma ação/condução, um comportamento humano voluntário que se consubstancie numa ação ou omissão que produza consequências jurídicas, (2) o dano, prejuízo sofrido pelo lesado, seja ele patrimonial, moral ou um interesse jurídico, (3) a ilicitude, enquanto juízo de atuação contrária ao direito, (4) o nexo de causalidade, que estabelece a ligação entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo lesado e, por fim, a (5) culpa, quer na forma de dolo, quer na forma de culpa em sentido estrito, marcadas, respetivamente, pela voluntariedade e a falta dela em causar o dano.

Numa abordagem geral e simplista ao regime da responsabilidade civil, podemos distinguir, de uma forma geral, dois⁽¹⁰⁾ grandes tipos de responsabilidade: (1) contratual, proveniente do incumprimento de obrigações emergentes de contratos, negócios unilaterais ou da própria lei; (2) extracontratual, com origem na violação de direitos absolutos ou da prática de atos que, embora lícitos, causem dano a outrem. Nas palavras da Prof. Doutora Mafalda Miranda de Barbosa, “Tal bipartição «correspondente aos dados sedimentados ao longo

do tempo que o instituto calcorreou desde o direito romano, assenta – de modo superficial – na cisão entre direitos absolutos e relativos.”⁽¹¹⁾. Contudo, estas não consubstanciam compartimentos estanques – a responsabilidade pode nascer do mesmo facto e transitar da esfera normativa de uma para o domínio da outra – o mesmo ato, com a presença do mesmo agente, pode originar simultaneamente responsabilidade contratual (pela violação de uma obrigação) e responsabilidade extracontratual (por infringir um dever geral de abstenção ou o correspondente direito absoluto). Como refere a autora citada, “(...) se um mesmo facto for apto a ser assimilado, na sua intencionalidade problemática, pelo regime da responsabilidade aquiliana e da responsabilidade contratual, devemos considerar que existe um concurso de títulos de fundamentação de uma mesma pretensão indemnizatória (...).”⁽¹²⁾.

É ao analisarmos os pressupostos de procedência de uma reivindicação indemnizatória que podemos ainda elaborar a distinção entre responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Enquanto a primeira prescinde da culpa do agente, a segunda depende da verificação da mesma. Não parece, contudo, existir uma total similaridade entre responsabilidade objetiva e responsabilidade pelo risco⁽¹³⁾ (isentas de ilicitude) – não obstante a maior parte das situações de responsabilidade objetiva configurarem situações de responsabilidade pelo risco, que exigem vigilância por parte daquele que obtém benefício da atividade perigosa de onde a mesma deriva, há situações onde esse controlo não é exigido e configuram igualmente este tipo de

¹⁰ Contudo, podemos ainda referir uma terceira via de responsabilidade civil, cuja fundamentação não é assimilada por nenhum dos regimes acima mencionados; trata-se de situações de responsabilidade pré contratual ou pela *culpa in contrahendo* (no período que antecede a celebração do contrato), violação de deveres de boa-fé, responsabilidade após a celebração do contrato e no tocante à eficácia de proteção de terceiros. Encontra-se na dependência da responsabilidade extracontratual, havendo uma violação de deveres de tráfico.

¹¹ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA DE, “Lições de Responsabilidade Civil”, Princípios, 2017, p. 13.

¹² BARBOSA, MAFALDA MIRANDA DE, “Lições de Responsabilidade Civil”, Princípios, 2017, p. 20.

¹³ Previstas, no Código Civil Português, nos artigos 499º a 510º.

responsabilidade. Daí conclui-se que a responsabilidade objetiva é mais ampla.

Por fim, cumpre abordar aquelas que são as finalidades da existência de regimes de responsabilidade civil. Primeiro, temos uma finalidade ressarcitória, que busca alcançar o reequilíbrio do *status quo* afetado pelo evento danoso. Trata-se de um instrumento que pretende tornar *indemne* o lesado – que deseja colocar-se na posição em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Segundo, encontramos uma finalidade preventiva e sancionatória – ao existir a possibilidade de ter de indemnizar, o lesante adotará deveres de cuidado com vista a não atingir a esfera jurídica de outrem, em virtude de a segunda vertente – sancionatória – pender sobre ele, como uma possível consequência dos seus atos (podendo, na maior parte dos casos, originar impactos económicos para o agente). Aliada a esta ideia sancionatória, temos uma finalidade punitiva – a violação do ordenamento jurídico acarreta consequências para o lesante, de modo a garantir a sua autoconservação. Podemos ainda referir a dimensão ético-axiológica da responsabilidade civil, onde além da finalidade de resolver um litígio, se convoca o conceito de liberdade e a afirmação da pessoa humana (afastando a sua objetificação), enquanto sujeito de direitos e deveres, detentor de uma esfera jurídica que muitas vezes entra em conflito com a do seu semelhante e exige respostas por parte do direito.⁽¹⁴⁾

2.2. Responsabilidade Civil Médica

Traçado que está o panorama geral da responsabilidade civil, cumpre agora referir as finalidades da mesma quando entramos no campo da medici-

na. Entre elas, encontramos (1) uma função ressarcitória, patente na busca de uma indemnização que vise a restauração natural ou o seu equivalente pecuniário; (2) uma função preventiva, com o objetivo de reduzir o número de casos de danos em saúde, melhorando a qualidade dos serviços prestados, uma vez que potencia o maior cumprimento das *leges artis* médicas; (3) uma função de justiça, distinguindo os comportamentos culposos daqueles que são desprovidos de culpa⁽¹⁵⁾.

O sistema jurídico português não dispõe de regras específicas no que concerne à responsabilidade civil médica, sendo aplicadas as normas gerais do regime da responsabilidade civil contratual, extracontratual assim como da responsabilidade do Estado e demais entes públicos, com um grande apoio na jurisprudência, à semelhança do que acontece na maior parte dos países europeus. O resultado desta lacuna é evidente na morosidade, onerosidade e incerteza dos processos de responsabilidade médica que decorrem nos tribunais, com (maiores ou menores) prejuízos para todas as partes envolvidas no litígio. Contudo, como refere Carla Gonçalves, “Falar em responsabilidade civil médica é falar em um instituto muito mais abrangente do que, à primeira vista, poderia parecer. Ora, se nem mesmo o ato médico pode dizer-se exclusivo dos médicos, tampouco se poderá pensar desta forma em relação à responsabilidade médica.”⁽¹⁶⁾. Não existe, por exemplo, uma definição propriamente dita de “ato médico”; porém, se analisarmos o artigo 150º do Código Penal, relativo às intervenções e tratamentos médico cirúrgicos, verificamos que “1 – As intervenções e os tratamentos que, segun-

¹⁴ Para maior desenvolvimento do tema, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA DE, “Lições de Responsabilidade Civil”, Princípiá, 2017, pp. 43 e ss.

¹⁵ Para um maior desenvolvimento do tema, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra Editora, 2015, p.87 e ss.

¹⁶ GONCALVES, CARLA, “A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa”, Coimbra Editora, 2008, p. 17.

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

Ao abordar a responsabilidade civil médica podemos elaborar uma cisão entre a responsabilidade contratual, comum nos hospitais e clínicas privadas, e a responsabilidade extracontratual, característica dos prestadores públicos de saúde, sob a égide do Regime de Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de Direito Público (não olvidando ainda os sistemas assistenciais de saúde). Na verdade, encontramos em Portugal um sistema complexo no que toca a esta responsabilidade, com diferentes leis e tribunais, com a convocação de regimes diferentes para regular esta atividade⁽¹⁷⁾. O sistema torna-se confuso para profissionais e doentes eventualmente lesados, com dificuldades ao nível da prova pericial. Contudo, é seguro afirmar que o Código Civil português entende que a responsabilidade subjetiva, com tónica na culpa do lesante, se consubstancia no regime regra do nosso país, como bússola da maior parte das ações de responsabilidade que dão entrada nos nossos tribunais. Isto significaria que os profissionais de saúde apenas seriam responsabilizados quando houvessem atuado com culpa. Ora, sabemos que existem mais determinantes em saúde que podem influir no sucesso de um tratamento ou da própria cura, pelo que o pensamento a ter em sede de responsabilidade não pode ser tão linear e

ter apenas o *bonus pater familias* como referente de atuação. Assim, o erro médico deve ser alvo de uma avaliação autónoma que analise em profundidade o caso concreto.

Ademais, é ainda necessário aludir ao facto de que os profissionais de saúde não se encontram vinculados, em regra, a uma obrigação de resultados, mas sim de meios. O médico, enquanto devedor, compromete-se a desenvolver, prudente e diligentemente determinada atividade com vista à obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza, não se vinculando a qualquer efeito útil. Existe exceções a esta regra, e a intervenção de natureza estética é uma delas – contudo, também estas envolvem riscos que podem escapar ao controlo dos profissionais mais aptos, sendo que tal classificação não pode ser totalmente aceite. Podemos também encontrar neste campo as análises clínicas, alguns exames de rotina, a colocação de próteses dentárias, entre outros. Colocando-se a hipótese de se tratar de uma obrigação de resultado, a consequência será a inversão do ónus da prova de culpa – não desencadeia um regime de responsabilidade objetiva e a culpa do agente continua a ser discutida.

Por regra, em prestadores de serviço privados, existindo um contrato de prestação de serviços médicos, será convocado o regime da responsabilidade contratual. Este contrato, apesar de não se encontrar especificamente previsto na lei, é social e nominado, socialmente típico, podendo ser enquadrado na vasta categoria de contratos de prestação de serviços consagrado no artigo 1154º do Código Civil. O contrato existente na típica relação do paciente que se desloca ao consultório privado de um médico é exemplificativo deste tipo de contrato, onde temos dois parceiros contratuais – assim entendido com recurso aos artigos 236º e 239º do

¹⁷ A este propósito, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado” in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 89 (2013), Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014.

Código Civil, respeitantes, respetivamente, à interpretação e à integração. Para o Prof. Doutor André Dias Pereira, “(...) a relação médico-paciente configura um contrato consensual (art. 219.º CC), marcadamente pessoal, de execução continuada, em regra sinalagmático e oneroso.”⁽¹⁸⁾.

No que concerne aos cuidados de saúde públicos (Serviço Nacional de Saúde), não temos uma relação contratual entre o paciente e o médico – existe sim uma relação de serviço público. Várias razões sustentam esta ideia: primeiro, não encontramos qualquer tipo de liberdade contratual por parte do hospital ou dos médicos que, sendo uma parte integrante do SNS, cumprem uma função do Estado Social (prestação de cuidados de saúde); segundo, não existe qualquer liberdade de escolha por parte dos pacientes ou dos médicos nesta relação, sendo que estes últimos não têm a possibilidade de escolher os recursos técnicos e humanos que constituirão a sua equipa; em terceiro lugar, não existe o pagamento de qualquer contraprestação – a taxa moderadora, quanto pagamento simbólico feito pelo contribuinte e utilizador dos serviços de saúde⁽¹⁹⁾, visa promover e proteger o uso eficiente dos recursos disponíveis, evitando a existência de um dispêndio excessivo dos cuidados de saúde disponibilizados.

Todavia, nos últimos anos, tem sido entendimento da jurisprudência poder haver um concurso entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, por “ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais

favorável à tutela efetiva do lesado.”⁽²⁰⁾. De acordo com esta doutrina do cúmulo, o paciente/doente pode fazer uso das normas que lhe sejam mais favoráveis, nomeadamente o prazo de prescrição de 20 anos estipulado para a responsabilidade contratual (art. 309º CC), a possibilidade de demandar por danos não patrimoniais e convocando a responsabilidade passiva (art. 496º e 498º CC, respetivamente), características da responsabilidade extracontratual, bem como as regras da inversão do ónus da prova atinentes à responsabilidade contratual. Como é referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28 de novembro de 2018, relatado por Luís Cravo, “1. A responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física. 2. Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual, solução mais ajustada aos interesses do lesado (dada a presunção de culpa que onera o devedor – cf. art. 799º, nº1 do C.Civil), e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada.”⁽²¹⁾.

Posto isto, e tendo em consideração que muitas ações fundadas em responsabilidade médica advêm de situações onde não se verifica a existência de culpa, a responsabilidade objetiva afigura-se como um mecanismo atrativo para contornar a questão da existência de danos sem culpados. Contudo, esta extensão deve ser analisada ponderadamente e considerando todos os dados do caso concreto, sob

¹⁸ PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra Editora, 2015, p. 670.

¹⁹ Nas palavras de ANTUNES, AQUILINO PAULO, “As taxas caracterizam-se pela existência de um nexó sinalagmático entre o tributo e a prestação administrativa a assegurar pela entidade pública (...), “As Taxas Moderadoras e a Lei de Bases da Saúde”, in *RJLB*, Ano 6 (2020), nº 1, disponível em cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0327_0362.pdf.

²⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018 (proc. nº 7053/12.7TIVNG.P1.S1.).

²¹ Processo n.º 558/11.9TBCBR.C1, disponível para consulta em <https://trc.pt/responsabilidade-civil-medica-responsabilidade-contratual-obrigacao-de-meios-leges-artis-onus-da-prova/>.

pena de uma banalização que em muito prejudicaria a qualidade do exercício da medicina em virtude de uma desresponsabilização ou responsabilização excessiva. O risco faz parte do dia a dia do exercício da medicina – como afirma Carla Gonçalves, “Com o risco de se optar por um determinado tratamento, perfeitamente possível diante dos ditames da ciência, mas que resulte desastroso para o paciente em concreto; com o risco da má interpretação de um determinado exame laboratorial, muito embora os sintomas do doente levassem a crer que outro não pudesse ter sido o diagnóstico; com o risco de o próprio exame laboratorial não ser um retrato fiel do estado de saúde do paciente; com o risco de prescrição de um medicamento (...) que venha a desencadear um efeito secundário perverso e pouco habitual; com o risco de se internar um paciente e vê-lo contrair uma infeção hospitalar. E tudo isto, para não falar nos riscos decorrentes de um mero descuido do profissional de saúde.”²². Neste contexto, é essencial questionar se a atividade médica pode ser inserida no âmbito do artigo 493º/2 do Código Civil (“Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”). A resposta a esta questão parece ser negativa – não obstante poder ter alguma serventia para nortear e conter os efeitos da evolução da medicina. Esta atividade não deve ser qualificada como perigosa (conceito este indeterminado, que não define, nem em geral, nem para os efeitos do disposto na dita norma o que se entende por atividade perigosa, limitando-se a relacionar a perigosidade com a natureza da

atividade ou dos meios utilizados, sendo papel da doutrina e da jurisprudência densificar a expressão, pelo que será face às circunstâncias do caso concreto que se determinará se certa atividade é ou não perigosa). E, além disso, os riscos inerentes à prática médica não condicionam todos os parâmetros de exercício da mesma – não podemos encará-la como sendo anormalmente perigosa⁽²³⁾.

3. A aplicação da Inteligência Artificial na Saúde

O exercício da medicina é, atualmente, um palco onde atua (quase) sempre um terceiro ator além do paciente e do profissional de saúde – falamos, claro está, das máquinas, dotadas ou não de Inteligência Artificial, que executam um trabalho de mediação no diagnóstico, recolha de dados, rastreios, exames complementares, entre outros⁽²⁴⁾. A maior celeridade na obtenção e circulação de dados sobre o Estado do Paciente tem revelado vantagens incontornáveis. De facto, podemos afirmar que o recurso a estes instrumentos tem potenciado mais vantagens do que desvantagens. Como refere Claudia Wallis, columnista de saúde da *Scientific American*, “The biomedical world is awash in data. We have terabytes of genomic information from mouse to human, troves of health metrics from clinical trials, and reams of so-called real-world

81

²³ Como refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de junho de 2021, relatado por José Capacete, ““Atividade perigosa” é, assim, aquela, cujo perigo, que objetivamente a encerra, acompanha o seu correto e adequado exercício, mesmo enquanto «tudo correr bem» e ainda que «tudo corra bem», e não aquela que apenas recebe tal qualitativo quando algo corre mal e o dano acontece, pois que a perigosidade é aferida a priori, residindo no próprio processo, e não no resultado danoso, muito embora a magnitude deste possa evidenciar o grau de perigosidade da atividade.”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/46b235ae3d7ebc3580258710004cd47b?OpenDocument>.

²⁴ A este nível podemos encontrar três diferentes níveis de automação de robots:

²² GONÇALVES, CARLA, “A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa”, Coimbra Editora, 2008, p. 41.

data from insurance companies and pharmacies. Using powerful computers, scientists have scrutinized this bounty with some fine results, but it has become clear that we can learn much more with an assist from artificial intelligence. Over the next decade deep-learning neural networks will likely transform how we look for patterns in data and how research is conducted and applied to human health.”⁽²⁵⁾.

A nível do diagnóstico, encontramos a aplicação da IA em alguns processos similares a tomadas de decisão. Como refere Eduardo Tomasevicius Filho, “O primeiro deles é na obtenção de diagnósticos médicos por imagem, por meio do qual é possível identificar tumores imperceptíveis a olho nu. O Google desenvolveu software com redes neurais, alimentado a partir de informações constantes em prontuários médicos, capaz de prever quando determinado paciente morrerá em um hospital, em antecedência de um a dois dias, permitindo à equipe médica tomar medidas para reverter essa situação.”⁽²⁶⁾. Também no combate à recente pandemia esta tecnologia desempenhou um importante papel, através do uso de um “(...) sistema capaz de diagnosticar pacientes com a Covid-19. Neste valioso exemplo, para programar o algoritmo, foram inseridos dados de milhares de pacientes contaminados e suas respectivas tomografias de tórax. Assim, o sistema inteligente foi capaz de ler a imagem da tomografia e distinguir, em quinze segundos, entre pacientes infetados com o novo coronavírus e aqueles com outras doenças pulmonares.”⁽²⁷⁾. Ainda

a este propósito, cumpre mencionar aquela que é a empresa multinacional com maior impacto na criação de soluções tecnológicas na área da saúde – a International Business Machines Corporation, conhecida por IBM e sediada no Estados Unidos. Entre os seus contributos encontramos um crucial na área da oncologia – o *Watson for Oncology*. Este software “was developed by IBM Corporation (USA) with the help of top oncologists from Memorial Sloan Kettering Cancer Center (MSK). It took more than 4 years of training, based on national comprehensive cancer network (NCCN) cancer treatment guidelines and more than 100 years of clinical cancer treatment experience in the United States, and can recommend appropriate chemotherapy regimens for specific cancer patients.”⁽²⁸⁾. O *Watson for Oncology* recorre a um banco de dados localizado numa nuvem e analisa conjuntamente e cruzadamente as informações do prontuário do paciente e informações médicas provenientes do conhecimento científico e propõe soluções para o tratamento do paciente oncológico, apresentando-as por ordem de pertinência/probabilidade de sucesso, cabendo ao médico, em *ultima ratio*, analisar tais propostas. A realização deste processo demora cerca de 10 minutos, ultrapassando largamente os profissionais de saúde, que podem demorar dias ou mesmo semanas até alcançarem um diagnóstico.

Na mesma senda, pesquisadores do Mount Sinai Hospital, em Nova Iorque, criou o *Deep Patient*, um

²⁵ WALLIS, CLAUDIA, “How Artificial Intelligence Will Change Medicine”, in *Nature*, n.º 576, S48 (2019), disponível em <https://www.nature.com/articles/d41586-019-03845-1>.

²⁶ FILHO, EDUARDO TOMASEVICIUS, “Inteligência Artificial e Direitos da Personalidade: uma contradição em que termos?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 113, 2018, p. 139.

²⁷ NOGAROLI, RAFAELLA E NETO, MIGUEL KFOURI, “Debates contemporâneos em direito médico e da saúde”, Thomson

Reuters, 2020, pp. 72 e 73. Outro exemplo de relevância, também aqui referido, é o de um software de inteligência artificial desenvolvido no Hospital John Radcliffe que, por meio de machine learning, realiza o diagnóstico de doenças cardíacas com uma precisão que atingiu cerca de 90%, face à percentagem de 80% de precisão de diagnóstico lograda pelos médicos.

²⁸ JIE, ZHOU, ZHIYING, ZENG & LI, LI, “A meta-analysis of Watson for Oncology in clinical application”, in *Scientific Reports*, 11, n.º 5792 (2021), disponível em <https://www.nature.com/articles/s41598-021-84973-5#citeas>.

software com capacidades preditivas dos estados de saúde, que avaliava a probabilidade de os pacientes desenvolverem dadas doenças. Trata-se de um “(...) domain free (i.e., not related to any specific task since learned over a large multi-domain dataset), does not require any additional human effort, and can be easily applied to different predictive applications, both supervised and unsupervised.”⁽²⁹⁾. Este software permitia fazer diagnósticos bastante precisos de eventuais patologias como esquizofrenia, diabetes e diversos tipos de cancro.

A capacidade de processar uma enorme quantidade de dados a uma velocidade não acessível ao ser humano torna os programas de inteligência artificial numa mais-valia na área da saúde. Porém, convém não olvidar que existe um problema de falta de transparência no caminho percorrido até à elaboração do diagnóstico e da (sugestão) da tomada de decisão, facto este que pode gerar uma menor confiança na utilização destas tecnologias. Esta incapacidade de perceber o algoritmo revela-se ainda mais difícil quando nos encontramos perante situações que envolvam o risco de vida ou morte do doente ou nas situações em que existe discordância entre a opinião da máquina e a do profissional de saúde. Chegados aqui, verificamos que “O equacionamento dessa e de outras indagações se relaciona diretamente com a definição do critério de imputação do dever de indemnizar uma vez que a delimitação do regime de responsabilidade civil incidente tornará mais ou menos necessária a valoração do comportamento concretamente adotado pelo agente.”⁽³⁰⁾.

²⁹ MIOTTO, RICCARDO, LI, LI, KID, BRIAN & DUDLEY, JOEL, “Deep Patient: An Unsupervised Representation to Predict the Future of Patients from the Electronic Health Records”, in *Scientific Reports*, 6, n.º 26094 (2016), disponível em <https://www.nature.com/articles/srep26094>.

³⁰ NOGAROLI, RAFAELLA E NETO, MIGUEL KFOURI, “Debates contemporâneos em direito médico e da saúde”, Thomson Reuters, 2020, p. 77.

Também ainda dentro da área da saúde, mas com destaque para a área da investigação, destaca-se o uso de programas de software que simulam a reação do corpo humano em face da utilização de dados medicamentos inovadores (“A computer program that acts as a virtual human body could help predict how people will react to new therapeutic drugs. It will enable more chemical combinations to be tested with fewer human trials, making drug development faster, cheaper, and safer.”⁽³¹⁾). É neste contexto que surge o CODA – Context-Oriented Directed Associations -, que explora o potencial terapêutico de diversos compostos químicos que podem ser encontrados em medicamentos tradicionais como o Samul-tang, um extrato de plantas asiáticas geralmente indicadas para o tratamento de doenças como a anemia. Através do CODA seria possível desenvolver medicamentos personalizados, adaptados às necessidades do paciente, reduzindo tentativas supérfluas de testagem. A economia de tempo e dinheiro (potencializada pelo facto de este software possuir diversa informação científica proveniente de artigos e dados científicos, desvelando uma rede de interações potenciais entre substâncias químicas, proteínas e genes dentro e entre os órgãos) vai permitir uma ação mais eficaz e eficiente, isenta de riscos para o paciente e potenciais “cobaias” de experimentação.

Considerando o estado de evolução, podemos refletir acerca do domínio da inteligência artificial na área da saúde e questionar se, em dadas situações onde a fiabilidade e a rapidez das máquinas são superiores à do Homem (profissional de saúde), a opinião emanada pelas primeiras deve ter precedência em relação à do segundo. E, na mesma sen-

³¹ Nature Research Custom Media & Bio-Synergy Research Center, “Traditional medicine meets artificial intelligence”, disponível em <https://www.nature.com/articles/d42473-019-00099-3>.

da, se o médico optar por dar seguimento ao diagnóstico e tratamento que é seu entendimento, em detrimento de um resultado diferente dado pelo agente de IA, e o mesmo se revelar errado, deverá ser responsabilizado pela sua opção? Deverá ser “obrigatório” seguir o entendimento da máquina? A resposta deve ser negativa, visto que a programação algorítmica destes agentes e o seu acesso a amplas bases de dados não evita que os mesmos cometam erros; além disso, há nestes uma lacuna de contacto pessoal e acumular de experiência que não pode ser suprida. No caso de divergência de opinião entre máquina e profissional de saúde, o mesmo não deve nem desconsiderá-la nem adotá-la sem anterior questionamento – deve sim diligenciar no sentido de a analisar, contrapor com a sua e decidir posteriormente. Existindo este meio de auxílio ao seu dispor, o profissional pode (e deve) recorrer a ele, com base na obrigação de desenvolver o seu trabalho com apoio no mais recente avanço da técnica e da ciência que tem à sua disposição – e, se o recusar irrefletidamente, pode e deve ser responsabilizado por essa falha. De facto, se ocorrer um dano/lesão ao paciente, “(...) a falta de diligência do médico ao descartar irrefletidamente o resultado obtido pela inteligência artificial poderá constituir um critério para a sua responsabilização.”⁽³²⁾. No caso inverso (se o médico seguir exclusivamente a orientação dada pela máquina e esta errar), o juízo mantém-se, visto que o profissional de saúde é responsável pelas suas escolhas e as mesmas implicam, diversas vezes, vidas humanas; contudo, neste caso em específico, podemos mobilizar a responsabilização do fornecedor de software.

No atual estado da arte, podemos concluir que “(...) ao menos no atual estado da sociedade, os aparelhos de diagnóstico existentes no mercado devem servir como apoio à tomada de decisão do médico, sem o condão de substituí-lo, de modo que a decisão final segue sob o controle (e sob a responsabilidade) do profissional de saúde. A tecnologia não retira, enfim, o caráter soberano da decisão do médico.”⁽³³⁾.

4. A Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017 (Disposições de Direito Civil sobre Robótica) e outros Diplomas

4.1. Aplicação da Resolução no campo da Medicina

A resolução em epígrafe, a propósito da saúde, refere dois tipos de robots de elevada relevância: os robots de assistência (a grupos vulneráveis) e os robots médicos (para realização de tarefas cirúrgicas precisas e menos invasivas). Em relação aos primeiros, considerando o envelhecimento da população e o aumento da esperança média de vida (e, com ela, o desenvolvimento de mais patologias crónicas com grandes custos, humanos e técnicos), estes desempenham um papel de relevância no que toca à prestação de cuidados a idosos. Como refere a própria resolução, a investigação e desenvolvimento destas tecnologias tornou-se “(...) mais comum e barato, levando ao fabrico de produtos com maior funcionalidade e a uma mais ampla aceitação dos consumidores; constata a existência de uma vasta gama de aplicações destas tecnologias nos domínios da prevenção, da assistência, da supervisão, do

³² NOGAROLI, RAFAELLA E NETO, MIGUEL KFOURI, “Debates contemporâneos em direito médico e da saúde”, Thomson Reuters, 2020, p. 85..

³³ NOGAROLI, RAFAELLA E NETO, MIGUEL KFOURI, “Debates contemporâneos em direito médico e da saúde”, Thomson Reuters, 2020, p.

estímulo e do acompanhamento dos idosos e das pessoas com deficiência, bem como das pessoas que sofrem de demência, de perda de memória ou de distúrbios cognitivos.³⁴ Contudo, subsistem preocupações atinentes à essencialidade do cuidado humano e humanizado, fundamental neste tipo de assistência; todavia, o auxílio destas tecnologias aos profissionais de saúde na execução de tarefas automatizadas permitiria que estes últimos tivessem a disponibilidade temporal necessária para a busca de diagnóstico e de opções de tratamento. A pessoa humana terá sempre um papel insubstituível na prestação destes cuidados, em virtude da necessidade de uma componente de interação social.

Abordando agora os robots médicos, podemos afirmar que os mesmos apresentam diversas potencialidades para executar cirurgias de alta precisão e procedimentos repetitivos (contudo, convém não esquecer um aspeto fundamental que estas máquinas não possuem – o *feedback háptico*, que consiste na sensação de toque ou informação cinestésica que o médico ou o cirurgião experienciam ao contactar eles mesmos com os tecidos), o que permite a célere recuperação dos pacientes e uma minimização das eventuais complicações pós operatórias. Porém, a Resolução do Parlamento adverte para a “(...) importância da educação, da formação e da preparação adequadas para profissionais da saúde, como médicos e prestadores de cuidados, a fim de assegurar o mais elevado nível possível de competência profissional, bem como salvaguardar e proteger a saúde dos doentes; realça a necessidade de definir os requisitos profissionais mínimos que um cirurgião tem de cumprir para poder operar e recorrer a robôs cirúrgicos; considera que é es-

sencial respeitar o princípio da autonomia supervisionada dos robôs, segundo o qual caberá sempre a um cirurgião humano estabelecer o plano inicial de tratamento e tomar a decisão final relativa à sua execução; destaca a relevância especial da formação para os utilizadores para se familiarizarem com os requisitos técnicos neste âmbito; chama a atenção para a tendência crescente no sentido de um autodiagnóstico recorrendo a robôs móveis e, por conseguinte, alerta para a necessidade de os médicos receberem formação para fazerem face a casos de autodiagnóstico; considera que a utilização de uma tal tecnologia não deve afetar nem prejudicar a relação entre um médico e o paciente, devendo, pelo contrário, assistir os médicos na realização do diagnóstico e/ou tratamento dos doentes, a fim de reduzir o risco de erros humanos e de aumentar a qualidade e a esperança de vida.”³⁵

4.2. Soluções acerca de responsabilidade

São diversos os problemas que o avanço da IA coloca aos pressupostos de responsabilidade tradicionalmente considerado, a saber: (1) a existência de um comportamento ilícito, configurador de culpa, seja ele por ação ou omissão, considerando todos os agentes e procedimentos envolvidos na criação do robot ou software; (2) a existência de um nexo de causalidade, devido à imprevisibilidade e falta de transparência dos agentes de IA e da cadeia de intervenientes na sua utilização; (3) quais os danos que podem ou não ser indemnizáveis.³⁶

Aliada a esta questão da responsabilidade civil por danos causados por robots ou outros entes

³⁴ Ponto 31 da Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html.

³⁵ Ponto 32 da Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html.

³⁶ A este propósito, SILVA, NUNO SOUSA E, “Inteligência Artificial, robots e responsabilidade civil: o que é que é diferente?” in Revista de Direito Civil, Ano IV (2019), nr. 4, pp. 698 e 699.

dotados de IA, temos a discussão acerca da atribuição de personalidade jurídica a estes agentes. A este propósito, o Prof. Doutor Nuno Sousa e Silva entende que “Tendo em conta a função primordialmente ressarcitória da responsabilidade civil, não me parece que haja um obstáculo fundamental a criar uma responsabilidade civil própria dos robots. A meu ver a discussão deve antes passar pela avaliação da sua utilidade e conveniência.”⁽³⁷⁾. A solução dos problemas poderia passar pela criação de uma ficção, apoiada na sua crescente autonomia e capacidade de aprendizagem que os conduz a tomar decisões independentes, podendo até agir de forma contrária às instruções que lhe foram dadas. Não raramente é estabelecida a comparação entre esta possibilidade de atribuição de personalidade jurídica e a personalidade jurídica das pessoas coletivas. Contudo, tal argumento parece cair por terra. Assim, é possível sustentar que “Mesmo que se veja na personalidade jurídica um conceito operativo e técnico, porque ela é reconhecida (e não atribuída) às pessoas singulares em razão do seu estatuto ético, não é possível encontrar aí um ponto de apoio seguro para a extensão do conceito a entes artificiais.”⁽³⁸⁾. Não obstante a personalidade das pessoas coletivas ser uma *factio* do Direito que as transforma num sujeito de relações jurídicas por razões de ordem técnica, trata-se de um conceito jurídico que integra a realidade cultural e serve determinados interesses de pessoas humanas que a ela recorrem por ser adequada à sua natureza — crian-

do uma esfera de direitos e deveres, bem como um determinado património que responde em caso de haver lugar a responsabilidade civil. É precisamente neste ponto que falha esta eventual extensão da personalidade jurídica aos agentes de IA — os mesmos não podem, por si só, responder, sendo essencial que a responsabilidade seja atribuída a uma pessoa (singular ou coletiva) por detrás destes. As razões que axiológica ou operativamente justificam aqueles dois tipos de personalidade não se comunicam a este caso *suis generis*. Na realidade, “(...) a analogia com a *dignitas* do ser humano inexistente; a ponderação dos interesses humanos por detrás do robot não a explica, exceto se com ela quisermos forjar um mecanismo de desresponsabilização do sujeito (humano, entenda-se), o que parece contrariar o próprio sentido do Direito”⁽³⁹⁾.

Sem embargo dos extraordinários feitos tecnológicos, não podemos advogar esta atribuição de personalidade, sob pena até de colocar em causa a dignidade inerente à pessoa humana. É essencial ter em vista que “Do ponto de vista da titularidade, a resposta é negativa, nem os robots são como nós, nem valem como nós.”⁽⁴⁰⁾. O agir dos entes dotados de IA é fundada em software, longe do agir axiológicamente conformado do ser humano, que toma as suas decisões com base em juízos de ponderação ético-morais e não através de programações algorítmicas. Abandona-se, assim, qualquer possibilidade de enveredar por esta via. Resta, portanto, explorar as possibilidades de responsabilização através de outras vias.

³⁷ SILVA, NUNO SOUSA E, “Inteligência Artificial, robots e responsabilidade civil: o que é que é diferente?” in *Revista de Direito Civil*, Ano IV (2019), nr. 4, p. 706. Ainda a este propósito, ver BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, in *Revista de Direito Civil*, Ano V (2020), nr. 2, pp. 278-305.

³⁸ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Inteligência Artificial, e-persons e Direito: desafios e perspetivas”, in *RJBL*, Ano 3 (2017), nr. 6, p. 1482.

³⁹ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Inteligência Artificial, e-persons e Direito: desafios e perspetivas”, in *RJBL*, Ano 3 (2017), nr. 6, p. 1488.

⁴⁰ LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “São Cosme e São Damião, Saúde(s) e Responsabilidade(s) — algumas notas em registo de posição”, in PEREIRA, ANDRÉ DIAS, ET AL, *Responsabilidade Civil em Saúde, Diálogo com o Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro*, 2021, p. 651.

Como afirma o ponto 49 da Resolução de 16 de fevereiro de 2017, “(...) a responsabilidade civil pelos danos causados por robôs constitui uma questão crucial que tem de ser igualmente resolvida ao nível da União, a fim de garantir o mesmo nível de eficácia, de transparência e de coerência na execução da segurança jurídica em toda a União para benefício dos cidadãos, dos consumidores e das empresas.”. Revela-se essencial perceber os trâmites nos quais se desenvolverá a relação entre o ser humano e o robot em atividades que sejam comuns e onde exista alguma interdependência. Revela-se essencial estabelecer princípios éticos que sirvam de pilar para o desenvolvimento, utilização e programação dos robots e da inteligência artificial no espaço europeu.

Em sede de responsabilidade, a Resolução propõe a ponderação entre uma abordagem de responsabilidade objetiva ou de gestão de risco (risco este que aumenta proporcionalmente à “liberdade” e autonomia dos agentes de IA). No caso de opção pela primeira hipótese, devemos considerar que se “(...) exige apenas a prova de que o dano ocorreu e o estabelecimento de um nexo de causalidade entre o funcionamento prejudicial do robô e os danos sofridos pela parte lesada.”⁽⁴¹⁾. No caso de se considerar a abordagem da gestão de risco, esta “(...) não se concentra na pessoa «que atuou de forma negligente» como individualmente responsável, mas na pessoa que é capaz, em determinadas circunstâncias, de minimizar os riscos e de lidar com os impactos negativo.”⁽⁴²⁾.

Além destas duas possibilidades, a Resolução aponta ainda a possibilidade de se enveredar por

um regime de seguros obrigatórios⁽⁴³⁾ ou, ainda de forma complementar, criar um “fundo de garantia”⁽⁴⁴⁾ que visasse a reparação de danos não abrangidos pela primeira hipótese.

Com a introdução das máquinas através da Revolução Industrial percebeu-se que a utilização das máquinas, não obstante ser profícua, seria origem de danos que não poderiam ser imputados a agentes, configurando uma responsabilidade sem culpa – originando diversos casos de responsabilidade objetiva. Com a evolução, as máquinas ganharam hoje padrões de autonomia bastante elevados, capazes de aprender e de tomar decisões de modo independente (a despeito de existir uma programação inicial), interagindo com o meio em que se inserem e recorrendo a uma vastíssima base de dados que lhes permite cruzar e processar informação em tempo recorde – e dificulta o traçar de uma fronteira entre aquele que ainda consubstancia um erro humano e aquele que deriva de falha do algoritmo de programação. Posto isto, cumpre citar as palavras da Prof. Doutora Mafalda Miranda de Barbosa: “Neste contexto, as estruturas delituais clássicas não se mostram preparadas para lidar com os novos desafios que a inteligência artificial coloca ao jurista.”⁽⁴⁵⁾. Na mesma senda, o Prof. Doutor Nuno Sousa e Silva escreve que “Quando uma acção danosa resulte do comportamento de um agente de IA haverá várias esferas de imputação possíveis: os produtores de *hardware* e *software* (e/ou dos seus componentes), aquele cujas instruções e acções in-

⁴¹ Ponto 54 da Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017.

⁴² Ponto 55 da Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017.

⁴³ Ponto 57 da Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017.

⁴⁴ Ponto 58 da Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017.

⁴⁵ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA DE, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, in *Revista de Direito Civil*, Ano 5 (2020), n.º 2, p. 265.

fluenciaram o comportamento do agente (genericamente os ‘utilizadores’) e aqueles que beneficiam com a sua atuação (‘beneficiários’). No entanto, a concreta identificação do responsável (ainda numa perspetiva naturalista) não será fácil de fazer.”⁴⁶.

Entendo o software como um conceito submissível à ampla noção de coisa, poderíamos convocar o regime da responsabilidade do produtor⁴⁷. Como refere o Prof. Doutor Calvão da Silva, “(...) livros ou outras publicações e programas estandardizados de computador (*computer software*) são, portanto, produtos, no sentido do DL n.º 383/89.”⁴⁸. Contudo, é essencial saber se podemos falar de uma “defeituosidade” ou desconformidade deste tipo de produto no caso de ser ocasionado um dano. Na sua interação com o meio e com as pessoas, estes podem levar a situações lesivas que sejam características da sua atuação e não defeitos de fabrico ou conceção. Além disso, a capacidade apresentada por estes entes de alterarem o seu *modus operandi* devido à sua interação com o meio – pode desenvolver novas aptidões, diferentes das originais, e as mesmas não devem ser encaradas como falhas ou defeitos, mas como consequência normal e esperada dessa mesma aprendizagem. Neste contexto, “(...) a responsabilidade do produtor terá de ser repensada e ampliada, no sentido de abarcar o ressarcimento de outros danos que não os causados à vida, à integridade da pessoa ou a coisas diversas do produto defeituoso que o adquirente destine a um uso não profissional.”⁴⁹.

⁴⁶ SILVA, NUNO SOUSA E, “Inteligência Artificial, robots e responsabilidade civil: o que é que é diferente?” in *Revista de Direito Civil*, Ano IV (2019), nr. 4, p. 693.

⁴⁷ Consagrada no Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, em transposição da Directiva n.º 85/374/CEE. O mesmo garante que “O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação.”, acrescentando que “Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.” (art. 1.º e 4.º, respetivamente).

⁴⁸ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, “Responsabilidade Civil do Produtor”, Almedina, 1990, p. 613.

⁴⁹ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA DE, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, in *Revista de Direito Civil*, Ano 5 (2020), n.º 2, p. 299.

4.3. Livro Branco da Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial (e o Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica)

Este documento conclui que “Nos termos da Diretiva Responsabilidade pelos Produtos, um fabricante é responsável pelos danos causados por um produto defeituoso. No entanto, no caso de um sistema baseado em IA, como os automóveis autónomos, pode ser difícil provar que existe um defeito no produto, os danos ocorridos e o nexo de causalidade entre os dois. Além disso, existe alguma incerteza sobre a forma e a medida em que a Diretiva Responsabilidade pelos Produtos é aplicável no caso de determinados tipos de defeitos, por exemplo, se estes resultarem de deficiências na cibersegurança do produto.”⁵⁰. Na mesma senda, o “Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica” conclui que “(...) a atual legislação em matéria de segurança dos produtos já apoia um conceito alargado de proteção da segurança contra todos os tipos de riscos decorrentes do produto, de acordo com a sua utilização. No entanto, poderão ser introduzidas disposições que abranjam explicitamente os novos riscos apresentados pelas tecnologias digitais emergentes, a fim de proporcionar uma maior segurança jurídica.”⁵¹.

⁵⁰ Livro Branco da Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial, disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>, p. 14.

⁵¹ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX:52020DC0064>.

Conclusão

A definição da responsabilidade civil dos agentes dotados de IA carece de um olhar atento às especificidades e aos desafios colocados pelos mesmos, consoante sejam tidos como simples equipamentos ou coisas sob a égide e direção do ser humano. Tomar uma posição será crucial para o plano do direito a constituir acerca da temática. Perante o que foi analisado, é manifesto que “A responsabilidade civil baseada na culpa, talqualmente proclamada no artigo 483º, do Código Civil, corresponde a um situacionismo oitocentista que já não se apresenta como adequado e justo para regular muitos dos problemas hodiernos, designadamente na área da responsabilidade civil por danos causados por sistemas de IA.”⁽⁵²⁾

O desenvolvimento tecnológico não pode ocorrer sem a adequada ponderação dos riscos envolventes. Neste âmbito, avaliam-se possibilidades alternativas como a responsabilidade objetiva ou pelo risco, já aplicada à circulação automóvel ou a produtos defeituosos – contudo, trata-se de uma via que suscitará igualmente diversos problemas. Posto isto, a criação de fundos de públicos de garantia/indenização, que permitam o ressarcimento do lesado e a posterior aferição da culpa, apresentam-se como o possível caminho a seguir. Nestes termos, “(...) não só se diria adeus à culpa (*no fault*), o que, por si só, não significaria o abandono dos esquemas de responsabilidade civil, como também o mecanismo de garantia seria agora público. Neste caso, a pergunta que se impõe é a de saber quem contribuiria para o fundo, apontando as respostas para os produtores e utilizadores pro-

fissionais das soluções de IA.”⁽⁵³⁾. Na área da saúde, este assoma como a solução mais adequada, de modo a ressarcir os danos causados sem implicar a habitual morosidade na aferição dos pressupostos de responsabilidade e a onerosidade dos processos. O sistema assistencialista tem, portanto, virtudes para atender às necessidades das vítimas que devem ser exploradas – e com urgência, considerando a velocidade a que a Inteligência Artificial penetra na área da saúde.

Bibliografia

- AGRAWAL, AJAY ET AL, “Inteligência Artificial”, Conjuntura Actual Editora, 2020
- ANTUNES, AQUILINO PAULO, “As Taxas Moderadoras e a Lei de Bases da Saúde”, in RJLB, Ano 6 (2020), nº 1, disponível em cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0327_0362.pdf
- ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, “Direito e Inteligência Artificial”, Universidade Católica Editora, 2020
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Direito (Civil) em tempos de pandemia”, Gestlegal, 2021
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Lições de Responsabilidade Civil”, Principia, 2017
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Responsabilidade Civil Extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade”, Principia, 2014
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Inteligência Artificial, *e-persons* e Direito: desafios e perspetivas”, in R/BL, Ano 3 (2017), nr. 6, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, in *Revista de Direito Civil*, Ano V (2020), nr. 2.

⁵² PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Inteligência artificial, saúde e Direito: considerações jurídicas em torno da medicina de conforto e da medicina transparente” in *Julgard* nr. 45, 2021, pp. 255 e 256.

⁵³ LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “São Cosme e São Damião, Saúde(s) e Responsabilidade(s)

— algumas notas em registo de posfácio”, in PEREIRA, ANDRÉ DIAS, ET AL, *Responsabilidade Civil em Saúde, Diálogo com o Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro*, 2021, p. 649.

- Centro de Estudos Judiciários, “Novos Olhares sobre Responsabilidade Civil”, Outubro de 2018, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf
- COELHO, ANGELINO GOMES, “Personalidade Jurídica: redimensionamento do conceito à luz da perspetiva personalista”, Instituto Jurídico, 2020
- COLEMAN, FLYNN, “A human algorithm: how artificial intelligence is redefining who we are”, Counterpoint, 2019
- CURADO, MANUEL, FERREIRA, ANA ELISABETE, & PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Vanguardas da responsabilidade: direito, neurociências e inteligência artificial”, Petrony Editora, 2019
- DIGNUM, VIRGINIA, “Responsible artificial intelligence: how to develop and use AI in a responsible way”, Springer, 2019.
- FELIPE, BRUNO FARAGE DA COSTA, & PERROTA, RAQUEL PINTO COELHO, “Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada”, in *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Vol. 4, nr. 1, janeiro/junho 2018, disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136>
- FILHO, EDUARDO TOMASEVICIUS, “Inteligência Artificial e Direitos da Personalidade: uma contradição em que termos?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 113, 2018
- FRANCO, CRISTIANO ROBERTO, “Inteligência Artificial”, Centro Universitário Leonardo da Vinci, Uniasselvi, 2017
- GONÇALVES, CARLA, “A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa”, Coimbra Editora, 2008
- JIE, ZHOU, ZHIYING, ZENG & LI, LI, “A meta-analysis of Watson for Oncology in clinical application”, in *Scientific Reports*, 11, n.º 5792 (2021), disponível em <https://www.nature.com/articles/s41598-021-84973-5#citeas>
- MIOTTO, RICCARDO, LI, LI, KID, BRIAN & DUDLEY, JOEL, “Deep Patient: An Unsupervised Representation to Predict the Future of Patients from the Electronic Health Records”, in *Scientific Reports*, 6, n.º 26094 (2016),
- NOGAROLI, RAFAELLA E NETO, MIGUEL KFOURI, “Debates contemporâneos em direito médico e da saúde”, Thomson Reuters, 2020
- OLIVEIRA, GUILHERME, “O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos”, in *Tema de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999
- PEREIRA, ANA ELISABETE FARINHA FERREIRA DIAS, “Problemas ético-jurídicos concernentes aos danos causados por robôs autônomos na saúde: algumas definições conceituais”, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 29 de setembro de 2020, disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/613/756>
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Inteligência artificial, saúde e Direito: considerações jurídicas em torno da *medicina de conforto* e da *medicina transparente*” in *Julgar* nr. 45, 2021
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra Editora, 2015
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, ET AL, “Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogos com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro”, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado” in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 89 (2013), Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014
- ROCHA, MANUEL LOPES & PEREIRA, RUI SOARES, “Inteligência Artificial & Direito”, Edições Almedina, 2020
- SANTOS, FÁBIO MARQUES FERREIRA, “O uso da inteligência artificial como um meio de melhoria e eficiência dos Direitos e Garantias fundamentais do Estado Constitucional”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 26, 105, janeiro/fevereiro de 2018
- Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 22, Coimbra, 2019, “A idade do amanhã : desafios éticos da longevidade : XXII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 29 Novembro 2019 Coimbra, Convento de São Francisco”, Lisboa, 2019
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, “Responsabilidade Civil do Produtor”, Almedina, 1990
- SILVA, NUNO SOUSA E, “Inteligência Artificial, robots e responsabilidade civil: o que é que é diferente?” in *Revista de Direito Civil*, Ano IV (2019), nr. 4.
- SILVEIRA, ALESSANDRA ET AL, “Inteligência Artificial e Direito”, Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 2019

- SOUSA, MARIA ELIANE ALVES, “Direitos humanos e princípios comuns entre inteligência artificial e direito à saúde” in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 20 de setembro de 2020, disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/658>
- WALLIS, CLAUDIA, “How Artificial Intelligence Will Change Medicine”, in *Nature*, n.º 576, S48 (2019), disponível em <https://www.nature.com/articles/d41586-019-03845-1>

O NOVO REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO E A (IN)CAPACIDADE PARA CONSENTIR EM ATO MÉDICO

Mónica Vieira (*)

RESUMO: *Após denotarmos que a Lei do Maior Acompanhado não oferece critérios orientadores no respeitante ao Direito Médico, percebemos que esta matéria, tão prática e atual, merecia um melhor desenvolvimento. Destarte, modestamente, tentaremos oferecer respostas às problemáticas que a lei deixa por resolver; por outras palavras: dirimir as lacunas legais.*

De forma bastante breve, poderemos afirmar que o principal objetivo do nosso estudo será averiguar se, e de que modo, é à pessoa com deficiência mental concedida autonomia na hora de tomar uma decisão médica, e quem a substituirá em caso de incapacidade.

PALAVRAS-CHAVE: *Maior Acompanhado, Capacidade Para Consentir Em Intervenção Médica, Saúde Mental, Consentimento Informado, Pessoa com Deficiência Mental, Incapacidade Pontual.*

ABSTRACT: *Once we noticed that The Regime of the Accompaniment of the Major doesn't offer criteriums to guide the acts practiced under the Medical Law, we understood that this important and practical subject deserved a better analysis. Therefore, we will search for some answers, and try to fill in the lack of law.*

With this paper, we aim to understand if, and how, the patient may be given the autonomy to make his/her own medical decisions, and who will decide for him/her if he/she is not capable to make the decision

KEY WORDS: *Accompanied Adult, Capacity to Give Informed Consent, Mental Health, Informed Consent, Mentally Disabled Adult, Punctual Incapacity.*

(*) Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Pós-graduada em Direito da Farmácia e do Medicamento pelo Centro de Direito Biomédico

1) Introdução

Atualmente, e na grande maioria dos países, foi já ultrapassada a visão paternalista da relação médico/paciente, vindo esta a ser substituída por um *modelo* que assenta na autonomia. Desta significativa evolução, impulsionada pelos terríveis eventos da Segunda Grande Guerra Mundial, e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, surge a doutrina do consentimento informado, uma importante manifestação do respeito pela vontade do paciente: da sua autodeterminação naquilo que às intervenções médicas diz respeito.

Não obstante, esta realidade, que se reflete plenamente naquilo que ao doente *standard* diz respeito, poderá já não espelhar a realidade daquele que padece de alguma incapacidade. As pessoas com algum tipo de doença mental sempre foram consideradas (e tratadas) como sujeitos vulneráveis, e também no âmbito da saúde esta *fragilidade* se repercute. Porém, não podemos olvidar que estes, apesar das dificuldades que possam sentir, são Pessoas e, como tal, têm o direito a decidir naquilo que à sua saúde diz respeito, proporcionalmente à sua capacidade de compreender.

Com objetivo de dissipar a discriminação da pessoa deficiente, e acolher estes ideais de autonomia e igualdade, foi realizada a 13/12/2006 a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas (CDPD) que, após ter

sido aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ficou “aberta a assinatura de todos os Estados e das organizações de integração regional na Sede das Nações Unidas em Nova Iorque, a partir de 30 de Março de 2007”⁽¹⁾. A Convenção “tomou a forma de tratado solene” o que significa que, para ficarem a ela vinculados, os Estados necessitam de a ratificar e confirmar⁽²⁾.

No entanto, e sem descorar este esforço, a matéria da autonomia da pessoa com deficiência mental ainda é bastante atual, e sabemos que muitas vezes esta é infantilizada e privada de tomar as suas decisões.

Nesta senda, sentiu-se necessidade de proceder a uma atualização do nosso Código Civil (CC), com vista a revogar os institutos da interdição e inabilitação. Esta grande reforma legislativa teve como principais objetivos coadunar o nosso Código à realidade atual, promover a autonomia do incapaz, e atender ao disposto na CDPD. Mas, se a Lei 49/2018 de 14/08/2018 foi bem-sucedida em termos de Direito Civil, no que ao Direito Médico diz respeito muito deixou por tratar.

2) A capacidade

Uma vez que uma pessoa incapaz⁽³⁾ é mais passível de ser alvo de condutas abusivas, todo o sentido faz que os legisladores tenham elaborado normas especiais para estes, ao invés de os deixar à mercê da norma geral. Assim sendo, destas decorre que nem sempre o incapaz terá um poder de decisão pleno, necessitando de auxílio para fazer valer a sua vontade, na maior amplitude possível.

Primeiramente, importa esclarecer que a capacidade jurídica comporta duas dimensões: a capacidade de gozo e a de exercício. A primeira é “a medida de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular e a que pode estar adstrita”⁽⁴⁾, enquanto a segunda já não se trata da mera imputação de direitos e obrigações, mas da capacidade para os exercer. Deste modo, uma pessoa pode ter capacidade de gozo de determinados direitos, mas não ter capacidade para os exercer⁽⁵⁾. E, como refere MARGARIDA PAZ, o regime da interdição não só comportava limitações à capacidade de gozo⁽⁶⁾,

³ Como refere MOTA PINTO (PAULO MOTA PINTO, “Valor Jurídico dos Atos do Maior Acompanhado”, 2019. In: MONTEIRO, *Colóquio – O Novo Regime Do Maior Acompanhado*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2019, p. 135), em certos casos, não se revela incorreto recorrer à utilização desta terminologia (*incapaz*) uma vez que, mantendo-se inválidos os atos praticados em desrespeito da sentença de acompanhamento, verifica-se uma verdadeira “*incapacidade de exercício de direitos*”, devendo, “portanto, continuar a falar-se, *nesse âmbito*, de um incapaz”.

⁴ Lexionário do Diário da República Eletrónico, “Capacidade de Gozo”, disponível em: <https://dre.pt/>; consagrado no Decreto-Lei n.º 47344 – Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, alterado pela Lei 49/2018 de 14 de agosto (doravante denominado somente “CC”), nos artigos 67.º e 160.º.

⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁶ MARGARIDA PAZ – “A Capacidade Jurídica na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência” [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 36. [Consultado a 28-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf. ISBN 978-989-8815-94-1.

Artigo 138.º do CC; refere Margarida Paz (MARGARIDA PAZ – “A Capacidade Jurídica”... *Ob. Cit.*, p. 36) que há restrições, por exemplo, relativamente ao casamento (artigo 1601.º, alínea b), do Decreto-

¹ Artigo 42.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante somente “CDPD”). Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt>; a Convenção está “sujeita a ratificação pelos Estados signatários e a confirmação formal pelas organizações de integração regional signatárias”, mas também “aberta à adesão de qualquer Estado ou organização de integração regional que não a tenha assinado” (artigo 43.º).

² Comentário Conjunto, “Artigos 41.º a 50.º”, 2020. In: GOMES; NETO; VÍTOR, *Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2020, p. 347. Disponível em: <https://www.incm.pt/>; atualmente contam-se 164 signatários e 182 ratificações e adesões (dados disponíveis em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Consultado a 28/07/2021).

como gerava “incapacidade genérica de exercício de direitos”⁽⁷⁾. Ora, ficando restringidas (ou até mesmo supridas), as duas dimensões da capacidade jurídica, só podemos concordar com a Autora quando esta afirma que “a pessoa com uma determinada anomalia psíquica que gera a incapacidade de governar a sua pessoa e bens irá perder, invariavelmente, a sua capacidade jurídica”⁽⁸⁾.

Quando falamos de pessoas com incapacidade para o exercício de direitos, referimo-nos aos menores⁽⁹⁾ e aos maiores que têm algum tipo de doença mental e/ou que se encontram em situação que não lhes permite expressar a sua vontade. Não obstante, a impossibilidade de demonstração da vontade não é, de todo, sinónimo da sua inexistência.

Com a entrada em vigor a 03-05-2008 (a nível internacional) da CDPD, ficou ainda mais clara esta ideia de autonomia da pessoa com deficiência e da preocupação de grandes instituições internacionais, no sentido de se legislarem matérias acerca da proteção dos direitos desta⁽¹⁰⁾. No que à capacidade jurídica diz respeito, o artigo 12.º, n.º 2 da CDPD confere igualdade entre pessoas com deficiência e

sem deficiência; contudo, no n.º 3 refere-se que os Estados Partes devem providenciar todas as medidas de apoio à pessoa com deficiência, quando ela destas necessite para exercer a sua capacidade jurídica, explicitando-se, no n.º 4, que estas medidas “relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa” devem ser proporcionais e devem adaptar-se a cada pessoa em concreto. Deste modo, e bem, as normas que regem a incapacidade não têm (nem nunca deveriam ter) como objetivo a limitação da capacidade decisória, assentando em ideais de igualdade e de não discriminação⁽¹¹⁾. No nosso ordenamento jurídico, através da aprovação e ratificação, tanto da CDPD como do seu Protocolo Adicional, que ocorreram respetivamente através das Resoluções da Assembleia da República n.ºs 56/2009⁽¹²⁾ e 57/2009⁽¹³⁾ e dos Decretos do Presidente da República n.ºs 71/2009⁽¹⁴⁾ e 72/2009⁽¹⁵⁾, e sem quaisquer reservas, comprometeu-se Portugal a “aplicar a Convenção e a ser avaliado pelo Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência”.

-Lei n.º 47344 – Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, na versão anterior à entrada em vigor da Lei 49/2018 de 14 de agosto. Disponível em: <https://dre.pt/>; doravante “CC na versão anterior à entrada em vigor da Lei 49/2018 de 14 de agosto”); atualmente, só se verifica esta restrição quando a sentença de acompanhamento a determine, podendo a pessoa ser um maior acompanhado e, ainda assim, não estar impedida de casar, enquanto a anterior versão fazia decorrer da interdição ou inabilitação por anomalia psíquica um impedimento dirimente absoluto.

⁷ Cfr. MARGARIDA PAZ – “A Capacidade Jurídica...”, *Oh. Cit.*, p. 36.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Uma vez que o nosso estudo pretende analisar os maiores incapazes, quanto aos menores nada iremos referir.

¹⁰ Outros textos legais (que embora não versando em específico na dos direitos da pessoa com deficiência) tais como a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (artigo 6.º, n.º 3) e a Declaração dos Direitos dos Pacientes (artigo 5.º) também refletem esta autonomia. Disponíveis, respetivamente, em: <https://www.wma.net/> e <http://gddc.ministeriopublico.pt>.

¹¹ Merece especial atenção a legislação alemã que, a nosso ver, é um exemplo muito positivo nesta matéria. A 01-01-2023 entrará em vigor uma Lei sobre a reforma da Tutela e dos Cuidados (*Gesetz zur Reform des Vormundschaftsund Betreuungsrechts*). Disponível em: <https://www.bgbl.de>) que consagra, no artigo § 1821, o máximo respeito pelos desejos daquele que está a ser cuidado, ficando expressamente legislado, no n.º (1), que o *Betreuer* deve apoiar a pessoa incapaz, mas só fazer uso do seu poder de representação somente se for necessário. Ou seja, a representação assume caráter supletivo. E, no n.º (2), refere-se que o incapaz deverá poder organizar a sua vida de acordo com os seus desejos (na medida das suas possibilidades) e, por esse mesmo motivo, o *Betreuer* deverá cumpri-los (sem prejuízo de exceções previstas no n.º seguinte, mas, mesmo nesses casos, dever-se-á tentar determinar a vontade presumida, e agir em conformidade com ela).

¹² Diário da República n.º 146/2009, Série I de 2009-07-30. Disponível em: <https://dre.pt/>.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

Mas, como veremos infra, o nosso CC não cumpria os objetivos desta Convenção⁽¹⁶⁾, e só 9 anos após a sua aprovação e ratificação, foi elaborada a Lei 49/2018 de 14 de agosto⁽¹⁷⁾ que elimina os regimes da interdição e inabilitação, e cria o regime jurídico do maior acompanhado. Se antigamente a “incapacidade genérica”⁽¹⁸⁾ era a regra, “hoje é a exceção”⁽¹⁹⁾, partindo-se da “capacidade e não da incapacidade”⁽²⁰⁾, pretendendo-se preservar a autonomia do acompanhado, ao invés de se limitar injustificadamente a sua capacidade jurídica.

2.1) Uma mudança de paradigma

Ora, se analisarmos, ainda que brevemente, o antigo regime (e com base no já referido no início do presente capítulo) constatamos que é difícil a compatibilização dos artigos 138.º a 156.º do Código Civil⁽²¹⁾ com o disposto no artigo 12.º da CDPD. Tomem-se como exemplos os artigos 138.º e 141.º: o primeiro dita que certos sujeitos podem ser interditos do exercício dos seus direitos, e não somente do exercício de direitos patrimoniais, mas também de direitos pessoais, sem qualquer tipo

de adaptação do preceito à pessoa em concreto e às suas necessidades específicas não se revelando a medida, assim, adequada ou proporcional; o segundo inibia o interditando de escolher o seu tutor, privando-o de efetuar uma escolha relacionada com algo tão íntimo, e que a ele (mais do que a qualquer outra pessoa) dizia respeito.

Embora ainda subsista uma certa equiparação entre maior acompanhado e menor⁽²²⁾, e a possibilidade de ser decretada uma medida de acompanhamento geral, é possível verificar que o atual artigo 145.º do CC, ao referir que o acompanhamento se limita ao necessário⁽²³⁾, e deve ser adaptada a cada caso em concreto⁽²⁴⁾ (nomeadamente que a representação especial deve especificar quais os atos que carecem da intervenção do acompanhante) se harmoniza, em escala muito superior à antiga redação⁽²⁵⁾, com o disposto no número 4 do artigo 12.º da CDPD (e também com o artigo 18.º da CRP), pois, como analisámos, este impõe que “as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica” sejam proporcionais e ajustadas a cada pessoa em concreto e às suas necessidades⁽²⁶⁾. Contudo, o n.º 4 do atual artigo 145.º do CC, ao prever o instituto da representação, “afigura-se de difícil compatibilização com o *abandono da lógica de substituição* (...) que foi assumido nos documentos preparatórios do novo regime do maior acompa-

¹⁶ Que, nas palavras de MARGARIDA PAZ (MARGARIDA PAZ – “O Ministério Público e o Novo Regime do Maior Acompanhado” [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 114. [Consultado a 30-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0): “constitui a pedra angular do novo modelo a implementar e no qual o novo regime se funda”.

¹⁷ Diário da República n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14. Disponível em: <https://dre.pt/>.

¹⁸ Mafalda Miranda Barbosa (MAFALDA MIRANDA BARBOSA – “Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores”. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 63. [Consultado a 30-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0).

¹⁹ *Idem*, p. 67.

²⁰ *Idem*, p. 64.

²¹ Vide CC na versão anterior à entrada em vigor da Lei 49/2018 de 14 de agosto.

²² Veja-se o artigo 145.º n.º 5 do CC; e também os comentários feitos ao número 1 alínea a) por Paula Távora Vitor em: PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado* (coordenado por Ana Prata), Almedina, Coimbra, 2021, p. 185.

²³ Artigo 145.º, n.º 1 do CC.

²⁴ Artigo 145.º, n.º 2 do CC.

²⁵ Que dispunha, em termos gerais, que “O tutor deve cuidar especialmente da saúde do interdito” (artigo 145.º do CC na versão anterior à entrada em vigor da Lei 49/2018 de 14 de agosto), parecendo-nos que este não iria ter livre-arbítrio quanto a essas questões.

²⁶ Artigo 12.º, n.º 4 da CDPD.

nhado (...) e é exigido pela CDPD⁽²⁷⁾. Mas é possível compatibilizar a primeira norma referidas com as últimas duas se ela tiver somente uma *função supletiva* e “minimalista”, e se a representação geral for aplicada somente em “casos-limite”⁽²⁸⁾

Ademais, eram considerados incapazes as pessoas que padecessem das condições seguintes: *anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património*, desde que estes sintomas/deficiências impedissem a pessoa de reger o seu património, e/ou a si mesma⁽²⁹⁾. Isto significa que a pessoa seria privada do exercício dos direitos patrimoniais e pessoais, ou somente dos primeiros, consoante a gravidade da anomalia psíquica, deficiência, ou comportamento⁽³⁰⁾.

Parece-nos que a estas patologias estava associado um certo grau de incapacidade que, em verdade, com elas não se coaduna. Por exemplo, não nos parece que no hodierno um invisual tenha dificuldades no exercício dos seus direitos pessoais⁽³¹⁾ (ou sequer no exercício de direitos patrimoniais), nem que a prodigalidade e uso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes justifique expressa menção no CC. A este propósito, refere PAULA TÁVORA VÍTOR⁽³²⁾, com a qual concordamos, que “as *fôr-*

mulas anteriores” não se adaptavam ao “movimento de supressão destes pressupostos que se esteira nas opções subjacentes à Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas com Deficiência”.

Ao eliminar a panóplia de patologias referidas, o novo texto normativo (nomeadamente o artigo 138.º do CC) suprime uma certa associação legal (que sempre se revelou incorreta, a nosso ver) que a um cidadão com um certo tipo de deficiência e/ou comportamento é, ainda que hipoteticamente, aplicável uma medida de acompanhamento⁽³³⁾, constando da nova redação apenas os conceitos abertos “razões de saúde”, “deficiência” e “comportamento”⁽³⁴⁾. Esta foi uma mudança bastante positiva, pois não só deixou de se verificar uma certa predisposição para considerar uma pessoa com uma determinada deficiência como sendo incapaz⁽³⁵⁾, como passou a ser possível que pessoas com patologias que justificavam a aplicação de uma medida de acompanhamento, mas não eram abrangidas pelo teor legal, agora desta possam beneficiar⁽³⁶⁾. Em termos práticos, significa isto que, atualmente, a um grupo mais vasto de cidadãos é conferida a proteção legal do acompanhamento. No entanto, há que proceder com prudência. O facto de ser possível *encaixar* mais casos no preceito, não significa

97

²⁷ PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado... Ob. Cit.*, p. 184.

²⁸ Cfr. *Ibidem*, para mais acerca deste artigo, vide pp. 183 a 186.

²⁹ Vide os artigos 138.º (pessoas sujeitas a interdição do exercício de direitos pessoais e patrimoniais) e 152.º (pessoas sujeitas a inabilitação, que se traduzia na incapacidade de exercício somente de direitos patrimoniais) do CC (na versão anterior à entrada em vigor da Lei 49/2018 de 14 de agosto). Disponível em: <https://dre.pt/>.

³⁰ Vide nota de rodapé supra.

³¹ Principalmente se pensarmos que um direito pessoal pode ser, por exemplo, a escolha da profissão (vide artigo 147.º, n.º 2 do CC).

³² PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado... Ob. Cit.*, p. 138.

³³ E, como refere Mafalda Miranda Barbosa (MAFALDA MIRANDA BARBOSA – “Fundamentos, Conteúdo e Consequências...” *Ob. Cit.*, p. 64): “a taxatividade a que eramos conduzidos no quadro do regime da interdição e da inabilitação percebia-se pelo facto destas soluções implicarem de forma generalizante a supressão ou a limitação da capacidade de exercício do sujeito”.

³⁴ Artigo 138.º do CC; no mesmo sentido, vide PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado... Ob. Cit.*, p. 138; para informação detalhada, consulte-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA – “Fundamentos, Conteúdo e Consequências...” *Ob. Cit.*, pp. 65 e ss.

³⁵ Vide nota de rodapé n.º 29.

³⁶ Referimo-nos a patologias que, embora justificassem a aplicação de uma medida de acompanhamento, não eram abrangidas pelo teor legal; no mesmo sentido, vide Bruno Trancas, Ema Conde e Fernando Vieira, “O maior (des)acompanhado e as perícias médico-legais”, in *Julgar*. N.º 41, 2020, pp. 129 e 130.

que todo e qualquer *desvio comportamental* deva ser acautelado pelo Regime do Maior Acompanhado.

Como consequência desta *abertura* do regime, o julgador terá uma tarefa mais morosa, mas também muito mais ativa e discricionária, cabendo-lhe decretar de um modo detalhado e proporcional a medida de acompanhamento. Mas não só de um prisma positivo podemos analisar este artigo pois, de facto, o mesmo deve “ser interpretado de forma cautelosa”⁽³⁷⁾, para que esta discricionariedade não se converta no decretar de medidas de acompanhamento quando outra medida seria suficiente para acautelar os interesses do incapaz, ou no decretar de medidas de acompanhamento geral. Assim, revela-se de extrema importância interpretar, e aplicar, a norma obedecendo aos princípios da subsidiariedade e necessidade⁽³⁸⁾, e também às exigências processuais do artigo 892.º do Código de Pro-

cesso Civil⁽³⁹⁾. A título de resumo, e nas palavras da Autora suprarreferida: “só é admissível recorrer a este tipo de medidas se *em concreto* forem *necessárias* para permitir a plena participação no mundo jurídico e apresentarem *uma real vantagem*” para aqueles que “estariam potencialmente sujeitos a uma medida institucional de acompanhamento”⁽⁴⁰⁾.

Todo o referido, é aplicável sem prejuízo da existência de “*hard cases*” (coma, demência profunda...) que, de facto, justificam o decretar de uma medida de acompanhamento geral, não para limitar a pessoa, mas para a auxiliar no exercício dos seus direitos, como defendem doutrina⁽⁴¹⁾, e jurisprudência⁽⁴²⁾.

Mas, se assim o é na teórica, na prática as sentenças demonstram uma certa dificuldade na adap-

³⁷ PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado... Ob. Cit.*, p. 168.

³⁸ Vide *idem*, pp. 168 e 169; o princípio da subsidiariedade, neste contexto, significa que a medida de acompanhamento deve ser decretada em último caso ou, seja, somente se os deveres gerais de cooperação e assistência não forem suficientes para acautelar os interesses do maior (vide *idem*, p. 168 e o acórdão TRP n.º 3433/18.2T8MAI.P1, data 13-01-2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>); em relação ao princípio da necessidade, e segundo Mafalda Miranda Barbosa, (Mafalda Miranda Barbosa, “Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I/II, ano 78, pp. 237 a 239. Disponível em: <https://portal.oa.pt/>) ele traduz-se, precisamente, no facto de apenas se poder aplicar uma medida de acompanhamento quando ela for necessária, devendo esta somente restringir direitos do incapaz na estrita medida da sua necessidade: parte-se da capacidade e não da incapacidade; vide, também, o acórdão TRG, n.º 286/18.4T8MNC.G1, data 15-10-2020, cujo preâmbulo (apoiado na doutrina de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA) é: “A medida de acompanhamento de maior só é decretada se estiverem preenchidas duas condições: a) Uma condição positiva (orientada por um princípio de necessidade): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e, designadamente, uma das medidas enumeradas no art. 145º, n.º 2, CC; isto significa que, na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento; b) Uma condição negativa (norteada por um princípio de subsidiariedade): dado que a medida de acompanhamento é subsidiária perante os deveres gerais de cooperação e assistência (nomeadamente, de âmbito familiar) (art. 140º, n.º 2, CC), o tribunal não deve decretar aquela medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior”.

³⁹ Lei n.º 41/2013, Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26, alterado pela Lei n.º 49/2018. Disponível em: <https://dre.pt/>; acerca da análise desta norma, e porque não contém diretamente com o objeto do nosso estudo, vide PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado... Ob. Cit.*, p. 169.

⁴⁰ PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado... Ob. Cit.*, p.169; no mesmo sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA refere que (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “O Maior Acompanhado e o Consentimento para Atos em Saúde”, 2019. In: MONTEIRO, *Colóquio – O Novo Regime Do Maior Acompanhado*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2019, p. 20): “É papel da doutrina e da jurisprudência interpretar a norma de acordo com a Convenção de Nova Iorque e as medidas de acompanhamento devem ser apenas as necessárias e devem potenciar a autonomia da pessoa e não limitar essa mesma capacidade”.

⁴¹ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO – “Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 35. [Consultado a 28-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/>; no mesmo sentido, PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado... Ob. Cit.*, p. 184.

⁴² Por exemplo, e em relação à mudança de paradigma, no acórdão do TRL n.º 2039/19.3T8ALM.L1-8, data 28-05-2020 dispõe-se que: “era urgente consagrar medidas que pudessem auxiliar as pessoas com deficiência, mantendo estas a sua capacidade de exercício de direitos”, e no acórdão TRL n.º 3570/18.3T8FNC.L1-7, data 21-01-2020, refere-se que: “A alteração de paradigma está presente desde logo na designação, «medida de acompanhamento», com tónica na ajuda ao acompanhado, em vez das designações dos anteriores institutos conotados com a falta de capacidade”. Acórdãos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt>.

tação à nova lei⁽⁴³⁾, em mudar efetivamente o paradigma. Isto sem prejuízo de algumas decisões de segunda instância já primarem pela autonomia do incapaz⁽⁴⁴⁾. E esta dificuldade de adaptação não se

⁴³ Após análise de acórdãos, concluímos que algumas sentenças recorridas não primam pela autonomia, antes, assemelham-se a uma interdição, v.g. as decisões de primeira instância abordadas, e alteradas pelo Tribunal da Relação de Lisboa, nos acórdãos TRL, n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2, data 11-12-2019 e TRL, n.º 2669/19.3T8P-DL-A.L1-7, data 30-06-2020; o referido é sem prejuízo de, de facto, algumas decisões de primeira instância refletirem uma boa adaptação ao novo regime, veja-se, por exemplo, as notáveis decisões dos tribunais de primeira e segunda instâncias, presentes no acórdão TRP n.º 3433/18.2T8MAI.P1, data 13-01-2020, que não decretam a aplicação da medida de acompanhamento em respeito do princípio da subsidiariedade pois considerou-se que “A recorrida tem bem acompanhamento familiar, mantém competências que lhe conferem autonomia, apresentando, é certo, algumas limitações decorrentes da idade e do seu estado de saúde, que consideramos superadas pelo cumprimento por parte do seu filho, dos deveres gerais de cooperação e de assistência, nomeadamente com o apoio do Centro de Dia que a recorrida frequenta”. Acórdãos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁴ Acórdão TRL, n.º 3974/17.9T8FNC.L1-7, data 04-02-2020. Neste acórdão, decidem os Exmos. Magistrados pela alteração da sentença recorrida em matéria de exercício de direitos pessoais (decidindo-se pela capacidade para casar, aceitar e rejeitar liberalidades, entre outros), por se considerar que “A regra geral é de reconhecer a capacidade da pessoa humana para exercer de forma livre os seus direitos pessoais (Art. 147.º n.º 2 do C.C.), sendo as restrições ou limitações ao seu exercício a exceção, que sempre deverá ser bem fundamentada”; no acórdão TRL, n.º 4716/18.7T8FNC.L1-2, data 16-04-2020, trata-se também destas matérias da representação geral, denotando-se um conflito entre o MP e os magistrados do TRL: o primeiro considera que não há fundamento para a representação geral, os segundos consideram que há. Ambos apontam válidos e fortes argumentos, ou seja, saber se se deve decretar representação geral é bastante complexo e difícil. No entanto, cremos que talvez o caso pudesse ter sido resolvido de um modo mais fácil, justo e eficaz com recurso, por exemplo, a métodos científicos tabelados, que explicitaremos infra (Paul S. Appelbaum, “Assessment of Patients’ Competence to Consent to Treatment”, in *The new england journal of medicine*, n.º 357. 2007. Disponível em: <https://www.nejm.org>) que, de facto, permitem apurar o grau de incapacidade (aliás, o recurso a métodos científicos tabelados e precisos orientou a boa decisão, a nosso ver, proferida no âmbito do acórdão TRP n.º 3433/18.2T8MAI.P1, data 13-01-2020); acórdão TRL, n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2, data 11-12-2019: “A data em que foi proposta a presente ação, o deferimento da providência promovida acarretaria, de per si, a quase morte civil da requerida”, “Na sentença o tribunal decidiu aplicar à requerida, aliás em harmonia com o requerido pelo Público, uma medida de substituição, de representação geral” (decidiu o TRL, permitir à acompanhada o exercício de alguns direitos pessoais como, por exemplo, “A beneficiária poderá aceitar ou rejeitar liberalidades a seu favor, mediante prévio aconselhamento junto da sua acompanhante”; acórdão TRL, n.º 2669/19.3T8PDL-A.L1-7, data 30-06-2020, no qual requiere o MP a

traduz somente no decretar de uma medida mais restritiva do que o necessário, mas também no oposto, ou seja, não decretar qualquer medida, deixando-se o indivíduo desprotegido, como se verificou na sentença recorrida do acórdão do TRG, n.º 4046/17.1T8GMR.G1, de 16-01-2020⁽⁴⁵⁾, que foi alterada pelos Exmos. Magistrados deste tribunal, no sentido em que deveria ser aplicada uma medida de acompanhamento, mas denotando-se a preocupação dos mesmos em adequá-la às necessidades da pessoa em concreto.

No que ao objeto do nosso estudo diretamente diz respeito, ou seja, a capacidade para consentir em ato médico, pouca jurisprudência o aborda, apesar de ser uma questão de importante relevo prático. Mas, de facto, já houve decisões que se manifestaram em relação a esta matéria, embora não sendo a mesma o aspeto central do acórdão. Por exemplo, no acórdão TRL n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2 data 11-12-2019⁽⁴⁶⁾, que trata do acompanhamento de uma pessoa que “sofre de debilidade mental ligeira/moderada de caráter permanente” sem “testamento vital e/ou procuração para cuidados de saúde”, refere-se que “a exigência da redução a escrito do consentimento para intervenção médica pode ser suprida pela intervenção a rogo, com intervenção de notário (art.º 373.º do Código Civil)”, ou seja, resolve-se o problema dessa incapacidade, ficando determinado como a suprir. Mas, face às factuais do caso, não nos parece que a acompanhada necessite de auxílio para consentir

aplicação de medida de acompanhamento geral que, a nosso ver, e com todo o respeito pelos Excelentíssimos Senhores Magistrados, não se justifica pois, como se refere no acórdão, os exames médicos determinam que não existe “qualquer tipo de patologia de foro psíquica”, apenas padecendo o visado “de alcoolismo crónico aliado a falta de higiene pessoal, tratando-se de um caso social”. Acórdãos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

⁴⁶ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

em todas as intervenções médicas. Aliás, e passo a citar “Os factos apurados não permitem acantonar a requerida numa situação de mera passividade, de mera sujeição à vontade de terceiros” e, se assim o é, parece-nos que o eliminar da decisão de primeira instância na parte em que se refere a “Consignar que, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 5.º, n.º 3 da Lei 36/98, de 24/7 (Lei de Saúde Mental), a situação de acompanhamento de maior, declarada pela presente sentença, não faculta o exercício directo de direitos pessoais” significa que a pessoa manterá, no geral, a capacidade decisória naquele âmbito, sendo somente substituída quando não possa prestar consentimento informado⁽⁴⁷⁾.

Já no acórdão TRL n.º 4716/18.7T8FNC.L1-2, data 16-04-2020⁽⁴⁸⁾, é tratado um caso completamente diferente, pois, em função dos factos que foram dados como provados, facilmente se compreende que estamos perante um *caso limite*, que impossibilita a determinação da vontade (mesmo que hipotética, uma vez que a deficiência se manifesta desde os 6 meses, não existindo, assim um “período pós-deficiência” no qual a incapaz tivesse manifestado a sua vontade), motivo pelo qual os Exmos. Magistrados decidiram pela incapacidade de exercício de direitos pessoais. Mas não se ficaram por aí: explicitaram que o acompanhado não tem capacidade para consentir em qualquer ato médico, enfatizando a importância da expressa menção desta incapacidade na sentença. Citando

⁴⁷ Por outro lado, esta decisão também pode ser interpretada noutro sentido: o acompanhado será incapaz de prestar consentimento informado em relação ao efetuar de qualquer procedimento médico que exija o consentimento escrito, ficando-lhe vedada a possibilidade de consentir em atos invasivos *major* (entre todos os outros referidos na página 2 do Documento-Guia Sobre Consentimento Informado – Consentimento Para Actos De Diagnóstico e Terapêutica – ARS Norte. Disponível em: <http://www.arsnorte.min-saude.pt/>). Claro que esta interpretação é exagerada face ao grau de deficiência da acompanhada, não se revelando em harmonia com a CDPD.

⁴⁸ Disponível em: www.dgsi.pt.

HEINRICH EWALD HÖRSTER e EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA⁽⁴⁹⁾, refere-se que: “Todavia, do princípio de que os actos pessoais são livres e ao alcance da capacidade do maior, podem resultar prejuízos para ele. Pensemos no exemplo de o beneficiário ser chamado a decidir sobre intervenções cirúrgicas (suas ou dos filhos menores), quando a sentença não tenha previsto restrições ao exercício deste direito, não obstante o beneficiário não ser, efectivamente, capaz de ponderar todos os riscos, efeitos secundários, alternativas médicas, etc. Isto significa que o beneficiário (ou os seus filhos menores) poderá ficar desprotegido, por ser tratado pela lei como capaz, quando, efectivamente não o é”. Como é explicitado ao longo deste humilde estudo, a nossa posição é de permissividade, de preserva da capacidade na maior medida do possível. Mas, de facto, ignorar a existência destes *casos limite* seria desproteger o a pessoa com deficiência. Não havendo qualquer possibilidade de poder o incapaz consentir em ato médico, por se tratar de um *caso limite* irreversível, preferimos esta expressa menção na sentença de acompanhamento, ao invés de deixar o incapaz “à mercê de si mesmo”.

E esta menção é importante pois não coincide a capacidade de exercício, que se prende com a capacidade para a celebração de negócios jurídicos, com a “capacidade para consentir”⁽⁵⁰⁾, sendo esta última a que se reporta aos atos médicos, comportando sempre o efetivo conhecimento daquilo que se está a fazer e, por esse mesmo motivo, uma pessoa incapaz para consentir em ato médico é aquela que não compreende os fins e/ou o alcance dos

⁴⁹ *Apud.* A parte geral do CC português, 2.ª edição, Almedina, 2019, pág. 384.

⁵⁰ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias – O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004. Tese de Mestrado, pp. 87 e 88. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>.

tratamentos, e/ou aquela que se encontra impossibilitada de exercer a sua vontade, ou seja, aquele que não consegue prestar um cabal consentimento informado⁽⁵¹⁾. Por não serem conceitos dependentes *capacidade de exercício* e *capacidade para consentir*, a autonomia para tomar decisões médicas não encontra automaticamente uma exceção quando se cruza com pacientes com deficiência mental, devendo-se sempre dar a estes tanta autonomia quanto possível.

2.1) Como determinar a capacidade para consentir em ato médico

Se a determinação da capacidade de exercício já se revela uma árdua tarefa, ainda mais complexo é precisar se o maior acompanhado pode, ou não, consentir em ato médico. Primeiramente, cada ato médico terá um procedimento diferente, com especificidades que outro já não terá, e é necessário que o consentimento seja prestado em concreto, para um tratamento em específico, e nunca em abstrato. Ademais, um jurista não é um profissional de saúde⁽⁵²⁾ e, apesar de a nova redação ter afastado a obrigatoriedade da realização de perícias médicas para que se possa decretar uma medida de acompanhamento, consideramos nós que estas são essenciais para a descoberta do grau de incapacidade. Na verdade, e por serem tão importantes, os julgado-

res continuam a não prescindir da sua realização⁽⁵³⁾, sendo elas indispensáveis para que estes compreendam o alcance da incapacidade e, também, instrumentos preciosos para justificar o afastar do decretar de uma medida de acompanhamento geral.

Apesar da elevada relevância que estas perícias têm também na determinação da capacidade para consentir em ato médico, e de noutros países se encontrarem tabelados⁽⁵⁴⁾ métodos para a avaliar, em Portugal não parece ser usual a eles recorrer⁽⁵⁵⁾.

Para além da enorme importância dos exames periciais, a distinção entre intervenções *minor* e intervenções *major* também em muito pode orientar o julgador na determinação da capacidade para consentir em ato médico. Nessora, para que possamos indicar a pessoa que consideramos mais adequada para a tomada de decisões médicas em substituição do incapaz, teremos de dividir as intervenções médicas em dois “grupos”: intervenções *minor* e intervenções *major*. Sem esta delimitação, não pode-

101

⁵³ Vide, a título de exemplo, os acórdãos TRL n.º 2990/18.8T8FNC.L1-2, data 11-12-2019, o acórdão TRL n.º 2669/19.3T8PDL-A.L1-7, data 30-06-2020, e o TRP, n.º 3433/18.2T8MAI.P1 data 13-01-2020. Disponíveis em: www.dgsi.pt; sem prejuízo dos casos em que a realização das mesmas se revela totalmente desnecessário, pois a incapacidade é tão óbvia que a realização da perícia só iria causar desconforto ao incapaz, e gastar tempo e recursos (vide, a este propósito, o acórdão TRL n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2 data 11-12-2019). Acórdãos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>

⁵⁴ Paul S. Appelbaum, “Assessment of Patients’...” *Ob. Cit.* pp. 1836 e 137; recomenda-se que seja o *physician* a avaliar a capacidade do paciente para consentir em intervenção médica, uma vez que se encontra mais próximo a este podendo, por isso, tomar uma melhor decisão. Decisão essa que será tomada com base num sistema de perguntas e respostas, que se encontram tabelada, significando isto que a avaliação não é efetuada com base em critérios aleatórios, mas sim em dados empíricos, permitindo-se chegar a um “...appropriate balance between respecting the patient’s autonomy and protecting the patient from the consequences of a bad decision” (p.1836).

⁵⁵ Sem prejuízo de já serem utilizados em algumas decisões (v.g. o acórdão TRP n.º 3433/18.2T8MAI.P1, data 13-01-2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>).

⁵¹ Cfr. Geraldo Rocha Ribeiro, “A Decisão Médica No Âmbito Dos Cuidados De Saúde De Incapazes Adultos”, in *Lex Medicinæ*. Ano 14, n.ºs 27 e 28, 2017, p. 64.

⁵² Posição defendida no Acórdão TRG, n.º 1476/02-2 data 29-01-2003 que, embora anterior à entrada em vigor da Lei 49/2018 de 14 de agosto (quando o exame pericial ainda era obrigatório), já referia que “A existência ou inexistência de uma qualquer anomalia psíquica incapacitante, isto é, de uma anomalia psíquica de tal modo grave, que torne a pessoa inapta para se reger a ela própria e aos seus bens, traduz-se numa questão iminentemente técnica e que exige conhecimentos especiais que os julgadores, normalmente, não possuem. Por isso, os peritos médicos são, pela própria natureza das coisas, as pessoas mais habilitadas para se pronunciarem sobre tal questão”. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

remos coser o “*fato à medida*”⁵⁶), tão característico do novo regime legal.

De modo a evitar o *one size fits all*, consideramos deverem ser os requisitos de tomada de decisão do incapaz mais estritos quando se trate de intervenção *major*, e mais *acessíveis* (“deverá ser reservado o maior poder de decisão possível”⁵⁷) quando está em causa uma intervenção *minor*. Tomando como orientador o “Documento-Guia Sobre Consentimento Informado – Consentimento Para Actos De Diagnóstico e Terapêutica”, serão considerados como *major*, por exemplo: “biópsia, endoscopia com ou sem polipectomia, conização do colo do útero, sedação/anestesia, exsanguíneo-transfusão”⁵⁸). Ora, claro que qualquer uma destas intervenções comportará mais riscos para a saúde do paciente do que uma mera recolha de sangue ou uma ida ao dentista, por exemplo. Sem embargo, não só a amplitude dos riscos é relevante: se nós permitimos a um paciente com plena posse das suas faculdades mentais tomar decisões que comportem riscos, por que não devemos permiti-lo a um maior acompanhado com plena capacidade para decidir? A nosso ver, o que está em causa é, precisamente, essa capacidade para entender os riscos. Se um paciente compreende todos os riscos inerentes, mais ou menos graves, nem acompanhante nem familiares devem sobrepor-se à sua vontade.

Então, por que consideramos tão importante fazer-se esta distinção entre intervenções? Revela-se muito mais fácil para o paciente compreender o que se irá passar no decorrer de uma intervenção simples do que numa intervenção complexa, e

mesmo doentes com uma patologia mais grave poderão conseguir autodeterminar-se naquilo a que intervenções *minor* diz respeito.

Enfatizamos que é fundamental determinar a capacidade do paciente para consentir, adequada ao *tipo* de intervenção em causa⁵⁹. Nesta matéria o indispensável é, então, avaliar a capacidade e, na falta dela, proteger o paciente (recorrendo-se ao acompanhante, família, tribunal [no caso de intervenções não urgentes]): há que prestar uma maior atenção no caso de intervenções com riscos mais elevados, devendo-se ter a certeza de que o paciente realmente compreende o ato ao qual se quer, ou não, submeter, utilizando-se métodos⁶⁰ mais restritos para averiguar se, de facto, está a ser prestado um verdadeiro consentimento informado e esclarecido. Ou seja, o essencial é proteger, e não infantilizar ou limitar o âmbito de exercício de direitos pessoais.

Em sentido contrário a tudo o que tem sido referido e defendido, dispõe a Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24/07, alterada pela Lei n.º 49/2018, de 14/08) que, sendo “o utente dos serviços de saúde mental”⁶¹ um maior com acompanhado cuja sentença “não faculte o exercício direto de direitos pessoais”⁶², este não tem capacidade para tomar *quaisquer decisões* médicas. Modestamente, não poderemos considerar que esta lei tenha acolhido convenientemente os ideais que a CDPD pretende acautelar, não permitindo sequer ao paciente decidir se quer (ou não) realizar uma intervenção *minor*, mesmo que esta se traduza

⁵⁶ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO – “Das incapacidades” ... *Ob. Cit.*, p. 36.

⁵⁷ Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “O Maior Acompanhado...” *Ob. Cit.*, p. 106.

⁵⁸ Documento-Guia Sobre Consentimento Informado – Consentimento Para Actos ... *Ob. Cit.*

⁵⁹ Referimo-nos aos riscos e procedimentos de uma intervenção médica em específico, e também ao estado de saúde do paciente em concreto.

⁶⁰ Que, como temos vindo a defender, deverão estar tabelados e devem ser realizados por um profissional de saúde.

⁶¹ Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24/07, alterada pela Lei n.º 49/2018, de 14/08. Disponível em: <https://dre.pt/>), artigo 5.º n.º 1.

⁶² *Idem*, artigo 5.º n.º 3.

numa atuação muito simples, que o paciente efetivamente compreende, e pouquíssima evasiva. Também não se harmoniza com o disposto na Declaração dos Direitos do Paciente⁽⁶³⁾ que, no artigo 5.º, refere expressamente que o paciente capaz de fazer decisões racionais (ainda que *legally incompetent*) deve ser respeitado, e tem o direito de proibir que a informação acerca do seu estado de saúde seja transmitida ao seu representante legal. Consequentemente, o artigo 5.º da Lei da Saúde Mental nunca poderá ser interpretada de modo restritivo⁽⁶⁴⁾.

Consideramos que, se após uma conversa (ou várias conversas) com os profissionais de saúde⁽⁶⁵⁾, está o paciente informado acerca dos riscos da intervenção médica, e é capaz de prestar um cabal consentimento informado e esclarecido, deverá ser ele a fazê-lo, independentemente de a medida de acompanhamento decretar a limitação do exercício de direitos pessoais. Não obstante, ter-se-á de proceder com extrema cautela neste último caso, pois uma medida de acompanhamento é (ou deveria sempre ser) uma proteção do incapaz, sendo por vezes necessário protegê-lo de si mesmo. Nesta senda, importa perceber como proceder quando se verifica, e comprova (ou se deveria comprovar) que há uma incapacidade para consentir.

⁶³ Disponível em: <https://www.wma.net/>.

⁶⁴ Não concordamos, portanto, com a decisão de primeira instância, presente no acórdão TRL n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2 data 11-12-2019, que dispõe, de modo geral e sem qualquer interpretação restritiva ou adaptação ao caso em concreto que “nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 5.º, n.º 3 da Lei 36/98, de 24/7 (Lei de Saúde Mental), a situação de acompanhamento de maior, declarada pela presente sentença, não faculta o exercício directo de direitos pessoais”. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Tanto não é correto recorrer a este preceito nestes termos, pois não se coaduna nem com os objetivos da nova lei nem com a CDPD, que os Exmos. Magistrados do TRL decidiram pelo eliminar desse conteúdo.

⁶⁵ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias – O Consentimento... *Ob. Cit.*, p. 40; cfr. atual artigo § 1901b (1) do *Bürgerliches Gesetzbuch*. (Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/>, doravante BGB) (futuro artigo § 1828).

3) A incapacidade

3.1) Portugal

Chegados à conclusão de que, verdadeiramente, a pessoa é incapaz de consentir em ato médico, importa determinar quem, e como, o irá substituir⁽⁶⁶⁾. No entanto, quando nos referimos a “substituir”, queremos dizer a substituição apenas de uma pessoa, e não da sua vontade: deverá sempre encontrar-se preservada a decisão que o indivíduo tomaria se se encontrasse em condições de a prestar. Deverão prevalecer as crenças e escolhas do paciente, não as do seu representante, mantendo-se intacto (na maior medida possível) o seu arbítrio⁽⁶⁷⁾. Ou seja, o seu substituto deverá sê-lo no sentido em que se coloca na sua posição, tomando as decisões que ele tomaria. Defendemos que se deve proceder sempre deste modo e, mesmo quando a decisão acarrete perigo para a vida do incapaz, deve a sua autonomia ser respeitada: se este tomaria determinada decisão encontrando-se capaz, ninguém deverá optar por solução diferente em estado de incapacidade⁽⁶⁸⁾.

⁶⁶ Na aceção estrita da palavra, e nunca no sentido que lhe era conferido pela antiga redação legal pois, atualmente, prima-se pelo acompanhamento, não pela substituição (vide, a este propósito: MARGARIDA DOS PRAZERES BELEZA – “Brevíssimas Notas Sobre a Criação do Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, pp. 15 e 16. [Consultado a 30-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0).

⁶⁷ No mesmo sentido, vide: MARGARIDA PAZ – “O Ministério Público...” *Ob. Cit.*, p. 121.

⁶⁸ Perfilhamos a opinião de PEREIRA, André Gonçalo Dias – O Consentimento Informado... *Ob. Cit.*, p. 142; como será explicitado infra, na Catalunha existe uma lei que consagra esta ideia (artigo 7.º, n.º 4 da Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. Disponível em: <https://www.boe.es/>): “En los casos de substitución de la voluntad del afectado, la decisión debe ser la más objetiva y proporcional posible a favor del enfermo y de respeto a su

Mas, e agora aqui chegados, encontramos um terrível obstáculo: o Código Civil não oferece qualquer resposta para as nossas interrogações. Apesar de se traduzir a nova lei numa clara melhoria no sentido da proteção dos direitos da pessoa com deficiência e da sua autonomia, sendo, portanto, uma lei satisfatória na sua globalidade⁽⁶⁹⁾, quanto ao Direito Médico, (quase) nada ficou regulado.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina não *ajuda*, pois remete para a lei interna de cada país⁽⁷⁰⁾. Ficamos confinados aos códigos deontológicos, por exemplo o Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁽⁷¹⁾ que, no artigo 46.º, refere como proceder nos casos de incapacidade: em primeiro lugar, devem-se respeitar as DAV (Diretivas Antecipadas de Vontade); acrescenta-se que há um dever de se “ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer”⁽⁷²⁾, ou seja, deve-se manter o mais intacta possível a *esfera* da vontade do paciente, não se devendo efetuar tratamentos que se sabe que este nunca autorizaria se estivesse

consciente⁽⁷³⁾; avança o preceito com uma menção aos representantes legais ou familiares, que têm um papel muito importante: devem colaborar com o médico, ajudando a *descortinar* a vontade do paciente; finaliza-se com outra alusão aos interesses do doente: caso os familiares ou representante legal pretendam tomar uma decisão a estes contrária, deverá o médico “requerer o suprimento judicial de consentimento”⁽⁷⁴⁾. Este n.º 6 do artigo 46.º pode-se revelar desnecessário e, como afirma ANDRÉ DIAS PEREIRA, recorrer ao MP no caso de intervenções que são simples “poderá ser uma metodologia pouco eficaz de um procedimento que se quer expedito, célere”⁽⁷⁵⁾. Por outro lado, se estivermos perante uma urgência, também não é adequado o recurso ao MP, uma vez que não há tempo para tais formalidades. Apesar da exigência de burocracias desnecessárias, é este um Código Deontológico muito atencioso às necessidades práticas, e incide o seu núcleo essencial na proteção da vontade do doente⁽⁷⁶⁾, e bem.

Sem prejuízo da existência deste excelente Código Deontológico, denotamos uma enorme falta de regulação nas matérias de Direito Médico⁽⁷⁷⁾; lacunas que poderiam ter sido supridas em 2018, com a entrada em vigor do novo regime. Porém, a lei civil continua a revelar-se omissa: nada referen-

dignidad personal.”, e também na Alemanha há legislação neste sentido, no artigo § 1901a do BGB.

⁶⁹ PAULO MOTA PINTO, “Valor Jurídico...” *Ob. Cit.*, p. 136.

⁷⁰ Vide o artigo 6.º n.º 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina. Disponível em: <http://gddc.ministerio-publico.pt/>; e “Consentimento Informado — “Relatório Final...” *Ob. Cit.*, p. 47.

⁷¹ Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/> (doravante somente “Código Deontológico da Ordem Dos Médicos”).

⁷² Artigo 46.º n.º 4 do Código Deontológico da Ordem Dos Médicos.

⁷³ O caso de *escola* das Testemunhas de Jeová é um exemplo excelente do que deverá ser a aplicação prática do preceito: sabendo-se que o paciente pratica esta religião, não se deve efetuar uma transfusão de sangue (Documento-Guia Sobre Consentimento Informado – Consentimento Para Actos ... *Ob. Cit.*).

⁷⁴ Artigo 46.º n.º 6 do Código Deontológico da Ordem Dos Médicos.

⁷⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – O Consentimento Informado... *Ob. Cit.*, p. 155; em França, como veremos infra, a *loi du 23 mars 2019* pretende precisamente minimizar estes formalismos.

⁷⁶ Indo ao encontro dos ideais de autonomia dispostos na CDPD.

⁷⁷ Vide PEREIRA, André Gonçalo Dias – O Consentimento Informado... *Ob. Cit.*, p. 155, nota de rodapé n.º 595; e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “O Maior Acompanhado...” *Ob. Cit.*, p. 208.

te ao consentimento informado se encontra nela legislado, podendo-se constatar que, no nosso CC, e respeitantes concretamente à saúde, na subsecção reservada ao maior acompanhado, só encontramos um artigo. E este legisla somente o *internamento*⁽⁷⁸⁾.

E não só no respeitante ao Maior Acompanhado é a lei omissa, também em relação a incapacidades pontuais não encontramos respostas satisfatórias, significando isto que não há uma norma civil que indique aos profissionais de saúde quem devem procurar para suprir o consentimento do incapaz, caso a situação não se traduza numa urgência tal que qualquer tentativa de contactar familiares ou entes queridos se traduza na morte do paciente⁽⁷⁹⁾. Não obstante, e muito graças aos contributos da doutrina⁽⁸⁰⁾, o papel dos familiares e entes queridos revela-se muito importante para a descoberta da vontade do incapaz, sendo estes um auxílio precioso para os profissionais de saúde. No entanto, não basta sermos conhecedores do importante papel dos familiares, é necessário legislar, especificar.

Atente-se que poderíamos não ter ficado com um *vácuo legal*, uma enorme lacuna, naquilo que à (in)capacidade para consentir em atos de saúde diz respeito, pois foi elaborada, pelo Centro de Direito da Família, uma proposta de lei completíssima, que atendia às especificidades do Direito Médico, e da qual faz parte o artigo 156.º-D, cuja epígrafe é “Cuidados de saúde”⁽⁸¹⁾, que se refere precisamente ao consentimento informado.

⁷⁸ Artigo 148.º do CC que, sem entrar em pormenores pois extravasa a problemática em apreço, também nos parece demasiado vago e aberto a interpretações legais menos adequadas.

⁷⁹ Sem prejuízo da existência de DAV, que devem ser respeitadas em *primeira linha*.

⁸⁰ A título de exemplo, vide André Gonçalo Dias – O Consentimento Informado... *Ob. Cit.*, 155.

⁸¹ Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade (Versão Final) – Centro de Direito da Família (Paula Vítor e Geraldo Ribeiro),

Neste artigo refere-se que o curador⁽⁸²⁾ pode suprir a “falta de capacidade do beneficiário para consentir”, no entanto, necessita de autorização do juiz para recusar ou revogar tratamentos, e intervenções, “cuja falta de realização ou interrupção” comporte “perigo de morte ou de grave e irreversível dano para a saúde do beneficiário”, ficando esclarecido que não pode o curador tomar decisões passíveis de colocar em risco a vida do incapaz sem que o tribunal se pronuncie⁽⁸³⁾. *A contrario sensu*, será dispensável o recurso ao tribunal quando a decisão (favorável/não favorável no sentido da realização/não realização de um tratamento/intervenção) não se traduza no *gerar* de uma situação de perigo para a vida do paciente.

Podemos facilmente constatar que um dos problemas mais importantes fica resolvido: quem atua em caso de incapacidade? O curador. Assim se sabe, sem demais problemas e *passeios ao tribunal*, quem deve consentir em ato médico. Este artigo ficou à *marginem* do CC, perpetuando-se a confusão e incógnita. Sem dúvida que a Lei do Maior Acompanhado carece fortemente de disposições legais do âmbito do Direito da Medicina.

Outra opção não nos resta, senão tentar procurar soluções nas doutrinas estrangeira e portuguesa, e na legislação estrangeira.

3.2) Soluções estrangeiras

3.2.1) Alemanha

Para analisar a legislação deste país, teremos de efetuar uma abordagem bipartida: legislação atualmente em vigor, e legislação que entrará em vigor

⁸² *Nomen Iuris* “alternativo” a *maior acompanhado*.

⁸³ Regime semelhante ao do Artigo § 1904 (1) e (2) do BGB (futuramente artigo § 1829), como iremos constatar *infra*.

somente em 01-01-2023⁽⁸⁴⁾; a Lei sobre a reforma da Tutela e dos Cuidados de 4 de maio de 2021 (*Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*⁽⁸⁵⁾), cuja elaboração foi motivada, maioritariamente⁽⁸⁶⁾, por contributos da doutrina, que revelaram a necessidade de reforçar a autodeterminação da pessoa com deficiência, para que se atenda de modo satisfatório às exigências do artigo 12.º da CDPD⁽⁸⁷⁾.

3.2.1.1 Regime de acompanhamento civil (*Rechtliche Betreuung*)

Diferentemente do que sucede em Portugal, na Alemanha o legislador não olvidou as especificidades do Direito Médico. Na verdade, trata o BGB de várias matérias desta área⁽⁸⁸⁾, inclusive o consentimento informado.

Diz-nos o atual artigo § 1901a⁽⁸⁹⁾ (1) que, em momento de incapacidade, deverá prevalecer a vontade anteriormente estipulada pelo paciente por escrito quando se encontrava capaz, significando isto que em primeiro lugar se apura se existe Diretiva Antecipada de Vontade, sendo sempre confirmado se a vontade ali expressa ainda é atual; no número (2), estipula-se que, não havendo DAV, não se verificando a sua atualidade, ou não se refe-

rindo esta ao tratamento em questão, o acompanhante terá o dever de informar os profissionais de saúde acerca da vontade presumida do doente, que terá sempre de ser aferida em concreto, com base nas crenças (religiosas, éticas...) deste, e possíveis documentos por ele redigidos em momento de capacidade; o número (3) esclarece que este é o modo de proceder para qualquer tratamento médico, em qualquer fase em que este se encontre.

Estes artigos aplicam-se também a representantes autorizados por lei, aditando-se que o paciente nunca é obrigado a redigir um testamento vital, mas, caso o queira fazer, o seu acompanhante deverá auxiliá-lo nessa tarefa [(4), (5), (6)]. Para que se proceda a um cabal apuramento da vontade presumida do paciente, terá de ser efetuada uma entrevista, na qual participarão o médico, o acompanhante e, caso se afigure necessário, também poderão ser chamados familiares e entes queridos do paciente⁽⁹⁰⁾. Esta vontade é esclarecida em relação ao tratamento em específico, ou seja, pretende-se saber se o paciente concordaria com uma certa e determinada intervenção médica⁽⁹¹⁾.

Quanto às intervenções médicas que podem comportar riscos para o paciente, é necessária intervenção judicial, quer em caso de recusa de consentimento por parte do acompanhante, quer em caso de consentimento⁽⁹²⁾; mas, quando se prove que o efetuar/não efetuar do procedimento médico corresponde à vontade do acompanhado, tem o tribunal de aprovar o pedido, é um dever⁽⁹³⁾. Será

⁸⁴ Motivo pelo qual ainda merece análise o atual sistema; e, também, porque nos artigos analisados poucas novidades são introduzidas.

⁸⁵ Disponível em: <https://www.bgb.de>.

⁸⁶ Para conhecimento aprofundado, consultar: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Gesetzgebungsverfahren 21. mai 2021 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts. Disponível em: <https://www.bmjv.de/>.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Artigos § 1901a e § 1901b e § 1904 e ss do BGB (todos manterão seu conteúdo após a entrada em vigor da Lei sobre a reforma da Tutela e dos Cuidados, mas passarão a corresponder, respetivamente, aos artigos § 1827, § 1828 e § 1829).

⁸⁹ Como foi referido, este artigo manterá o conteúdo atual, mas passará a epigrafe a dispor “*Patientenverfügung; Behandlungswünsche oder mutmaßlicher Wille des Betreuten*”, ao invés de dispor somente “*Patientenverfügung*”.

⁹⁰ Artigo § 1901b (1) e (2) do BGB (futuro artigo § 1828).

⁹¹ Artigo § 1901b (1) do BGB (futuro artigo § 1828); deverá o médico ser informado que, em relação a um procedimento em concreto, terão de ser encontradas alternativas; o disposto neste artigo poderá ser aplicado, também, a representantes legalmente autorizados para o efeito [(3)].

⁹² Artigo § 1904 (1) e (2) do BGB. (futuro artigo § 1829).

⁹³ Artigo § 1904 (3) do BGB (futuro artigo § 1829).

dispensada a aprovação do tribunal quando existirem DAV⁽⁹⁴⁾, não sendo sequer necessário que a causa seja por este apreciada. Finalmente, no que a tratamentos coercivos diz respeito, a lei indica bastantes critérios cumulativos para que possam ser efetuados⁽⁹⁵⁾.

3.2.1.2) Incapacidade decorrente de acidente ou doença repentina

Recentemente, e apesar de não ter sido uma mudança pacífica, também a difícil questão de saber quem deve decidir nos casos de incapacidade decorrente de acidente ou doença repentina, viu uma possibilidade de resolução⁽⁹⁶⁾: na falta de instrumento que declare a vontade, deverá ser o cônjuge ou o unido de facto a tomar a decisão⁽⁹⁷⁾. No que à “nova lei” (*Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*) diz respeito, é de referir que, efetivamente, esta atuação do cônjuge será contemplada na lei civil (BGB), criando-se um direito legal recíproco de representação nas questões de saúde (§ 1358 *Gegenseitige Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitsorge*⁽⁹⁸⁾) que abrange, entre outras⁽⁹⁹⁾, a faculdade de consentir (ou não) em exames, tratamentos, e intervenções médicas.

Destarte, poderá um cônjuge representar o outro em questões relacionadas com a sua de saúde quando ele estiver temporariamente impossibilitado de o fazer, por motivos de inconsciência ou doença. Naturalmente que este direito ficará excluído em algumas situações, por exemplo, se os cônjuges viverem separados, se houver sido nomeada outra pessoa para exercer as funções de representação, ou se o cônjuge se recusar a ser representado⁽¹⁰⁰⁾.

Seguindo a posição, ainda que moderadamente e com reservas, de todos aqueles que se opuseram à entrada em vigor desta lei⁽¹⁰¹⁾, (e ainda antes de ser conhecido o conteúdo da Lei sobre a Reforma da Tutela e dos Cuidados), também nós não somos totalmente favoráveis a um regime no qual o cônjuge detém o poder de tomar as decisões. Cremos que não deve o cônjuge ser submetido a tal pressão pois esta, e mesmo não sendo ele obrigado a decidir⁽¹⁰²⁾, pode conduzir a estados mentais de inquietação e angústia; seguidamente, não nos esqueçamos que faz parte da condição humana uma certa *maldade*, que poderia conduzir à tomada de decisões opostas à vontade do incapaz por parte do seu cônjuge (basta que se pense numa *crise na relação*). Deste modo, não defendemos que deva ser introduzida, em qualquer ordenamento jurídico, uma disposição que dite que deve ser o cônjuge a tomar a

⁹⁴ Artigo § 1904 (4) do BGB; (futuro artigo § 1829) também este artigo se aplica a representantes legalmente autorizados para o efeito [(5)].

⁹⁵ Para conhecimento aprofundado, vide o artigo § 1906^a (1), 1^o, 2^o, 3^o, 4^o, 5^o, 6^o, 7^o (passará a corresponder ao artigo § 1832, com o mesmo conteúdo, mas a epígrafe muda de “*Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen*” para “*Ärztliche Zwangsmaßnahmen*”).

⁹⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten und Lebenspartnern in Angelegenheiten der Gesundheitsorge und in Fürsorgeangelegenheiten – Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), 17/05/2017. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>.

⁹⁷ Vide Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten und Lebenspartnern in Angelegenheiten der Gesundheitsorge und in Fürsorgeangelegenheiten – Bundesrat, 30/11/2016. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>.

⁹⁸ Pode ser consultada em: <https://www.buzer.de>.

⁹⁹ Vide Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (VBRRRefG k.a.Abk). Disponível em: <https://www.buzer.de>.

¹⁰⁰ Deutsches Notarinstitut – Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts verabschiedet, 16. April 2021. Disponível em: <https://www.dnoti.de/>; neste último caso, poderá ser levantada uma objeção (ZVR, cf. § 1 parágrafo 1 n.º 7 VRegV nova versão); vide, para mais, Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (VBRRRefG k.a.Abk). Disponível em: <https://www.buzer.de>.

¹⁰¹ Médicos, pacientes, e até o Governo Federal; vide Deutscher Bundestagbundesrat will automatisches Vertretungsrecht für Ehegatten, 16/02/2017. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>; Augsburgsburger Allgemeine – Wer darf im medizinischen Notfall entscheiden? Disponível in: <https://www.augsburger-allgemeine.de/>; e Deutscher Bundestag – Kontroverse um automatisches Vertretungsrecht des Ehegatten, 03/08/2017. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>.

¹⁰² Jörn Hauß – Wer darf im medizinischen Notfall entscheiden?, in: <https://www.augsburger-allgemeine.de/>.

decisão. Não obstante, os motivos que conduziram todas estas iniciativas legislativas são bastante nobres e atuais: pretendia-se acautelar situações inesperadas de incapacidade, uma vez que a população não tem por hábito recorrer às DAV e *prevenir a ve-hlice/incapacidade*⁽¹⁰³⁾; pensamos que, talvez, a *falha* tenha sido direcionar a lei para os cônjuges porque, de facto, o legislador alemão está consciente não só das necessidades da sua população, mas também que as emergências médicas são uma realidade que carece de legislação.

Como referiu o Ministro da Justiça, WOLF⁽¹⁰⁴⁾, há muitos anos que se trabalhava para reduzir as exigências burocráticas nesta matéria sensível, passando (a partir de 2023) a ser possível representar o cônjuge sem necessidade de recorrer a quaisquer procedimentos judiciais. É evidente que esta é uma mudança positiva e bem pensada, e que, de facto, vai facilitar muito a vida prática, mas, e pelos motivos referidos, talvez o cônjuge não seja a pessoa mais adequada para exercer o papel de *representante*.

3.2.2. Catalunya

3.2.2.1. Ley 21/2000, de 29 de diciembre: internamento, incapacidade inesperada, e incapacidade legal

Na Catalunya, a *Ley 21/2000, de 29 de diciembre*, tomando como ponto de partida os direitos dos pacientes e a sua importância⁽¹⁰⁵⁾, define com precisão a que situações se aplicará o “consentimiento por substitución”, propondo-se soluções diferentes para cada circunstância em concreto. Refere a lei

que será possível prestar este consentimento nos seguintes casos⁽¹⁰⁶⁾: (1) incapacidades “inesperadas” (artigo 7.º, n.º 2, a)), por exemplo decorrentes de um acidente ou coma, ficando definido que deverão ser familiares ou entes queridos a tomar a decisão; (2) incapacidades legais (7.º, n.º 2, b)), às quais deva ser aplicado o disposto no *artículo 219 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia*⁽¹⁰⁷⁾, ou seja, a necessidade de autorização judicial da “persona titular de la tutela”⁽¹⁰⁸⁾ para internar o incapaz, ou realizar tratamentos passíveis de colocar em risco a sua integridade física ou psíquica; (3) quando o doente se encontre internado por motivos de ordem psiquiátrica (7.º, n.º 3, c)), aplica-se o disposto no *artículo 255 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia*, no qual se refere, também, a necessidade de autorização judicial para que se proceda ao internamento, acrescentando-se que nos casos em que a pessoa for internada de modo urgente não é necessária esta autorização, mas o diretor do centro onde a pessoa foi internada deve informar o juiz para que este, num prazo máximo de vinte e quatro horas (e justificando convenientemente a sua decisão), determine se o internamento se mantém ou se extingue. Destarte, estas normas permitem-nos saber, em concreto, quais os casos em que serão válidos o *consentimiento por substitución* e o internamento compulsivo.

Também consideramos extremamente importante o artigo 7.º, n.º 4, no qual se refere que nos casos em que há necessidade de substituir a vontade do paciente (*consentimiento por substitución*) “la decisión debe ser la más objetiva y proporcional

¹⁰³ Entwurf eines Gesetzes... *Ob. Cù.*

¹⁰⁴ Baden-Württemberg – Bundesrat beschließt Notvertretungsrecht für Ehegatten, 26-03-2021. Disponível em: <https://www.baden-wuerttemberg.de/>.

¹⁰⁵ Para mais, vide o preâmbulo da referida *Ley 21/2000, de 29 de diciembre*. Disponível em: <https://www.boe.es/>.

¹⁰⁶ Não iremos analisar os preceitos que a menores dizem respeito.

¹⁰⁷ Artigo 7.º, n.º 2, b) da *Ley 21/2000, de 29 de diciembre*.

¹⁰⁸ *Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia*, que pode ser consultada em: <https://www.boe.es/>.

posible a favor del enfermo y de respeto a su dignidad personal” e, ainda mais relevante, “el enfermo debe intervenir tanto como sea posible en la toma de decisiones”. Embora nos pareça óbvio que é somente assim que se deve proceder, legislar neste sentido nunca será desnecessário, nomeadamente para que não subsistam dúvidas que deve ser a vontade do paciente o *critério guia* na tomada da decisão, e se garanta que este, sempre que possível, nela participe.

3.2.2.2. Código Civil de Catalunha: tutela e curatela

No Código Civil da Catalunha⁽¹⁰⁹⁾ encontramos duas figuras, com vista a acautelar diferentes situações de incapacidade: tutela⁽¹¹⁰⁾ e curatela⁽¹¹¹⁾. Em relação à primeira, e quer se trate de menores ou de maiores acompanhados⁽¹¹²⁾, dispõe o artigo 222-47 que a tutela não abrange o exercício de direitos de personalidade, bem como aqueles direitos que o tutelado possa exercer sozinho. Também estarão excluídos os atos que se traduzam num conflito de interesses entre tutelado e tutor, e aqueles que não façam parte dos poderes deste, presentes nos artigos 222-41 e 222-42. Quanto à curatela, esta encontra-se reservada para os casos em que a tutela não é adequada para acautelar os interesses do incapaz⁽¹¹³⁾. Dita o artigo 223-4.1 que o curador não tem poderes de representação em relação à pessoa posta em curatela, apenas lhe competindo

completar a capacidade dela. No entanto, pode ele exercer a administração ordinária de “*determinados aspectos*” do património do beneficiário da medida, quando se verifique que este, para tal, não tem capacidade⁽¹¹⁴⁾.

Posto isto, não nos parece que uma pessoa à qual tenha sido aplicada medida de tutela ou curatela não possa autodeterminar-se no âmbito do consentimento informado. Aliás, no que a matérias de Direito Médico diz respeito, é reservado no Código Civil um capítulo para a “*Autonomía de la persona em el ámbito de la salud*”, que aponta precisamente neste sentido, ao referir-se que “Las personas mayores de dieciséis años (...) que tengan una madurez intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la intervención en su salud deben dar el consentimiento por sí mismas, salvo en los casos en que la legislación de ámbito sanitario establece otra cosa”⁽¹¹⁵⁾, ou seja: presume-se que todos os adultos capazes de compreender o ato médico ao qual se vão sujeitar serão capazes de prestar consentimento, só não sendo assim quando a lei especificamente o expressar.

3.2.3 França

3.2.3.1 Majeur Protégé

Em relação ao *majeur protégé*, importa referir que as disposições que a este se aplicam estão reguladas no *Code Civil*⁽¹¹⁶⁾, nos artigos 415 a 424, ficando claro logo nesse primeiro que o maior pode ser auxiliado tanto no exercício de direitos pessoais como patrimoniais, sendo sempre respeitada a sua liberdade, direitos fundamentais e digni-

¹⁰⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Disponível em: <https://www.boe.es/>.

¹¹⁰ Artigos 222-1 e ss.

¹¹¹ Artigos 223-1 e ss.

¹¹² Artigo 222-1; no artigo 222-2.1 refere-se que a vontade daquele que tenha nomeado alguém (nos termos do artigo 222-4) para o representar será respeitada, só sendo nomeado tutor se não houver sido indicada uma pessoa em específico pelo incapaz, em momento de capacidade.

¹¹³ Também se pode aplicar a medida aos menores, neste caso emancipados (223-1, alínea a) e aos pródigos (223-1 alínea c)).

¹¹⁴ Artigo 223-6.

¹¹⁵ Artigo 212-2.1.

¹¹⁶ *Code Civil* – Création Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

dade. Acresce que a medida de acompanhamento pretende acautelar o interesse do incapaz, e que a sua autonomia deve ser respeitada na maior medida possível. Recentemente, foi reforçada esta autonomia, através da *loi du 23 mars 2019*⁽¹¹⁷⁾. A principal alteração efetuada foi a diminuição das situações que exigem recurso ao tribunal para que o maior possa praticar um ato; por exemplo, antes da vigência desta lei era necessária autorização do juiz para que o incapaz pudesse casar, ou até modificar e encerrar contas bancárias⁽¹¹⁸⁾. Como refere GÉRALDINE SAVART: “Cette loi a permis de renforcer l’autonomie du majeur protégé et de le replacer au centre des décisions qui le concernent”⁽¹¹⁹⁾. No que ao ato médico respeita, esta norma veio diminuir, também, os casos em que se deve recorrer a tribunal, reconduzindo-as a uma só: quando acompanhante a acompanhado estiverem em desacordo. Assim sendo, e com exceção das situações de urgência, o juiz não irá determinar a realização, ou não realização, do ato médico, somente qual a pessoa indicada para tomar esta decisão⁽¹²⁰⁾. Sem embargo, não é nesta lei que se dispõe diretamente a matéria do consentimento informado nos casos em que o paciente é um *majeur protégé*. É no *Code de la santé publique* que encontramos respostas.

¹¹⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Disponível em: <https://www.legi-france.gouv.fr/>.

¹¹⁸ Cfr. Damien Arnaud – *De nouvelles règles pour les majeurs protégés*, 2020. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/>.

¹¹⁹ Entrevistada pelo Ministère de la Justice em: Damien Arnaud – *De nouvelles... Ob. Cit.*

¹²⁰ Cfr. Ministère de la Justice – Circulaire de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, 25-03-2019. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/>; artigo 459 do *Code Civil* (na parte final refere-se que nas emergências não pode o acompanhante “prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l’intégrité corporelle de la personne protégée ou à l’intimité de sa vie privée”).

No artigo R4127-42 estabelece-se que o médico deverá procurar obter o consentimento junto do *représentant legal*⁽¹²¹⁾ e, face a uma emergência, na qual este consentimento é impossível de obter, deverá o médico prestar os cuidados que considerar necessários. Acrescenta-se, ainda, que sempre que for possível deverá ser tida em conta a vontade do *majeur protégé*.

3.2.3.2. Incapacidade decorrente de acidente ou doença repentina

A lei francesa é extremamente organizada, tratando em artigos diferentes as situações de emergência pontual e as de *incapacidade prolongada*. No artigo R4127-36 do *Code de la santé publique* fala-se da capacidade para prestar consentimento nas situações em que a pessoa não é um *majeur protégé*, mas alguém que sofreu um evento (acidente, por exemplo) que o deixou incapaz de prestar consentimento num momento pontual. Para estas situações, refere-se que o médico não poderá intervir sem que uma pessoa de confiança, ou um familiar, tenha sido informado e avisado, salvo em caso de impossibilidade de contactar alguma destas pessoas, ou em situação de urgência⁽¹²²⁾.

3.2.4. Breve ilação

A título conclusivo, podemos afirmar que nos dois países e na região autónoma brevemente analisados, há uma vertente comum: a participação de familiares na tomada de decisão acerca da realização, ou não realização, da intervenção médica. Principalmente no que a situações de emergência concerne, este papel da família é fundamental para que o médico possa *descortinar* a vontade do pacien-

¹²¹ Salvo nos casos do artigo L1111-5, que trata de menores, motivo pelo qual não o iremos analisar.

¹²² Artigo R4127-36.

te e saber qual o caminho que deverá seguir.

Quando não há medida de acompanhamento, na Alemanha é figura principal o cônjuge (tanto em emergências, como em doenças prolongadas que se manifestam de um modo galopante), enquanto que na Catalunha mencionam-se as pessoas que possam estar indicadas para o efeito em documentos que expressam a vontade, entes queridos (entre outros), e também em França têm um importante papel os familiares.

Havendo medida de acompanhamento, e em relação aos casos que não se traduzem em emergências, refere o BGB que em caso de incapacidade do acompanhado deverá decidir o representante legal, sendo que também é tida em conta a vontade daquele e testemunhos dos seus familiares, adotando-se em França similar solução. Também as normas da Catalunha primam pela autonomia do doente a quem foi decretada medida de acompanhamento.

Significa o exposto que nestes países (e região) não se diverge naquilo que é fundamental: o respeito pela vontade do paciente, o não realizar de procedimentos médicos arbitrariamente, e a *re-construção* da vontade. Ao contrário do que sucede em Portugal, essas leis são muito atentas ao Direito Médico e suas especificidades, não o *deixando à margem* da lei (civil, sanitária ou ambas) enquanto que, no nosso país, a lei civil olvidou o Direito Médico.

4. Soluções

Com base nas disposições legais já analisadas, direito comparado e doutrina, cabe-nos agora encerrar esta breve exposição. As DAV e a nomeação de um Procurador de Cuidados de Saúde são um instrumento precioso na hora de *descortinar* a vontade do incapaz, mas a verdade é que a estas figuras recorrem em pouquíssimos casos os

portugueses⁽¹²³⁾, e é perceptível que ninguém pode ser forçado a socorrer-se delas⁽¹²⁴⁾, pois tal obrigação violaria fortemente (no nosso entender) a autonomia e o direito à integridade pessoal (artigo 25.º n.º 1 da CRP⁽¹²⁵⁾). Uma solução poderia passar pela educação e informação (por exemplo através de anúncios televisivos), tal como se sugere no site do SNS⁽¹²⁶⁾. Denote-se que só se pode recorrer a estes instrumentos quando o paciente se encontra incapaz, e só podem ser elaborados quando o paciente se encontra capaz⁽¹²⁷⁾, sendo por isso importante a prevenção da doença ou envelhecimento nesse momento, atempadamente. Assim sendo, e não se verificando a existência de DAV, qual será o caminho a seguir?

A vida prática *grita* pela existência de uma solução legal célere e eficaz e, por conseguinte, é urgente aditar ao CC um artigo que se refira somente aos “cuidados de saúde”, tal como encontramos na proposta do CDF, no artigo 156.º-D⁽¹²⁸⁾, que se refere precisamente a esta matéria, e em específico para a pessoa em situação de incapacidade.

¹²³ Podemos constatar tal facto, por exemplo nos dados do SNS do ano de 2018 (SNS – Testamento Vital | 24.400 registados, 2019. Disponível em: <https://www.sns.gov.pt/>): “Perto de 25 mil portugueses têm o seu testamento vital registado.”

¹²⁴ Neste sentido, vide § 1901^a (5) do BGB.

¹²⁵ Constituição da República Portuguesa – Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <https://dre.pt/>.

¹²⁶ Como se refere em SNS – Testamento Vital..., *Ob. Cit.*, houve já a publicação de uma resolução da AR (no DR), “que recomenda ao Governo que promova uma campanha de informação e divulgação que incentive ao registro do testamento vital, ou diretiva antecipada de vontade”.

¹²⁷ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias – Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Tese de Doutoramento, pp. 498 e 499. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>; e também Paula Távora Vítor, “Procurador Para Cuidados De Saúde – Importância de Um Novo Decisor”, in: *Lex Medicinæ*, ano 1.º, n.º 1. 2004, p. 129; vide também, os artigos 2.º n.º 1 e 11.º n.º 1 da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho (alterada pela Lei n.º 49/2018, de 14/08).

¹²⁸ E também as normas alemãs são um brilhante exemplo.

Sem embargo, não só do consentimento informado trata esta esclarecedora proposta: também regula a esterilização e o internamento.

Significa tudo isto que o CDF teve em consideração que o Direito Médico é uma importante vertente das nossas vidas, e que merece consagração na lei civil. Não obstante, o legislador não partilhou da mesma visão, olvidando uma proposta que, e em apenas três artigos, põe termo a tantos dilemas práticos.

4.1. Incapacidades pontuais

Para estas situações, que normalmente se traduzem em urgências (requerendo-se um tratamento rápido), não há necessidade de se recorrer a procedimentos formais e impossíveis na prática. Queremos com isto *chamar à atenção* para a prescindibilidade da atuação do juiz, ou MP⁽¹²⁹⁾, nestes casos. O pensamento alemão é exemplar nesta matéria, pois desvaloriza as burocracias em prol da fluidez da vida prática, daquilo que realmente importa: a saúde. Contudo, não estamos convencidos de que o cônjuge seja a pessoa certa para assumir tais funções e, se é muito mais fácil, em termos práticos, ficar determinada legalmente a pessoa que irá representar o incapaz, a propensão para abusos e desrespeito pela vontade do paciente também o é. Assim, e embora saibamos que esta é, de facto, a solução mais célere, não podemos defender que seja, na sua globalidade, a melhor solução.

Será mais adequado acolher aqui uma posição semelhante à adotada pelo legislador francês: o médico terá de informar um familiar, ou pessoa da confiança do paciente, para poder avançar com qualquer procedimento (naturalmente esta pessoa

¹²⁹ Como refere André Dias Pereira (PEREIRA, André Gonçalves Dias – O Consentimento Informado... *Ob. Cit.*, p. 155), há demasiados preceitos que apontam como via de resolução de conflitos o recurso ao MP, em casos em que não era necessário.

poderá dizer ao médico se o seu ente querido tem alguma religião, crença ou filosofia de vida impeditiva de algum tratamento, sendo indispensável para a descoberta e conservação da sua vontade); mas, se este contacto não puder ser efetuado a tempo (situação de grande emergência), ou se não se conseguir contactar nenhum ente próximo do paciente, o médico decidirá se avança com o procedimento⁽¹³⁰⁾. Harmonizando as *leges artis* e os seus conhecimentos, ninguém melhor que ele para decidir acerca da perigosidade de uma intervenção⁽¹³¹⁾. Todavia, se estas considerações nos parecem óbvias, ainda geram muita confusão na vida prática, no dia a dia de médicos e pacientes, e introduzir no CC um preceito legal tão simples quanto o proposto pelo CDF, ou semelhante à legislação francesa, evitaria muitos conflitos práticos e desnecessários, num momento em que o importante é cuidar do paciente.

4.2. As incapacidades prolongadas

Encontra-se neste capítulo o cerne do nosso estudo, e nele pretendemos enquadrar, por exemplo, a pessoa com algum tipo de doença mental, ou que se encontre em estado de coma, sendo importante distinguir os casos em que há, ou não acompanhamento.

¹³⁰ No mesmo sentido, vide o artigo 5.º c), *in fine*, da Declaração dos Direitos dos Pacientes; e atente-se que mesmo adotando-se a solução do legislador alemão, pode não haver tempo para entrar em contacto com o cônjuge.

¹³¹ Ademais, a “execução do tratamento médico em conformidade com as *leges artis* exclui o erro médico” (ANDRÉ FILIPE MENESSES PEREIRA – “Responsabilidade Penal dos Médicos. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão do Inquérito”. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 56. [Consultado a 31-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RP_Medico_MP.pdf. ISBN 978-989-9018-66-2); cfr, também, o artigo 150.º n.º 1 do Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponível em: <https://dre.pt/>

4.2.1. Incapaz sem acompanhante

Neste último caso, terá de ser avaliada a capacidade da pessoa para tomar a decisão⁽¹³²⁾ (como já referimos, há que prestar atenção redobrada quando se trate de intervenções *major*) e, caso se verifique que esta se encontra capaz o fazer, e relativamente a um ato médico em concreto, deverá ela decidir livremente. Se for nitido que a pessoa não tem capacidade para prestar consentimento, cremos que se deve proceder de modo análogo ao que se procederia se estivessemos perante uma incapacidade momentânea: convocar um familiar ou pessoa de confiança para ajudar o médico na tomada de decisão, nomeadamente para que este conheça a vontade do paciente; sendo isto completamente impossível (por motivos de emergência médica), caberá ao médico a tomada de decisão.

A grande interrogação que podemos colocar é relativa à duração da incapacidade pois, se não existirem DAV, torna-se difícil saber a quem recorrer, e podem gerar-se conflitos entre os familiares/entes queridos do paciente. Para um caso de incapacidade prolongada que não requeira uma longa estadia no hospital (uma pessoa com algum tipo de deficiência mental que necessita de um procedimento médico pontual, por exemplo), nem o decretar de uma medida de acompanhamento⁽¹³³⁾, esta situação é viável. Mas se se tratar, por exemplo, de uma pessoa em coma é necessário um critério mais coeso, é importante saber a quem recorrer. O legislador alemão acautelou estas situações, pois do BGB vai constar a norma § 1358, que não

¹³² Tome-se como exemplo o artigo § 1901b do BGB (futuro artigo § 1828).

¹³³ Recorde-se que, de acordo com o novo regime, a medida de acompanhamento deve ser decretada em *ultima ratio* (“A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam”, artigo 140.º n.º 2 do CC).

se aplica somente a casos pontuais, mas também a incapacidades prolongadas⁽¹³⁴⁾. Porém, já manifestamos a nossa discordância em relação a ser o cônjuge a pessoa escolhida para este efeito. Sendo este um *caso limite*, revelar-se-ia de extrema importância o decretar de uma medida de acompanhamento que, embora sendo de *ultima ratio*, se justifica totalmente nestes *hard cases*, principalmente para proteção do próprio incapaz, (que não se encontra capaz de expressar a sua vontade, e necessita de alguém que o represente). Quando ficar judicialmente decretado o acompanhante (que pode, ou não, ser o cônjuge, dando-se a possibilidade ao julgador de avaliar e decidir qual a pessoa mais indicada para o efeito⁽¹³⁵⁾), deverá passar este a representar o incapaz, enquanto o mesmo não o conseguir fazer⁽¹³⁶⁾. Novamente enfatizamos que o acompanhante não pode agir de acordo com os seus interesses e ideais: deve respeitar os desejos do acompanhado, mesmo que os mesmos lhe pareçam *disparatados*.

4.2.2. Incapaz com acompanhante

Caso já tenha sido decretada uma medida de acompanhamento, nunca deveremos assumir que a sentença que declare a uma limitação ao exercício de direitos pessoais se estende automaticamente a decisões relacionadas com a saúde. Como vimos *supra*, esse é precisamente o oposto do que se pretendeu quando se reformou o CC em 2018. Sempre que os profissionais de saúde concluíam que o paciente é claramente capaz de tomar uma decisão, devê-la-á tomar, respeitando-se a sua vontade na íntegra. Se estivermos perante um *caso li-*

¹³⁴ Até 6 meses, como pode ser consultado em: <https://www.buzer.de>.

¹³⁵ Visto que se trata de um *caso limite* pois, normalmente, tem direito de escolha o acompanhado (artigo 143.º CC).

¹³⁶ Vide o artigo 149.º n.º 1 do CC.

mite (demência profunda, por exemplo) ou uma incapacidade de compreensão de um ato médico em específico, a decisão caberá ao acompanhante, podendo familiares e entes queridos auxiliá-lo, mas não substituir-se a ele, sob pena de se gerarem conflitos entre estes. Ademais, faz parte do âmbito das funções do acompanhante tomar estas decisões, não competindo esta tarefa a qualquer outra pessoa. O novo regime prima pela autonomia, mas também pela proteção da pessoa vulnerável quando se verificar essa necessidade. Assim, através da atuação do acompanhante, fica suprida a incapacidade de exercício do acompanhado, tendo este alguém a zelar por si, não ficando “à mercê de si próprio”. Perfilhamos, então, uma postura semelhante à do legislador francês e defendemos que, de modo idêntico ao que sucede nas leis estudadas supra, o acompanhante deve ser guiado na tomada de decisão pelos valores e vontades do acompanhado, não pelos seus. Aliás, nas normas alemã e francesa alude-se que deve ser tomada em conta a vontade do paciente, mesmo quando este tem um representante legal.

Queremos, ainda, enfatizar o papel que o juiz tem nesta matéria: é este quem vai determinar a medida do acompanhamento. Parte dele proceder a uma interpretação do texto da lei, conforme aos princípios da proporcionalidade, necessidade e subsidiariedade e, como constatámos, parece que, e apesar das notórias dificuldades de adaptação ao novo regime, alguns tribunais da Relação têm tomado decisões bastante sensatas.

E quando se deverá recorrer aos tribunais ou ao MP? Em situações não urgentes, quando subsistam dúvidas acerca da capacidade decisória do acompanhado (se não existir esta dúvida segue-se a vontade do paciente ou as indicações do acompanhante, consoante se trate de certeza quanto à capacidade ou quanto à incapacidade), ou quando as decisões

do acompanhante, familiares, ou entes queridos, forem prejudiciais para a saúde do acompanhado, ou nitidamente contrárias à sua vontade anteriormente expressada.

A nossa posição é clara: conferir ao paciente a maior autonomia possível, e dentro do possível. E, para que isso se verifique, há que legislar. É extremamente necessário densificar (e assim clarificar) a lei.

5. Considerações finais

A lei portuguesa tem percorrido um longo e satisfatório caminho (em geral) naquilo que diz respeito à salvaguarda da autonomia da pessoa com deficiência mental, e à harmonização com a CDPD. Foi com bastante alegria que constatamos que claras melhorias ocorreram ao longo destes quatro anos de vigência do regime. No entanto, teremos de apontar que esta a salvaguarda não é total, porquanto a lei carece gritantemente de densificação, subsistindo uma grande margem de discricionariedade aquando da aplicação das normas, que poderia conduzir a decisões injustas e infundadas. Felizmente, alguns dos nossos magistrados têm desenvolvido um trabalho notável no sentido da promoção da autonomia do doente mental, merecendo todo o nosso louvor. É isto muito importante, uma vez que, tanto no que diz respeito ao consentimento médico, como a todas as outras áreas da vida do incapaz, desde as mais simples às mais complexas, constatámos que este fica mais protegido com o decretar de uma medida de acompanhamento adequada às suas necessidades. Mas a lei permanece insuficiente, e é com grande decepção que denotamos uma enorme falta de atenção por parte do legislador no respeitante ao Direito Médico.

Patente é que as lacunas legais se repercutem na doutrina do consentimento informado. Na verdade, o Código Civil não oferece qualquer solução

no sentido de definir quem deve tomar as decisões médicas pelo incapaz, e que critérios devem ser seguidos durante o percurso da tomada de decisão. Claro que o Código Deontológico da Ordem dos Médicos oferece soluções, bem como alguns documentos internacionais, porém estes não são suficientes para colmatar a enorme falta de legislação, no ramo do Direito Médico, no Código Civil.

Posto isto, procurámos na doutrina (portuguesa e estrangeira) e na legislação estrangeira possíveis soluções. Foi com base nelas que tentámos construir critérios que permitam responder a algumas interrogações, que tão fortemente se repercutem na vida prática. Esquematizando algumas das conclusões alcançadas:

1. Quando não há medida de acompanhamento:

- a) deve ser determinada por um profissional de saúde a (in)capacidade para consentir naquela intervenção em específico e, se a pessoa for capaz, deverá ser somente ela a tomar a decisão;
- b) quando a pessoa não é capaz de decidir, deve verificar-se se foi nomeado um Procurador de Cuidados de Saúde e/ou se existem DAV, e se as mesmas ainda correspondem à vontade atual do paciente. Em caso afirmativo, estas devem ser seguidas;
- c) caso o pressuposto anterior não se verifique, ou subsistam dúvidas específicas, deve o consentimento ser prestado através dos familiares e/ou entes queridos, preservando-se sempre a vontade e desejos do paciente;
- c) para casos de incapacidade prolongada, principalmente quando se traduzam em *casos limite*, defendemos que dever-se-á proteger a pessoa através do decretar de uma medida de acompanhamento.

2. Quando a pessoa já tem um acompanhante nomeado:

- a) deverá decidir sozinha (mesmo que a sentença decreta a incapacidade de exercício de direitos pessoais) sempre que compreenda o procedimento médico e os seus riscos, e se encontre em condições de prestar um cabal consentimento informado e esclarecido, devendo a vontade do acompanhante ser irrelevante (para que realmente se respeite o disposto no artigo 12.º da CDPD);
- b) deverá o acompanhante decidir quando, não existindo Procurador de Cuidados de Saúde e/ou DAV, ou as mesmas não se coadunarem com a atual vontade do incapaz, este não tiver capacidade para prestar consentimento em relação a um ato em concreto (ou em geral nos *casos limite*, como o coma); o acompanhante deve atuar de acordo com a vontade presumida (revelada pelas suas crenças, convicções, declarações, depoimentos fidedignos de amigos/familiares...); não existindo vontade presumida, por exemplo por se tratar de alguém que já nasceu com uma deficiência profunda, deverá o acompanhante atuar com diligência, e de acordo com os conselhos e indicações dos profissionais de saúde (artigo 146.º n.º 1 do CC);
- c) deverá decidir o tribunal quando subsistam/surjam dúvidas acerca da capacidade, e quando advierem do não consentimento, revogação de consentimento (ou do próprio consentimento) do acompanhante perigo de vida, ou danos sérios e irreversíveis para a saúde do paciente; o tribunal deverá autorizar a realização/não realização do ato médico quando for provado (por declara-

ções, mesmo que informais, crenças, convicções...) que, embora comportando sérios riscos, o ato corresponde à vontade do incapaz.

É urgente começar a refletir, e a perceber que todos somos possíveis pacientes, todos somos possíveis incapazes e, como juristas, densificar a lei e legislar a matéria do consentimento informado devia ser uma prioridade. Principalmente tendo nós tão bons exemplos, tanto na doutrina portuguesa como nas normas estrangeiras, que podemos utilizar como guias. Esperamos que nos próximos anos cessem todas as incertezas, interrogações e lacunas, para que encontrem proteção, e tenham uma verdadeira autonomia na hora da tomada de decisões médicas, desconhecidos, conhecidos, entes queridos, e nós próprios.

Bibliografia

- ANDRÉ FILIPE MENESES PEREIRA – **Responsabilidade Penal dos Médicos. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão do Inquérito**. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. [Consultado a 31-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RP_Medico_MP.pdf. ISBN 978-989-9018-66-2.
- ANTÓNIO PINTO MONTEIRO – **Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º 49/2018**. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consultado a 28-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0.
- Appelbaum, P. S. (2007). Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. In: *The new england journal of medicine*, **357**: 1834-1840. Disponível em: <https://www.nejm.org>.
- Arnaud, D. (25-11-2020). *De nouvelles règles pour les majeurs protégés*. Ministère de la Justice. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/>.
- ARS Norte – Documento-Guia Sobre Consentimento Informado – Consentimento Para Actos De Diagnóstico e Terapêutica. Disponível em: <http://www.arsnorte.min-saude.pt/>.
- Augsburger Allgemeine (28/11/2017). *Wer darf im medizinischen Notfall entscheiden?*. Disponível em: <https://www.augsburger-allgemeine.de/>.
- Baden-Württemberg – Bundesrat beschließt Notvertretungsrecht für Ehegatten, 26-03-2021. Disponível em: <https://www.baden-wuerttemberg.de/>.
- Barbosa, M.M. (2018). Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade? [Versão eletrónica]. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, **78**: 231-258 Acedido em 29 de julho de 2020, em <https://portal.oa.pt/>.
- Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Gesetzgebungsverfahren 21. mai 2021 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts. Disponível em: <https://www.bmjv.de/>.
- Centro de Direito da Família (Paula Vítor e Geraldo Ribeiro) – Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade (Versão Final).
- Comentário Conjunto (2020). “Artigos 41.º a 50.º”, **343-352**. In: **GOMES; NETO; VÍTOR (2020), Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência -Comentário, Imprensa Nacional – Casa da Moeda. Lisboa. Disponível em: https://www.incm.pt/**.
- Conde, E., Trancas, B., e Vieira, F. (2020). O maior (des) acompanhado e as perícias médico-legais. In: *Julgar*: **41**: 123-144.
- Deutscher Bundestag (03/08/2017) – Kontroverse um automatisches Vertretungsrecht des Ehegatten. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>.
- Deutscher Bundestag (16/02/2017) – Bundesrat will automatisches Vertretungsrecht für Ehegatten. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>.
- Deutsches Notarinstitut – Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts verabschiedet, 16. April 2021. Disponível em: <https://www.dnoti.de/>.
- Hauß, J. (28/11/2017). *Wer darf im medizinischen Notfall entscheiden?*. [Versão eletrónica]. Augsburger Allgemeine. Acedido em 22 de dezembro de 2020, em <https://www.augsburger-allgemeine.de/>.

- Lexionário do Diário da República Eletrónico, “Capacidade de Gozo”, disponível em: <https://dre.pt/>.
- MAFALDA MIRANDA BARBOSA – **Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores**. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consultado a 30-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0.
- MARGARIDA PAZ – **A Capacidade Jurídica na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência** [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. [Consultado a 28-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf. ISBN 978-989-8815-94-1.
- MARGARIDA PAZ – **O Ministério Público e o Novo Regime do Maior Acompanhado** [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consultado a 30-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0).
- MARIA DOS PRAZERES BELEZA – **Brevíssimas Notas Sobre a Criação do Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto**. [em linha]. 1.ª Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consultado a 30-07-2021]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. ISBN 978-989-8908-52-0).
- Pereira, A. G. D. (2004) O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Dissertação de Mestrado em Estudo de Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>.
- Pereira, A. G. D. (2012). Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>.
- PEREIRA, A. G. D. (2019). “O Maior Acompanhado e o Consentimento Para Atos em Saúde”, 189-222. In: MONTEIRO (2019), *Colóquio – O Novo Regime Do Maior Acompanhado*, Instituto Jurídico. Coimbra.
- PINTO, P. M. (2019). “Valor Jurídico dos Atos do Maior Acompanhado”, 109-136. In: MONTEIRO (2019), *Colóquio – O Novo Regime Do Maior Acompanhado*, Instituto Jurídico. Coimbra.
- SNS. (06/03/2019). Testamento Vital | 24.400 registados, 2019. Disponível em: <https://www.sns.gov.pt/>. [Consultado a 31 de julho de 2021].
- VÍTOR, Paula Távora, *Código Civil Anotado* (coordenado por Ana Prata). 2.ª ed., vol. I, Coimbra: Almedina, 2021.
- Vítor, T.P. (2004). Procurador Para Cuidados De Saúde – Importância de Um Novo Decisor. In: *Lex Medicinæ*, 1: 121-135.
- Legislação e jurisprudência
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-01-2003, proferido no âmbito do processo n.º 1476/02-2. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15-10-2020, proferido no âmbito do processo n.º 286/18.4T8MNC.G1. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16-01-2020, proferido no âmbito do processo n.º 4046/17.1T8GMR.G1. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-12-2019 proferido no âmbito do processo n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-12-2019 proferido no âmbito do processo n.º 2990/18.8T8FNC.L1-2. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21-01-2020 proferido no âmbito do processo n.º 3570/18.3T8FNC.L1-7. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04-02-2020 proferido no âmbito do processo n.º 3974/17.9T8FNC.L1-7. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16-04-2020 proferido no âmbito do processo n.º 4716/18.7T8FNC.L1-2. Disponível em: www.dgsi.pt.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-05-2020 proferido no âmbito do processo n.º 2039/19.3T8ALM.L1-8. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-06-2020, proferido no âmbito do processo n.º 2669/19.3T8P-DL-A.L1-7. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-01-2020, proferido no âmbito do processo n.º 3433/18.2T8MAI.P1. Disponível em: www.dgsi.pt.
- Bürgerliches Gesetzbuch (Ausfertigungsdatum: 18.08.1896) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert worden ist. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/>.
- Circulaire de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. (25-03-2019). N.º NOR: JUSC1909309C, N.º CIRC: CIV/04/2019. OBJET: JUSC1909309C. CIV/04/2019. Ministère de la Justice. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/>.
- Code Civil – Création Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>.
- Código Civil – Decreto-Lei n.º 47344. Diário Do Governo N.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Código de Processo Civil – Lei n.º 41/2013, Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Código Deontológico Da Ordem Dos Médicos – Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/>.
- Código Penal – Decreto-Lei n.º 48/95. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Constituição da República Portuguesa – Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/>.
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/>.
- Dados acerca dos signatários, ratificações e adesões: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Consultado a 28/07/2021.
- Declaração dos Direitos dos Pacientes (WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient). Disponível em: <https://www.wma.net/>.
- Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Decreto do Presidente da República n.º 71/2009. Diário da República n.º 146/2009, Série I de 2009-07-30. Presidência da República. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Decreto do Presidente da República n.º 72/2009. Diário da República n.º 146/2009, Série I de 2009-07-30. Presidência da República. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten und Lebenspartnern in Angelegenheiten der Gesundheitspflege und in Fürsorgeangelegenheiten. Bundesrat. 30/11/2016. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>.
- Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten und Lebenspartnern in Angelegenheiten der Gesundheitspflege und in Fürsorgeangelegenheiten, 17/05/2017. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss). Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/>.
- Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (04.05.2021), aus Nr. 21 vom 12.05.2021, Seite 882. Disponível em: <https://www.bgbl.de>
- Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (VBRRefG k.a.Abk). Disponível em: <https://www.buzer.de>.
- Lei n.º 25/2012, de 16 de julho (alterada pela Lei n.º 2018, de 14/08). Diário da República n.º 136/2012, Série I de 2012-07-16. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/>.

- Lei n.º 36/98, de 24 de julho. Lei de Saúde Mental. Diário da República n.º 169/1998, Série I-A de 1998-07-24. Disponível em: <http://www.dre.pt/>.
- Lei n.º 49/2018 de 14 de agosto. Diário da República n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14. Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966. Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. Publicado en: «DOGC» núm. 3303, de 11/01/2001, «BOE» núm. 29, de 02/02/2001. Comunidad Autónoma de Cataluña. Disponível em: <https://www.boe.es/>.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en: «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010. Entrada en vigor: 01/01/2011. Comunidad Autónoma de Cataluña. Disponível em: <https://www.boe.es/>.
- Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Publicado en: «BOE» núm. 198, de 19 de agosto de 1998, páginas 28310 a 28344. Comunidad Autónoma de Cataluña. Disponível em: <https://www.boe.es/>.
- Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Journal officiel électronique authentifié n° 0071 du 24/03/2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.
- Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009. Diário da República n.º 146/2009, Série I de 2009-07-30. Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/>.
- Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009. Diário da República n.º 146/2009, Série I de 2009-07-30. Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/>.

A EPISIOTOMIA COMO FORMA DE MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA À LUZ DO ARTIGO 144º-A DO CÓDIGO PENAL (*)

Mia Negrão (**)

I. Introdução

A Mutilação Genital Feminina (MGF) é uma prática milenar e ritualística de discriminação contra as mulheres, com base em crenças religiosas e culturais, com prevalência sobretudo em países do Oeste, Este e Nordeste de África, em alguns países na Ásia e Médio Oriente e entre certas comunidades de imigrantes na América do Norte e Europa. Estima-se que em Portugal se praticam actos de MGF por parte de indivíduos de comunidades imigrantes e ainda por profissionais de saúde, embora estes dados sejam de difícil confirmação por falta de testemunhos das próprias vítimas, que têm medo e vergonha de expor o assunto. Contudo, o tipo de MGF que aqui se expõe – a episiotomia – é diferente dos tipos que habitualmente vêm categorizados como MGF, em primeiro lugar, por ser um acto cirúrgico muito comum no parto hospitalar; e em segundo lugar, porque a pessoa que o pratica é profissional de saúde, e acredita estar a utilizar uma técnica adequada e cientificamente fundamentada, desconsiderando os riscos inerentes à mesma, que são em tudo semelhantes aos dos outros tipos de MGF.

A episiotomia – corte cirúrgico no períneo para ampliar o canal de parto – é uma prática clínica realizada de forma rotineira no parto hospitalar. Contrariamente às evidências científicas, continua a ser realizada, muitas vezes sem consentimento ou contra a recusa expressa da parturiente. Existem

evidências científicas de que a prática da episiotomia apresenta uma multiplicidade de riscos, que confrontam com o facto de não se lhe conhecerem benefícios. Já em 1999, esta prática era considerada como uma forma de mutilação genital feminina por MARSDEN WAGNER, médico epidemiologista e director do departamento de Saúde Materno-Infantil da Organização Mundial da Saúde durante 15 anos. Só em 2018 é que a Organização Mundial da Saúde (OMS) designou a episiotomia como prática nada recomendada, nas Recomendações Para Uma Experiência de Parto Positiva⁽¹⁾, ao contrário do que vinha recomendando anteriormente: a prática selectiva e criteriosa da episiotomia, com uma taxa aceitável de 10%, no máximo, por cada país.

O objectivo deste estudo é compreender de que forma se pode enquadrar a episiotomia no artigo 144º-A do Código Penal, sob a epígrafe «Mutilação Genital Feminina», a par da clitoridectomia, infibulação e excisão, na categoria de «qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas».

* Texto original apresentado como trabalho final no âmbito do curso de pós-graduação em Direito da Medicina, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação da Mestre Andreia da Costa Andrade.

** Advogada

¹ WHO Recommendations, *Intrapartum Care for a Positive Childbirth Experience*, 2018

II. Episiotomia e Respectivo Contexto Histórico

A episiotomia consiste num corte cirúrgico feito no períneo (entre a vagina e o ânus) durante o parto vaginal, de modo a ampliar o canal de parto. É um dos procedimentos mais comuns em obstetrícia, senão o mais comum.

Surge no séc. XVIII, pela mão de FIELDING OULD, parteiro irlandês, com o intuito de ajudar no nascimento de bebés em partos com complicações, em *ultima ratio*⁽²⁾. DELEE, médico obstetra e professor universitário que entendia o parto como uma patologia, difundiu esta prática através de um artigo publicado no livro «*Transactions of the American Gynecological Society*», em que recomendava a episiotomia e a utilização de fórceps de forma profilática, em todas as primíparas, para facilitar o nascimento⁽³⁾. Tal recomendação não teve por base qualquer estudo ou ensaio clínico, espelhando apenas o paradigma que entendia o parto como patologia, e o corpo da mulher como defeituoso, carecendo de intervenções clínicas para a segurança materna e fetal. Facilmente se difundiu a ideia de que a realização da episiotomia era benéfica para preservar a integridade do pavimento pélvico, restituindo a musculatura pélvica para uma situação pré-parto. Em rigor, segundo DELEE, a finalidade da episiotomia era reduzir a probabilidade de lacerações perineais graves. Esta ideia, baseada numa crença, e não comprovada cientificamente, depressa se reproduziu em diversos compêndios de obstetrícia em todo o mundo. No séc. XX, a episiotomia começou a ser praticada em larga escala em países como os Estados Unidos da América e países latino-americanos.

A prática da episiotomia foi ganhando adeptos ao longo dos anos devido à confiança, por parte da comunidade médica, de que dessa forma se reduzia significativamente o tempo do período expulsivo do trabalho de parto, permitindo-lhes atender mais parturientes em contexto hospitalar. Dos vários factores que concorreram para a institucionalização desta intervenção cirúrgica em larga escala, um dos mais significativos foi o facto de o parto em meio hospitalar obedecer à regra da posição litotómica. Esta posição, de decúbito dorsal, não é a posição fisiologicamente mais adequada ao parto, provocando dificuldades no período expulsivo, que se torna muito mais demorado, por força da inversão da lei da gravidade⁽⁴⁾, aumentando, assim, a probabilidade de utilização de fórceps ou ventosa por parte do profissional de saúde responsável pela assistência ao parto⁽⁵⁾. Ora, aquando da utilização de fórceps, torna-se necessário mais espaço para a manobra, e, portanto, a episiotomia era uma forma de facilitar esta intervenção. É de salientar que nenhuma destas intervenções por rotina estavam baseadas em evidência científica, havendo até, pelo contrário, informação sobre os inconvenientes da posição litotómica, que beneficiava apenas os profissionais de saúde, por garantir maior visibilidade e melhor acesso ao canal de parto.

Em 1983, foi publicada uma revisão da literatura científica⁽⁶⁾ em que se demonstrava não haver evidências da eficácia da episiotomia, mas acima de tudo, demonstravam-se evidências significativas

⁴ Recomendações n.º 25, 34 e 35 da Organização Mundial da Saúde para uma experiência de parto positiva, 2018

⁵ GUPTA JK, SOOD A, HOFMEYER G, VOGEL JR, *Position in the second stage of labour for women without epidural anaesthesia*, Cochrane Database of Systematic Reviews, 2017

⁶ Thacker SB, Banta HD, *Benefits and risks of episiotomy: an inter-pretative review of the english language literature, 1860-1980*, Obstetrical & Gynecological Survey, 1983

² OULD, FIELDING, *A Treatise of Midwifry – In three parts*, 1742

³ DE LEE, JOSEPH B., *The Prophylactic Forceps Operation*, 1920

dos riscos inerentes a esta intervenção, entre os quais: dor, edema, infecção, hematoma, dispareunia e até morte materna.

Em 1996, a Organização Mundial da Saúde publicou o «Guia Prático para Assistência ao Parto Normal»⁽⁷⁾, em que coloca a episiotomia na «Categoria D: Práticas frequentemente utilizadas de modo inadequado». O Guia alerta para a existência de evidências claras de que a episiotomia pode causar danos, recomendando o seu uso limitado, ou seja, apenas em casos em que haja real indicação para se avançar com o procedimento, nomeadamente perante sinais de sofrimento fetal, progressão insuficiente do trabalho de parto e ameaça de laceração de 3º grau (incluindo aqui laceração de 3º grau em parto anterior).

Em 1999, é publicada uma revisão sistemática⁽⁸⁾ na Biblioteca Cochrane⁽⁹⁾, que compara a eficácia, riscos e benefícios da prática rotineira da episiotomia com a eficácia, riscos e benefícios de uma prática selectiva. O estudo conclui que «a prática da episiotomia selectiva parece oferecer vários benefícios, em comparação com a prática da episiotomia por rotina. A episiotomia selectiva está associada a menor trauma perineal posterior, menor necessidade de sutura e menos complicações, sem haver diferenças na intensidade da dor e no trauma vaginal ou perineal grave. Todavia, a episiotomia selectiva aumenta o risco de trauma perineal anterior».

Estudos posteriores vieram confirmar e, em

parte, actualizar esta conclusão. Um dos estudos clínicos randomizados que compara os riscos e benefícios da realização de episiotomia com os riscos e benefícios da não realização de episiotomia, levado a cabo no Brasil, e publicado em Abril de 2017, teve como conclusão o seguinte: «Um protocolo de não realização de episiotomia parecer ser seguro para mães e bebês, evidenciando a necessidade de investigar a se existe, de facto, alguma indicação para este procedimento».⁽¹⁰⁾

Finalmente, em Fevereiro de 2018, a OMS actualizou as Recomendações Para Uma Experiência de Parto Positiva, que, apesar de não oferecer grandes novidades relativamente às anteriores recomendações, classificou a episiotomia como uma técnica nada recomendada, por não haver fundamentos científicos de qualidade que comprovem a sua eficácia. A OMS deixou, assim, de recomendar a prática selectiva de episiotomia, e de indicar uma taxa máxima de 10% de episiotomias por país, para não recomendar a realização desta prática, nem qualquer taxa, pois entende que nenhuma taxa de episiotomia é aceitável. Em consonância, a OMS recomenda também a mobilidade e a adopção de posições verticalizadas para parir, bem como as técnicas naturais de gestão da dor, por forma a respeitar a fisiologia do parto e evitar intervenções⁽¹¹⁾.

III. Mutilação Genital Feminina

A Mutilação Genital Feminina (MGF) é definida pela Declaração Conjunta da OMS com a OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNES-

⁷ WHO, *Care in Normal Birth: birth practices*, 1996

⁸ CARROLI G, BELIZAN J, *Episiotomy for vaginal birth*, Cochrane Database of Systematic Reviews, 1999

⁹ A *Biblioteca Cochrane* é uma rede independente de investigadores na área da saúde. Reúne mais de 37 mil colaboradores de 130 países que trabalham para disponibilizar revisões de estudos, de elevada qualidade e com menor risco de viés, sem patrocínios das grandes indústrias. É, por isso, a fonte científica com maior credibilidade e isenção.

¹⁰ AMORIM et al., *Selective episiotomy vs. implementation of a non-episiotomy protocol: a randomized clinical trial*, Reproductive Health, 2017

¹¹ Recomendações nº 21, 22, 25, 34 e 35 da Organização Mundial da Saúde para uma experiência de parto positiva, 2018

CO, UNFPA, ACNUR, UNICEF e UNIFEM⁽¹²⁾, como «a remoção total ou parcial dos órgãos genitais femininos ou outras ofensas sobre os órgãos genitais femininos por razões culturais ou outras não terapêuticas». Sabe-se que esta prática se relaciona com rituais de passagem à idade adulta e crenças religiosas, com maior predominância em países africanos, alguns países asiáticos e do Médio oriente, e também em comunidades de imigrantes nos Estados Unidos da América e na Europa. A Declaração refere o desconhecimento de qualquer benefício da MGF para a saúde e suporta o entendimento de que esta prática é altamente prejudicial por ser dolorosa e traumática, e por interferir com o funcionamento natural do corpo, impactando negativamente na saúde, quer a curto, quer a longo prazo.

A OMS identifica e classifica como MGF e respectivos tipos, as seguintes práticas:

Clitoridectomia – Remoção total ou parcial do clitóris e/ou do prepúcio (tipo I);

Excisão – Remoção total ou parcial do clitóris e dos pequenos lábios, com ou sem excisão dos grandes lábios (tipo II);

Infibulação – Estreitamento do orifício vaginal através da criação de uma membrana selante, pelo corte e aposição dos pequenos lábios e/ou dos grandes lábios, com ou sem excisão do clitóris (tipo III);

Todos as demais intervenções nefastas sobre os órgãos genitais femininos por razões não médicas, como por exemplo: perfuração, corte ou cauterização (tipo IV).

Qualquer uma das práticas de MGF altera a anatomia e função dos genitais femininos, com mais ou menos gravidade, provocando e potencian-

do complicações imediatas, a curto e a longo prazo. A Orientação n° 005/2012, da Direcção Geral da Saúde (DGS), indica como complicações imediatas da MGF a dor intensa, a hemorragia ou choque hipovolémico, infeções ou choque séptico, dificuldades em urinar ou defecar, e até mesmo a morte, entre outras possíveis consequências imediatas. A longo prazo, a Orientação da DGS refere complicações do foro uroginecológico, psicológico, sexual e obstétrico, nomeadamente, e a título de exemplo, a obstrução vaginal, depressão, disfunção sexual e complicações no parto. Interessa-nos particularmente, o aumento da probabilidade de uma mulher vítima de MGF sofrer complicações no parto⁽¹³⁾, probabilidade essa que aumenta proporcionalmente à gravidade da mutilação. A MGF, pelo facto de poder provocar obstrução do canal de parto, aumenta a incidência de cesariana, a hemorragia no pós-parto, as lacerações graves do períneo e o recurso à episiotomia. Há, igualmente, um maior risco de mortalidade neonatal prematura ou da ocorrência de parto com nado morto, segundo a Orientação da DGS.

A Convenção de Istambul⁽¹⁴⁾, tendo como intuito a eliminação da desigualdade entre sexos e a discriminação contra as mulheres, reconhece que a mutilação genital constitui uma violação grave

¹³ Em Portugal, segundo a Direcção-Geral da Saúde, entre 2017 e 2018, foram registadas complicações em 88 mulheres, sendo as mais frequentes as complicações do foro psicológico e obstétrico, seguidas das complicações de resposta sexual e uro-ginecológicas. Fonte: Ministério da Saúde, Direcção-Geral da Saúde, *Mutilação Genital Feminina – Análise dos casos registados na PDS/RSE- PP 2014-2017*, Lisboa, 2018

¹⁴ *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, assinada em Istambul, em 2011, que entrou em vigor a 1 de Agosto de 2014, após a assinatura e ratificação de 10 Estados. Constitui um conjunto de normas juridicamente vinculativas em matéria de prevenção e combate à violência contra as mulheres e violência doméstica na Europa, exigindo dos Estados que assinaram, a prevenção deste tipo de violência, protegendo as vítimas, julgando os autores e coordenando medidas através da adopção de políticas abrangentes.

¹² WHO, *Eliminating female genital mutilation: an interagency statement* OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO, 2008

dos direitos humanos e obstaculiza o alcance da igualdade de género. A Convenção estatui, no artigo 38º, que as partes devem adoptar medidas que se revelem necessárias a assegurar a criminalização de quem intencionalmente praticar a excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da *labia majora*, da *labia minora* ou do clitóris de uma mulher. Partindo do pressuposto de que «a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que levou à dominação e discriminação das mulheres pelos homens, privando assim as mulheres do seu pleno progresso», a Convenção designa como vítima toda a pessoa física que esteja submetida a violência contra as mulheres, que por sua vez é entendida como uma violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres, significando todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres. Neste sentido, o artigo 5º da Convenção, sob a epígrafe «obrigações do Estado e diligência devida» prevê que as partes, além de se absterem de cometer qualquer acto de violência contra as mulheres, devem assegurar também que as autoridades, os funcionários, os agentes e as instituições estatais e outros actores que agem em nome do Estado se comportem em conformidade com esta obrigação. O artigo 15º concretiza este postulado, recomendando a formação de profissionais, com o objectivo de prevenir e detectar situações de violência contra mulheres e promover a igualdade de género.

IV. A Episiotomia Como Forma de Violência Obstétrica

Em 2019, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa emitiu a Resolução 2306, sobre violência obstétrica e ginecológica, em que assume a violência obstétrica e ginecológica enquanto reflexo de uma sociedade patriarcal que se traduz, na medicina, em paternalismo clínico. Declara que as mulheres são vítimas de práticas violentas ou percebidas enquanto tal, tanto no consultório médico nas consultas de vigilância da gravidez, como nas salas de parto, durante o parto. Estas práticas violentas incluem actos inapropriados e/ou realizados sem consentimento, oferecendo como exemplo os toques vaginais, as episiotomias e outras intervenções dolorosas sem anestesia, frequentemente sem consentimento. A Resolução da Assembleia Parlamentar indica que as práticas obstétricas devem ser guiadas por princípios de respeito, dignidade e apoio às parturientes, e devem ter como base as mais recentes recomendações da Organização Mundial de Saúde.

Finalmente, em Junho de 2021, assistimos ao esforço, por parte da Assembleia da República, em eliminar «práticas de violência obstétrica, como a manobra de Kristeller e a episiotomia de rotina», ao recomendar a actuação do Governo neste sentido, através da Resolução n.º 181/2021.

Já vimos que a violência contra as mulheres, segundo a Convenção de Istambul, é entendida como uma «violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres e significa todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção

ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada» (art. 3.º da Convenção de Istambul). Não há como não subsumir a violência obstétrica a este entendimento.

Então o que é exactamente a violência obstétrica? É uma forma de violência institucional de género exercida sobre as mulheres no contexto da assistência à gravidez, parto e pós-parto. Consubstancia-se na «apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissionais de saúde, traduzindo-se num tratamento desumanizador, num abuso de medicalização e patologização dos processos naturais, reflectindo-se na perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre os seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres»⁽¹⁵⁾.

Este tipo de violência pode ser efectivada de diversos modos, tais como: recusa de tratamento, negligência em relação às necessidades e dor da mulher, humilhações verbais, violência física, práticas invasivas, uso desnecessário de medicação, intervenções médicas forçadas e não consentidas, desumanização e maus tratos, entre tantos outros.

Apesar de as taxas de mortalidade perinatal e neonatal em Portugal serem das mais baixas da Europa⁽¹⁶⁾, no ano de 2010, data do último Relatório Europeu de Saúde Perinatal que se debruçou sobre estes números, registaram-se elevadas taxas de cesariana, episiotomias e induções, entre outras intervenções, sendo que apenas 48,8% dos partos

foram vaginais e não instrumentados, desconhecendo-se o número de induções do trabalho de parto e, conseqüentemente, o número de partos fisiológicos, isto é, naturais⁽¹⁷⁾. Estes dados não são suficientes para aferir da satisfação das mulheres portuguesas no parto e reflectem a despreocupação com o respeito pelos direitos humanos, o respeito pela autonomia da grávida e/ou parturiente, o respeito pela sua dignidade, sentimentos, escolhas e preferências no momento do parto. A propósito, a OMS emitiu, em 2014, uma declaração sobre os abusos e maus-tratos no parto, intitulada «Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde», em que declara que «num parto normal, deverá haver uma razão válida para interferir com o processo natural em curso (...) pois o objectivo dos cuidados é assegurar a saúde da mãe e do bebé com o mínimo nível possível de intervenção compatível com a segurança» e preconiza algumas medidas para evitar e eliminar o desrespeito e os abusos contra as mulheres durante a assistência institucional ao parto no mundo inteiro.

Em 2018, as recomendações da OMS para uma experiência positiva no parto, vêm, à semelhança das recomendações anteriores, alertar para as práticas rotineiras que devem ser abolidas, por não serem, de todo, recomendadas, para um parto normal, numa gravidez de baixo risco. Nestas práticas incluem-se a restrição à posição litotómica, as indicações de suste e controlar a respiração e fazer força durante a segunda fase do parto, e a episiotomia, entre outras.

Não obstante a violência obstétrica ser, muitas vezes, ocultada e ignorada, e não ter menção expressa na Convenção de Istambul como forma de

¹⁵ Apropriamo-nos do conceito de violência obstétrica presente no nº 13 do art. 15 da *Ley Orgánica Sobre El Derecho De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia*: “Se entiende por violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres.”, in *Gaceta Oficial De La República Bolivariana De Venezuela* nº 38.668, Lunes 23 De Abril De 2007, Caracas

¹⁶ INE, [PORDATA](#), última actualização: 2019-11-15

¹⁷ EUROPEAN PERINATAL HEALTH REPORT, 2010

violência contra as mulheres, a verdade é que as Recomendações da OMS, a Resolução da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, a Resolução da Assembleia da República n.º 181/2021 e os sucessivos esforços de algumas entidades na realização de campanhas de sensibilização para o tema, têm colocado este fenómeno na ordem do dia quando se fala em direitos na gravidez e no parto.

V. Breve Análise do Artigo 144º-A do Código Penal Português

No ordenamento jurídico português, a integridade física é um bem jurídico penalmente protegido no Capítulo III (Dos Crimes Contra a Integridade Física), capítulo cujos crimes pressupõem a lesão do corpo ou da saúde de alguém. Foi no âmbito da Convenção de Istambul, assinada em 2011, que, com vista à eliminação da discriminação contra mulheres, e com vista a promover políticas e medidas de protecção para todas as vítimas de violência contra mulheres, se procedeu à trigésima oitava alteração do Código Penal (CP). Tal alteração, que ocorreu em Agosto de 2015, autonomizou o crime de mutilação genital feminina, criou o crime de perseguição e casamento forçado e alterou os crimes de violação, coacção sexual e importunação sexual.

Atendendo à inserção sistemática do artigo 144º-A, sob a epígrafe «Mutilação Genital Feminina», o bem jurídico protegido pela incriminação é a integridade física, e, em concreto, o aparelho genital feminino⁽¹⁸⁾, embora haja autores que defendem que o bem jurídico em causa não é apenas a integridade física, mas também a autodeterminação sexual⁽¹⁹⁾.

¹⁸ HELENA MARTINS LEITÃO, *A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: a necessidade de alteração do seu regime legal*, 2013

¹⁹ Neste sentido, vide o *Parecer da Ordem dos Advogados*, por Rui Silva Leal, no âmbito do Projecto de Lei 504/XII, que altera o Código Penal, au-

Este artigo, aditado ao Código Penal em 2015, prevê o seguinte:

«1 – Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.
2 – Os atos preparatórios do crime previsto no número anterior são punidos com pena de prisão até 3 anos».

Outrora – até 2015 -, o crime de MGF seria punido à luz dos artigos 143º, 144º, 145º e 146º do CP, que prevêm e punem as ofensas à integridade física. Porém, e no objecto desta alteração legislativa, reside o facto de estes serem manifestamente insuficientes na punição da MGF. Em primeiro lugar, porque a tipificação da MGF contende também com uma medida política de promoção da igualdade de género e combate às práticas nefastas contra mulheres, indo ao encontro da Convenção de Istambul. Em segundo lugar, porque relativamente aos artigos supramencionados, dir-se-á que através do consentimento, instrumento previsto nos artigos 38º, 39º e 149º do CP, opera uma causa de justificação da ilicitude, o que é inconcebível relativamente ao crime de MGF.⁽²⁰⁾

Ora, articuladas estas disposições normativas (artigos 143º, 144º, 145º, 146º, 38º, 39º e 149º do CP), resulta claro que a integridade física é um bem jurídico disponível, ou seja, o consentimento exclui a ilicitude do acto lesivo, desde que não

tonomizando o crime de mutilação genital feminina, em que explana o entendimento de que “o bem jurídico que aqui está em causa é não apenas a integridade física genital e psíquica da pessoa do sexo feminino, menor ou adulta, mas também a sua liberdade e a sua autodeterminação sexual. De resto, o que aqui está em causa é bem mais grave do que a perda da capacidade de procriação ou da fruição sexual. É impor-se à mulher que abdique, de forma irreversível, da própria personalidade que desenvolveu até aí também ao nível sexual, e impedir-se o menor de sexo feminino do livre desenvolvimento da sua personalidade em particular na esfera sexual.”

²⁰ PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Convenção de Istambul e a Mutilação Genital Feminina*, MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA (coord.) – *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 99-127

sejam ofendidos os bons costumes, caso em que o consentimento é inválido. E o que são os bons costumes? São normas não jurídicas de conduta que espelham o sistema moral e social de determinada época e sociedade. Para FIGUEIREDO DIAS, ofende os bons costumes o acto que seja de tal gravidade ou irreversibilidade – como uma mutilação – que faça ceder o valor da auto-realização. Nas suas palavras, «o facto consentido constitui ofensa aos bons costumes sempre que (mas só quando) ele possua uma gravidade e/ou (sobretudo) uma irreversibilidade tais que fazem com que, nesses casos, apesar da disponibilidade de princípio do bem jurídico, a lei valora a sua lesão mais altamente do que a auto-realização do seu titular (...): o consentimento será ineficaz quando a ofensa à integridade física possua uma gravidade – nomeadamente a irreversibilidade, v.g. uma mutilação – que, perante ela, o valor da auto-realização deva ceder passo.»⁽²¹⁾

Em razão de a MGF provocar danos graves que alteram a função sexual e limitam a fruição do corpo e do prazer, com consequências também elas graves na gravidez e parto, tanto para a pessoa mutilada como para o bebé, consideramos que este acto tem consequências graves e irreversíveis, ofendendo os bons costumes. Tais consequências tornam ineficaz o consentimento para a prática de MGF. Ressalvamos, ainda, em concordância com HELENA MARTINS LEITÃO e com o art. 42.º da Convenção de Istambul, que o costume religioso, cultural, social ou tradicional também não justifica a MGF.⁽²²⁾

Já vimos que se trata de um crime de dano, quanto ao bem jurídico, por se verificar a lesão do

aparelho genital feminino, um dos bens jurídicos em apreço. Quanto ao objecto da acção, trata-se de um crime de resultado, por presumir a produção de um resultado, isto é, a sua consumação depende da verificação de uma alteração externa distinta da conduta.⁽²³⁾

A nível de autoria, a MGF é um crime comum, por força da inexistência, no que aos crimes contra a integridade física concerne, de uma norma incriminadora, à semelhança do artigo 135º do CP, em que se prevê que o incitamento ou a prestação de ajuda para o cometimento do crime é punido, quando este venha a ser tentado ou consumado. Assim, este crime pode ser cometido por qualquer pessoa, e nem a instigação, nem o auxílio à auto-mutilação são puníveis, o que atenta contra o art. 38º da Convenção de Istambul, que prevê que as partes deverão adoptar medidas legislativas, entre outras, necessárias a assegurar a criminalização da conduta de quem praticar actos de MGF, de quem constringer ou criar condições para que uma mulher se submeta a qualquer um destes actos, e de quem incitar, constringer ou criar condições para que uma rapariga se submeta a estes actos.⁽²⁴⁾

Os actos tipificados como MGF no artigo 144º-A são os mais comuns, e que foram identificados como prática comum por razões culturais e religiosas pela OMS e outras entidades, não obstante à criminalização de outros tipos de MGF, nomeadamente através da tipificação aberta a «qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas». É precisamente nesta previsão que entendemos enquadrar-se a episiotomia, como veremos.

²¹ FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal – Doutrina geral do crime*, 2012

²² Apesar da impossibilidade de justificação da MGF, pode fazer-se um juízo de prognose favorável, conforme versado no Acórdão n.º 2701/19.0T9AMD.L1-3, do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Julho de 2021, Rel. Conceição Gonçalves

²³ cit. FIGUEIREDO DIAS

²⁴ cit. HELENA MARTINS LEITÃO

VI. A Episiotomia como Forma de Mutilação Genital Feminina

Episio, do grego «púbis» e *tomia*, do grego «corte», é uma prática nefasta, realizada por profissionais de saúde – enfermeiros especialistas em saúde materna e obstétrica e/ou médicos obstetras – que afecta as mulheres no parto. É uma prática nefasta porque os seus riscos e complicações são semelhantes aos das outras práticas de MGF, designadamente do foro psicológico. Das complicações mais comuns, destacam-se a dor crónica, nomeadamente durante as relações sexuais penetrativas, a secura vaginal, infecção, incontinência urinária, trauma perineal, e corte dos músculos, do esfíncter anal e do ânus. As complicações decorrentes da MGF, largamente estudadas, prendem-se com alterações uroginecológicas (quelóide, dismenorreia, obstrução vaginal, alterações urinárias e infecções vaginais, entre outras), disfunções sexuais decorrentes do trauma físico e psicológico, nomeadamente a nível da resposta sexual, associada ao medo, à diminuição da libido, dispareunia, antecipação do cenário de dor devido à fibrose dos tecidos cicatriciais; ansiedade, stress pós-traumático, insónia, pesadelos, pânico, anorgasmia.⁽²⁵⁾ Estes efeitos secundários da MGF podem gerar, igualmente, problemas na resposta sexual dos parceiros ou parceiras sexuais, que podem antever dor e dificuldades acrescidas na penetração ou impossibilidade de penetração.

Tudo quanto se disse é verdade para as práticas de MGF tipificadas pela OMS na Declaração, e aplica-se à episiotomia. Vejamos: a episiotomia é suturada através da episiorrafia, sutura essa que, sendo mal realizada, pode diminuir o espaço à entrada da vagina. É comum chamar-se à episiorrafia

“o pontinho do marido”, quando os profissionais de saúde suturam mais do que o necessário, por forma a apertar o intróito vaginal, acreditando-se que o objectivo é aumentar o prazer dos parceiros sexuais daquelas mulheres durante o sexo penetrativo. Neste sentido, dispõe a Resolução n.º 181/2021 da Assembleia da República⁽²⁶⁾, ao recomendar ao Governo que realize um estudo nacional anónimo sobre práticas de violência obstétrica, incluindo o «ponto do marido». Além da obstrução vaginal e da dor que esta prática causa na relação sexual penetrativa, outras consequências da episiotomia se assemelham àquelas listadas pela OMS, como as alterações urinárias, infecções vaginais, quelóide, dispareunia, ansiedade, stress pós-traumático e pânico, entre outras.

Há, no entanto, profissionais de saúde que praticam várias formas de MGF, independentemente da criminalização desta prática e do apelo das organizações não governamentais. Estes profissionais de saúde consideram que a MGF medicamente assistida pode funcionar como uma estratégia de redução dos danos na saúde da mulher quando praticada com recurso a objectos esterilizados e cumprindo regras de higiene, reduzindo alguns riscos imediatos. Todavia, as consequências mantêm-se, tal como os danos, com possível redução do risco de infecção, devido a melhores condições de higiene e esterilização de material. Não há, no entanto, qualquer evidência de que a supervisão clínica destes actos reduza as complicações obstétricas ou outras complicações a longo prazo associadas à MGF. Neste sentido, a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO) emitiu, em 1994, uma recomendação para «combater qualquer tentativa de

²⁵ WHO, Sexual and Reproductive Health, *Health risks of female genital mutilation (FGM)*

²⁶ Resolução da Assembleia da República n.º 181/2021, Diário da República n.º 123/2021, Série I de 2021-06-28, páginas 6 – 6, de 2021-06-28

prática por pessoal médico ou de autorizar a sua realização, sob quaisquer circunstâncias, em estabelecimentos de saúde ou por profissionais de saúde». ⁽²⁷⁾ Ainda hoje prevalece o risco de que a prática destes actos por parte de profissionais de saúde os possa legitimar e erroneamente apresentar como prática cientificamente fundamentada ou benéfica para a saúde das mulheres, institucionalizando a sua prática, à semelhança do que aconteceu e acontece com a prática da episiotomia.

Mais semelhanças se encontram entre os tipos de MGF listados pela OMS e a episiotomia, nomeadamente as razões pelas quais esta prática é realizada sem critério, baseada numa crença. Se a clitoridectomia, a infibulação e a excisão têm fundamento religioso e sócio-cultural, também a episiotomia assenta na confiança, jamais cientificamente comprovada, de que diminui a gravidade da laceração, auxilia no momento expulsivo e previne sequelas graves decorrentes do parto. Como já vimos, a episiotomia surge da observação de um parteiro, que a utilizou de forma *life saving*, e que, mais tarde, um médico obstetra difundiu como necessária à segurança materna e fetal, através de um artigo publicado num compêndio de obstetrícia, apesar de carecer de fundamento científico. Profissionais de saúde de todo o mundo adoptaram esta prática sem questionar, e nos anos 90, a episiotomia era um recurso utilizado por rotina, não obstante alguns alertas da comunidade científica sobre o prejuízo para a saúde das mulheres.

Em 1999, MARSDEN WAGNER ⁽²⁸⁾ demons-

trava, numa carta ⁽²⁹⁾ publicada no *The Lancet*, preocupação relativamente à prática da episiotomia, que entendia ser uma forma de mutilação genital feminina quando praticada sem real indicação clínica. Apresentou os devidos fundamentos científicos justificativos da desnecessidade da episiotomia e da sua classificação como MGF, concluindo que «todas estas evidências mostram que, quando comparada com uma laceração natural, a episiotomia resulta em maior hemorragia, mais dor, mais deforquidades vaginais permanentes, mais e mais duradouras dificuldades na actividade sexual. Além disso, os principais benefícios invocados pelos proponentes da episiotomia – prevenção de lacerações de 3º grau, prevenção de danos permanentes no pavimento pélvico, e protecção do bebé das consequências adversas de uma segunda fase de trabalho de parto prolongada – não são suportadas por evidências científicas».

Com este forte apelo à não realização da episiotomia, pensar-se-ia que são sobejamente conhecidos os dados relativamente ao número de episiotomias realizadas por hospital, e por país. Contudo, os únicos dados oficiais constam de um relatório de 2010, que indica uma taxa de episiotomia a rondar os 70% em Portugal. ⁽³⁰⁾

Também as relações de poder são similares num caso e no outro: o sistema patriarcal que reprime as meninas e mulheres através da MGF, por forma a deter o controlo sobre a sua sexualidade, é comum ao sistema patriarcal que degenera no paternalismo clínico. As consequências do sistema patriarcal nas sociedades modernas, no que à gravidez e ao parto

²⁷ INTERNATIONAL FEDERATION OF GYNECOLOGY AND OBSTETRICS, The FIGO General Assembly, *Resolution on Female Genital Mutilation*, Montreal, 1994

²⁸ Médico epidemiologista e director do departamento de Saúde Materno-Infantil da Organização Mundial da Saúde durante 15 anos, Marsden Wagner foi um insurgente no que concerne às práticas obstétricas e ao modelo interventivo de obstetrícia que ainda hoje se segue em diversos países, nomeadamente em Portugal. Defendeu a medicina

baseada em evidência científica e foi autor de vários textos polémicos, como o seu livro, também ele polémico, *Pursuing the Birth Machine: The Search for Appropriate Birth Technology*, escrito em 1994.

²⁹ MARSDEN WAGNER, *Episiotomy: a form of genital mutilation*, *The Lancet*, June 05, 1999

³⁰ EUROPEAN PERINATAL HEALTH REPORT, p. 102, 2010

respeita, prendem-se com a patologização destes eventos naturais e fisiológicos da vida. Sob a crença de que as mulheres não sabem parir sem intervenção clínica, perturba-se o curso normal e natural da gravidez, o parto e o pós-parto, ameaçando a sua saúde, o bem-estar e a segurança, limitando ou anulando o poder de autodeterminação.

VII. Reflexões Finais

Nas sociedades modernas, o parto ocorre, por excelência, em meio hospitalar, o que originou um novo modelo de cuidados intraparto – o modelo biomédico – por oposição ao modelo biopsicossocial. Portugal adoptou um modelo biomédico, em que o profissional de saúde – geralmente o obstetra – se encontra no centro das decisões e os cuidados se centram no profissional e na tecnologia. Neste modelo, tanto a gravidez como o parto são percebidos como processos de risco e as intervenções estão protocoladas. Por oposição, o modelo biopsicossocial, que advém do modelo de *midwifery*, existente no Reino Unido, na Bélgica, na Dinamarca e noutros países – europeus e não só – entende o parto como um processo fisiológico e centra os seus cuidados na grávida, no bebé e na família, resultando numa prestação de cuidados individualizados, em que a grávida tem uma participação activa.

Em Portugal, os enfermeiros especialistas em saúde materna e obstétrica (EESMO), vulgarmente designados como parteiras e parteiros, actuam num sistema hierarquizado que corrompe o âmbito do Regulamento das Competências Específicas do Enfermeiro Especialista em Enfermagem de Saúde Materna e Obstétrica (Regulamento n.º 391/2019). Este Regulamento confere aos EESMO autonomia em todas as situações de baixo risco, isto é, aquelas que envolvem processos fisiológicos e processos de vida normais no ciclo

reprodutivo da mulher; e nas situações de médio e alto risco, em que participam autonomamente em determinadas intervenções, numa relação de interdependência com outros profissionais de saúde.

Não obstante, o paradigma do modelo biomédico mantém-se inalterado, o que origina excesso de intervenções obstétricas, conduzindo, muitas vezes, a abusos, desrespeito, maus-tratos e negligência durante a gravidez e o parto. Este paradigma alimenta-se do paternalismo clínico, despiando as grávidas dos seus direitos elementares, nomeadamente o direito à autodeterminação.

A episiotomia surge, neste contexto, como uma das intervenções convencionadas como necessárias, estando, até, protocolada em alguns serviços de obstetria. Julga-se que este acto cirúrgico é frequentemente realizado sem autorização ou pré-aviso, sendo apresentado às grávidas pelos profissionais de saúde como fundamental para um bom desfecho do parto, nomeadamente para evitar o sofrimento fetal e “salvar o bebé e a mãe”. É esta informação, veiculada nas escolas de medicina e enfermagem – fortemente criticada por MARS DEN WAGNER, que já nos idos dos anos 90 expressava a sua preocupação com as taxas de 80% a 100% de episiotomia em diversos países -, que leva os profissionais de saúde a crer que se trata de uma boa prática. A informação transmitida à grávida é, muitas vezes, a de que sem episiotomia, é impossível o bebé nascer. O *shadow report* da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), dá conta de que muitas mulheres dizem não ter recebido informação para decidirem sobre qualquer procedimento no parto.⁽³¹⁾

³¹ Convention On The Elimination of All Forms Of Discrimination Against Women (Cedaw), *Portugal – Shadow Report*, For The 62nd Cedaw Session, 2015, p. 11

Entende-se que o princípio da ética dos profissionais de saúde – *primum non nocere* – tem falhado na obstetrícia, especialidade médica que patologizou a gravidez e o parto, e que actua, regra geral, sem qualquer base científica, especialmente na gravidez e parto de baixo risco. A episiotomia, tal como qualquer outra prática de MGF, viola o direito à autodeterminação, à integridade física e o direito à saúde das mulheres. Qualquer uma das situações emerge de uma crença, seja ela religiosa, cultural ou pseudo-científica. Em nenhuma delas, à partida, existe indicação clínica, o que resulta na violação das *leges artis*. Consequentemente, a episiotomia pode ser considerada uma forma de MGF, que, para todos os efeitos, se subsume ao artigo 144º-A, integrada em «qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas», fazendo recair a responsabilidade penal sobre o profissional de saúde que a realiza, ainda que sem a consciência de estar a cometer um crime. A integridade física, para efeitos da MGF, considera-se indisponível, não relevando o consentimento da própria pessoa para a prática.

E como não há regra sem excepção, pode considerar-se que existe, pelo menos, uma razão clínica para a episiotomia. Curiosamente, a episiotomia, usada de forma escrupulosamente criteriosa, pode ser *life saving*, quando, devido às lesões provocadas por outras práticas de MGF, designadamente a infibulação, há verdadeira obstrução do canal de parto,⁽³²⁾ embora se entenda que, nestes casos, a cesariana possa ser melhor opção. A Orientação da Direcção Geral da Saúde nº 005/2012, determina que «quando há obstrução significativa do canal de parto, (mais frequente na mutilação do tipo II, III e alguns do tipo IV) a incidência de cesariana,

hemorragia no pós-parto, lacerações graves do perineo e o recurso à episiotomia aumentam substancialmente, tal como o tempo de hospitalização. As fistulas obstétricas são potenciais complicações de um parto demorado e obstruído. No recém-nascido de uma vítima de MGF, é frequente um índice de Apgar mais baixo e uma taxa de mortalidade mais elevada (risco aumentado de morte neonatal prematura e de ocorrência de nado morto)». Tal justificação não obsta a que a prática da episiotomia seja caracterizada e punida como MGF, uma vez que também outros tipos de MGF podem ser justificados por “razões médicas”, nomeadamente a remoção de um tumor clitoriano⁽³³⁾. O artigo 144º – A faz depender o crime de MGF do facto de os actos serem realizados “por razões não médicas”, o que significa que quando o acto é realizado por razões médicas, a conduta deixa de ser típica e não é punível.

Além das semelhanças encontradas entre os danos provocados pelos tipos comuns de MGF e a episiotomia, encontram-se semelhanças também relativamente às mulheres que foram vítimas desta prática, muitas delas desconsiderando tal prática como criminosa e prejudicial à sua saúde, e pugnando até, pela sua reprodução no maior número de mulheres possível. Se noutros tipos de MGF, perpetrados, muitas vezes, por outras mulheres, também elas mutiladas, subsiste a crença de que “deve ser assim para todas”, relativamente à episiotomia deparamo-nos com um problema de maior dimensão, que é a confiança cega nos profissionais de saúde e, muitas vezes, o medo de questionar. Sendo a episiotomia um acto clínico, realizado por profissionais de saúde, as pessoas tendem a acreditar na sua indispensabilidade e a aceitá-lo, sem pedir qualquer informação em troca.

³² BALOGUN OO, HIRAYAMA F, WARIKI WMV, KOYANAGI A, MORI R., *Interventions for improving outcomes for pregnant women who have experienced genital cutting*, Cochrane Database of Systematic Reviews, 2013

³³ cit. HELENA MARTINS LETTÃO

Finalmente, aplaude-se a criminalização da MGF no ordenamento jurídico português, impulsionada pela Convenção de Istambul, que representou um passo importante na protecção dos direitos das mulheres. Urge envidar muito mais esforços neste sentido, atinentes à protecção dos direitos na gravidez, parto e pós-parto, a começar pela formação de profissionais de saúde da área de ginecologia, obstetrícia e saúde materna, com vista à redução da taxa de episiotomias em Portugal e pelo cumprimento integral das Recomendações da OMS para uma experiência de parto positiva.

Recensão

Thais N. Cesa e Silva

Manuel Ortiz Fernández, *El Consentimiento Informado en el Ámbito Sanitario: Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021;

Helena Pereira de Melo, *O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2020.

RESUMO: A presente recensão refere-se a duas obras de magnitude no âmbito do consentimento informado: “*El Consentimiento Informado en el Ámbito Sanitario: Responsabilidad civil y derechos constitucionales*”, do Doutor Manuel Ortiz Fernández; e “*O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português*”, da Doutora Helena Pereira de Melo. Ambas muito atuais, tratam do tema do consentimento esclarecido dos pacientes de forma exaustiva e inovadora, reforçando o caráter de autonomia para os cuidados de saúde que rege a relação médico-paciente nos dias de hoje, bem como denotando a relevância da multidisciplinariedade nesse contexto. Efetivamente, trata-se da apresentação de dois trabalhos cujo conteúdo é de conhecimento imprescindível para todos aqueles que se interessam pelo Direito da Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Recensão. Consentimento informado. Autonomia. Saúde. Direito.

ABSTRACT: This recension refers to two works of magnitude within the scope of informed consent: “*El Consentimiento Informado en el Ámbito Sanitario: Responsabilidad civil y derechos constitucionales*”, authored by Doctor Manuel Ortiz Fernández; and “*O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português*”, authored by Doctor Helena Pereira de Melo. Both very current, deal with the subject of informed consent of patients in an exhaustive and innovative way, reinforcing the character of autonomy for health care that

governs the doctor-patient relationship nowadays, as well as denoting the relevance of multidisciplinarity in this context. Effectively, it is the presentation of two works whose content is essential knowledge for all those who work or are interested in Health Law.

KEYWORDS: Recension. Informed Consent. Autonomy. Health. Law.

RECENSÃO: A obra de autoria do Professor Doutor Manuel Ortiz Fernández, *El Consentimiento Informado en el Ámbito Sanitario*, corresponde, no essencial, à tese de doutoramento defendida pelo Autor em setembro de 2020, na Universidade Miguel Hernández de Elche (Espanha), qualificada com menção internacional.

É digna de nota a exemplar trajetória acadêmica do Doutor Manuel Ortiz Fernández, graduado em Direito pela Universidade Miguel Hernández de Elche, Mestre em *Derecho de Daños* pela Universidade de Alicante, e, desde 2018, professor de Direito Civil na Universidade Miguel Hernández de Elche. Obteve, ainda, prémios académicos, nomeadamente o “Premio Extraordinario de la Universidad Miguel Hernández” e o “Premio Extraordinario de la Universidad de Alicante”. Tais reconhecimentos servem como evidência inicial da garantia de excelência do trabalho que ora se apresenta.

O objeto de estudo da tese é o consentimento informado no âmbito sanitário, tema este que, não obstante sua magnitude, não se encontra devidamente superado nos dias atuais. O Autor, de maneira exemplar, traça (e alcança), do início ao

135

fim, o principal objetivo de oferecer uma resposta exhaustiva ao direito ao consentimento informado, através de um estudo consolidado por uma visão multidisciplinar, por forma que a obra constitui um instrumento de consulta imprescindível a profissionais e académicos não somente juristas, mas de outras áreas de atuação.

O caráter amplo e não reducionista vem comprovado pelo facto de que o leitor encontra uma pesquisa apoiada em doutrina científica representada por referências bibliográficas de repertório extenso, nacionais e internacionais, bem como em análise comparada do assunto entre países de diferentes sistemas jurídicos (EUA, França, Itália e Reino Unido).

A obra divide-se em três capítulos, cujos conteúdos manifestam de forma constante a finalidade almejada pelo Autor: fundamentar um tratamento adequado, completo e abrangente ao consentimento informado como direito de todos os pacientes.

Vamos ao primeiro capítulo: Este aborda a configuração do consentimento informado e suas implicações constitucionais, de modo que desenvolve a análise sobre a natureza do direito ao consentimento informado e a sua relação com os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Espanhola.

Nessa parte, o Autor reconhece a informação prévia e o posterior consentimento como derivações do direito ao consentimento informado, formando partes de um mesmo direito, e destaca a necessidade de uma decisão livre, voluntária e consciente – o que fica, então, a depender da prestação de informação suficiente e esclarecida por parte do profissional de saúde.

Efetivamente, vem reconhecida a necessidade de uma releitura das *leges artis* da saúde, para que se fortaleça uma interpretação destas em conformidade com os direitos dos pacientes. Neste sentido, o Autor diferencia, de maneira inovadora, o que

chama de *leges artis* tradicional, da chamada *nova leges artis* ou *leges artis* moderna (focada no consentimento informado).

Na sua principal abordagem, *i.e.*, no estudo da vinculação entre o consentimento informado e os direitos fundamentais, o Prof. Manuel Ortiz Fernández expressa o seu entendimento no sentido de que o direito ao consentimento informado supõe uma garantia de outros direitos, configurando um direito de caráter legal, mas com implicações e reflexos constitucionais.

O Autor centra-se, especialmente, na relação entre o consentimento informado e o direito fundamental à vida – sobre este ponto, cumpre exemplificarmos com a recente e polémica aprovação da Lei de regulação da eutanásia na Espanha (Ley Orgánica 3/2021) – diploma que abriu as portas ao respeito pela autonomia do paciente em relação ao fim da própria vida.

O Autor dedica o primeiro capítulo, igualmente, ao estudo da evolução do direito ao consentimento informado partindo de uma perspetiva histórico-jurídica, designadamente o abandono de um paternalismo médico para a adoção de uma proteção da autonomia sanitária do paciente, consistindo o consentimento informado num produto da modificação profunda da relação médico-paciente.

Ao seguirmos para o segundo capítulo, deparamo-nos com um dedicado estudo da norma espanhola sobre a autonomia do paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre), em que o Autor sustenta a sua análise na estrutura já mencionada: o consentimento informado como um único direito composto pelas faculdades intimamente ligadas da informação e consentimento posterior.

Centrado no dever de informação, o Prof. Manuel Ortiz Fernández trata das questões mais recorrentes, como a *quem* cabe o dever, qual o *con-*

teúdo, modo e tempo de prestação, mencionando, acertadamente e em acordo com a doutrina e jurisprudência pacíficas, a insuficiência da utilização de formulários de consentimento informado.

De facto, formulários com cláusulas gerais e ausência de qualquer informação individualizada não constituem prova de que haja informação e, muito menos, consentimento livre e esclarecido.

A completude da obra vem manifestada, também, no tratamento do consentimento informado dos menores de idade e dos maiores incapazes, a quem o Autor sublinha o reconhecimento de direitos e garantia de um desenvolvimento adequado e digno. Diga-se que esta visão mostra-se em perfeita harmonia com a própria Convenção de Oviedo, que especialmente prevê a proteção das pessoas que careçam de capacidade para consentir.

Finalmente, no terceiro capítulo, o Prof. Manuel Ortiz Fernández trata da responsabilidade civil pela violação do consentimento informado, seguindo com a pretensão de realizar abordagens completas e abrangentes, ao passo que estabelece uma aproximação multidisciplinar, incluindo outros ramos do Direito, bem como a análise da mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal e de questões de ordem prática, como o ónus da prova e o *quantum* das indemnizações.

A partir da conceituação do que chama de *leges artis* tradicional e da *leges artis* moderna, o Autor defende a inclusão das obrigações derivadas do consentimento informado nos estatutos reguladores das profissões de saúde.

Em suma, este livro trata da proteção da autonomia dos pacientes, o que se dá através do estudo aprofundado, abrangente e completo do direito ao consentimento informado e das consequências da violação deste direito.

O Autor, com reforçados fundamentos, revela-nos que, para determinar uma visão correta e uma devida tutela do direito ao consentimento informado, faz-se necessária designadamente a contribuição do conhecimento e envolvimento de *todas as disciplinas*.

Sem dúvidas, a consideração estanque do paciente enquanto doente, entre as quatro paredes do consultório médico, de nada adianta à concretização da sua tutela protetiva enquanto pessoa humana – que carece de olhares vindos de todos os pontos de vista para a devida proteção de todos os ângulos e expressões do seu *ser*.

Com o mesmo caráter inovador e atual, encontramos a obra da Professora Doutora Helena Pereira de Melo, *O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português*, que trata aprofundada e exaustivamente sobre o tema do consentimento informado, mas agora na experiência e legislação portuguesas.

A excelência da obra deve-se à própria autora, professora de Direito, jurista de notável saber jurídico e, igualmente, muito dedicada às questões bioéticas que estão na ordem dos nossos dias atuais, precisamente no âmbito da saúde – junção de características que confere ao livro uma visão absolutamente inteirada e bem fundamentada da matéria.

Assim como na obra do Prof. Manuel Ortiz Fernández – como não poderia deixar de ser -, o primeiro capítulo da obra da Prof.^a Helena Pereira de Melo aborda a evolução da relação médico-paciente, do “paternalismo clínico” à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, por forma a reconhecer a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre autonomia e proteção da vulnerabilidade intrínseca da pessoa doente.

A evolução da Medicina não se deu apenas no âmbito científico e tecnológico, mas também no contexto relacional, acarretando a imprescindibi-

lidade da adoção de novos moldes e renovados papéis, estes numa maior conformidade à dignidade humana, para o seu devido exercício prático.

Por forma a apresentar o panorama jurídico internacional dos direitos humanos relativo ao consentimento esclarecido para atos clínicos, a Autora dedica o segundo capítulo à análise dos principais textos do Direito Internacional que alicerçam o diálogo entre a bioética, a biomedicina e os direitos humanos: a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (ONU), a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina (Conselho da Europa), e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Ao partir para o Direito interno português, são analisados, primeiramente, o fundamento constitucional do consentimento informado, os seus regimes penal e civil, bem como a responsabilidade disciplinar profissional pelo consentimento informado. Na análise desta última, a completude da obra vem enfatizada: a Autora analisa separadamente a responsabilidade disciplinar de cada uma das profissões da saúde (médicos, médicos dentistas, odontologistas, farmacêuticos, enfermeiros, nutricionistas e psicólogos).

No capítulo quatro, vêm expostas as condições de obtenção do consentimento informado, livre e esclarecido, abordando-se as questões relativas à (in)capacidade para consentir, designadamente a prestação de informação e obtenção do consentimento de menores de idade e de maiores acompanhados, e, igualmente, a participação de familiares no plano de tratamento do paciente.

As situações excecionais de dispensa do consentimento informado são também abordadas, sendo elencadas pela Prof.^a Helena Pereira de Melo no capítulo cinco em situações de urgência, internamento compulsivo em caso de anomalia psíquica,

diretivas antecipadas de vontade, perícias médico-legais, vacinação obrigatória e notificação obrigatória de doenças transmissíveis.

No mesmo domínio, o Professor André Gonçalo Dias Pereira já ensinava, no âmbito da sua tese de Mestrado – *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente* (2004), sobre as exceções à obrigação de obter o consentimento (informado) divididas em dois grupos de situações: a *urgência* e as *autorizações legais*, sendo que neste último grupo elencava circunstâncias excepcionais semelhantes, como a vacinação obrigatória e o internamento compulsivo de doentes mentais.

Numa aproximação singular, o capítulo seis trata do consentimento esclarecido das pessoas submetidas a medidas privativas da liberdade. Neste ponto, a obra reconhece e reforça a manutenção da titularidade dos direitos fundamentais das pessoas reclusas, cuja autonomia deve ser protegida, inclusive nos casos de internamento de inimputável, a quem deve ser dado, sempre que possível, conhecimento do plano terapêutico.

Com especial interesse, o capítulo sete estabelece a forma que reveste a prestação do consentimento, ou seja, o modo de obtenção do consentimento informado, livre e esclarecido. A lição dada pela Autora baseia-se na defesa de um verdadeiro *diálogo* na relação médico-paciente, que desconsidera a validade do consentimento prestado por mera assinatura formal ou formulários padronizados.

O caráter vasto da obra manifesta-se no exaustivo elenco dos casos especiais de exigência de consentimento na forma escrita, que correspondem a situações específicas de maior e especial sensibilidade, nomeadamente os casos de interrupção voluntária da gravidez, realização de técnicas invasivas em grávidas e administração de gamoglobina anti-D, esterilização voluntária, procriação medi-

camente assistida, electroconvulsivoterapia e intervenção psicocirúrgica, colheita e transplante de órgãos, tecidos e células de origem humana, testes genéticos, colheita e armazenamento de material biológico para testes genéticos, colheita e dádiva de sangue humano, diagnóstico pré-natal, bases de dados genéticos, investigação sobre o genoma humano, videovigilância de doentes, colheita de peças, órgãos e tecidos de cadáveres para ensino e investigação científica, investigação biomédica, bases de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, gravações de pessoas em fotografia ou suporte áudio ou audiovisual e uso *off-label* de medicamentos.

Certo é que se os constantes avanços biocientíficos no âmbito da medicina acarretam a necessidade de atualização igualmente constante por parte dos profissionais de saúde, especialmente pormenorizada deve ser a prestação de informação ao paciente, naturalmente leigo.

No capítulo seguinte, a Autora trata do consentimento informado no âmbito do consumo de bens e serviços de saúde, ao considerar que a pessoa, na condição de consumidora de bens e serviços prestados por profissionais de saúde, tem direito, para além da qualidade, a ser previamente informada acerca do consumo. Em defesa da transparência e da condenação de publicidade enganosa, a abordagem da obra vincula o direito à informação ao respeito pela livre escolha de serviços, denotando a indispensável presença do consentimento informado desde o primeiro contacto da relação médico-paciente.

Em seguida, no capítulo nove, aborda-se o *Consentimento para o tratamento de dados pessoais de saúde*. Neste domínio, a Autora denota a função do consentimento esclarecido e explícito do titular para o tratamento dos dados de saúde que, *a priori*, é

proibido pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. A Professora refere, de forma completa, os direitos que derivam da autodeterminação informacional do titular dos dados pessoais de saúde.

Já no capítulo seguinte, a atenção volta-se para o consentimento no âmbito da medicina do trabalho. A Autora conclui pela aplicação das normas e princípios reguladores da obtenção do consentimento sério, livre e esclarecido do trabalhador, sendo que ao médico do trabalho são atribuídos deveres profissionais com especiais nuances, mormente no que diz respeito à proteção contra a discriminação do trabalhador.

No que respeita ao internamento em unidades de hospitalização domiciliaria, o capítulo onze trata do papel do consentimento informado no que respeita a essa modalidade de internamento. Quanto ao dever de informação, a Autora menciona a relevância de que se informe acerca da garantia de imediata readmissão hospitalar, caso necessário ou desejado.

No capítulo doze, por sua vez, vem abordado o consentimento em contexto de cuidados paliativos e de fim de vida. A Prof.^a Helena Pereira de Melo sublinha o caráter fundamental e essencial do respeito pelo consentimento da pessoa doente ao reconhecer, primeiramente, os valores base dos cuidados paliativos como o respeito pela dignidade, autonomia, individualidade e inviolabilidade da vida humana; bem como ao transcrever os pontos-chave de tratamento referidos pela legislação, como a consideração pelas necessidades individuais dos pacientes, e o direito destes de participar nas decisões sobre os cuidados paliativos que lhe são prestados.

O *Consentimento na Telemedicina* – formato que ganhou especial relevo no contexto pandémico – vem tratado no capítulo treze. Aborda-se, de forma ampla, os mais diversos aspetos jurídicos relaciona-

dos à prática da telemedicina, designadamente as várias normas e despachos emitidos pelo Governo sobre a matéria e a sua prática no âmbito do Sistema Nacional de Saúde, por forma a reconhecer o papel fundamental que desempenha na resposta aos desafios na acessibilidade aos cuidados de saúde.

No que concerne ao dever de informação e ao regime da obtenção do consentimento esclarecido na telemedicina, a obra ensina sobre a aplicabilidade das regras quanto à prestação de cuidados de saúde sem recurso às Tecnologias de Informação e de Comunicação, com algumas especificidades, como a exigência da prestação por escrito.

Releva mencionar que, ainda em 2004, a mesma perspectiva já vinha apresentada na obra do jurista André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, supramencionada. Ao tratar do nível de informação a ser prestado no âmbito da telemedicina, o Professor Dias Pereira já afirmava o gozo dos mesmos direitos à informação e ao consentimento dos pacientes tradicionais. Entretanto, reconhecia o direito a uma explicação ainda mais densa, ao considerar a amplitude do acesso à informação pelos pacientes nos *sites* da *internet*, bem como, ao nível da proteção da privacidade, a relevância da informação acerca do risco de acesso (ilícito) por terceiros nas atividades *on line*.

No capítulo seguinte, ao tratar do *Consentimento nos Cuidados de Saúde Transfronteiriços*, a Prof.^a Helena Pereira de Melo, ao partir do reconhecimento do princípio da universalidade e da não discriminação em razão da nacionalidade, ensina a regra sobre a aplicabilidade legal no caso de prestação de cuidados de saúde a beneficiário do SNS no território de outro Estado membro da União Europeia: deve-se aplicar a legislação nacional respetiva, bem como os pontos em comum de outras normas e diplomas, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União

Europeia e a Convenção de Oviedo, quando o Estado for vinculado a esta.

No capítulo quinze, a Autora ensina sobre as nuances particulares do *Consentimento nas Terapêuticas não Convencionais*, designadamente o direito do utilizador a escolher livremente a terapêutica que entender, sendo exigida, quanto à forma de expressão do consentimento informado prévio, o uso de meio adequado relativamente às boas práticas da profissão.

No último capítulo, ao tratar dos casos de *Recusa de assistência pelo profissional de saúde* e ao partir da menção à regra geral de que o médico não tem o dever de tratar o doente, a Autora ensina sobre as mais diversas regras deontológicas que limitam essa liberdade, precisamente quando há perigo de vida da pessoa doente.

Essencialmente, a obra da exímia jurista Helena Pereira de Melo revela-nos que o instituto do consentimento esclarecido na prestação de cuidados de saúde almeja uma relação entre profissional de saúde e paciente baseada nos valores da lealdade, da boa-fé e da responsabilidade.

Em abordagem comparativa, é possível reconhecer uma coincidência entre a mensagem das obras ora apresentadas, designadamente no que respeita à relevância dada à multidisciplinidade por ambos os Autores: Ao passo que o Prof. Manuel Ortiz Fernández defende a necessidade da contribuição de todas as disciplinas para a devida proteção do consentimento informado do paciente (que não deve ser considerado de maneira estanque), a Prof.^a Helena Pereira de Melo reconhece a transversalidade das regras sobre a obtenção e o respeito pelo consentimento esclarecido na área da saúde a todos os diferentes tipos de cuidados prestados.

Em tom conclusivo, ao caráter multidisciplinar duplamente reconhecido pelas ilustres obras apresentadas, deve ser sempre somado, para o devido

atendimento do consentimento esclarecido, livre e consciente, o respeito pela subjetividade de cada paciente – é o que já afirmava o Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira, com excelência, ao reconhecer o «padrão do paciente concreto»: “o dever de informar sendo parte integrante das *leges artis* (*lato senso*), deve ser realizado tal como todo o acto terapêutico: *a cada paciente a sua dose!*”

ESTATUTO EDITORIAL DA REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO DA SAÚDE — LEX MEDICINAE

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ é uma publicação semestral de carácter académico, pertencendo ao Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de quem depende a sua orientação e todas as demais responsabilidades internas e externas.

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ visa aprofundar o estudo científico do direito da saúde, incluindo o direito médico, o direito farmacêutico, o biodireito e outros ramos afins.

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ destina-se à comunidade jurídica em geral, em especial aos advogados, magistrados e académicos que trabalhem no âmbito do direito da saúde, dos administradores e gestores hospitalares, das várias classes de profissionais de saúde, bem como dos representantes de pacientes e do público em geral que procure uma informação de qualidade e especializada.

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ privilegia no seu conteúdo a informação isenta e rigorosa, com total respeito pela liberdade académica e de livre expressão da opinião jurídico-científica.

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ assume-se como independente de

qualquer doutrina ou ideologia, do poder político e autárquico, de partidos ou associações políticas, patronais, sindicais e profissionais, bem como de entidades económicas e financeiras, apenas respondendo perante os órgãos sociais do Centro de Direito Biomédico e da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ respeita as leis de mercado, mas, nos seus compromissos comerciais ou de patrocínio, salvaguardará sempre os valores deontológicos que persegue, e o espírito de uma publicação académica.

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ participa no debate das grandes questões que se colocam à sociedade portuguesa no domínio do biodireito, da regulamentação do sector da saúde, dos direitos dos pacientes e da responsabilidade dos profissionais de saúde, bem como da política geral no sector da saúde.

A Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinæ considera que a existência de uma comunidade académica, jurídica, médica e de todas as demais classes que intervêm no processo da saúde permitirá melhorar a prestação de cuidados de saúde, um desenvolvimento do respeito pelos direitos do paciente e um desenvolvimento harmónico do direito da saúde em Portugal.

