

SAÚDE, NOVAS TECNOLOGIAS e RESPONSABILIDADES

Nos 30 Anos do
Centro de Direito
Biomédico

Cadernos da Lex Medicinæ
Lex Medicinæ Supplements

I


Centro de
Direito **Biomédico**

4

Cadernos da Lex Medicinæ

SAÚDE, NOVAS TECNOLOGIAS e RESPONSABILIDADES

Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico

Vol. 1



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/DIR04643/2013)



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

Ficha Técnica

Coordenação Editorial da Coleção

João Loureiro
André Dias Pereira
Carla Barbosa

Caderno coordenado por:

André Dias Pereira
Javier Barceló Doménech
Nelson Rosenvald

Propriedade dos Cadernos (Morada da Redação)

Centro de Direito Biomédico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
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 | Pátio das Escolas, 3004-528 Coimbra

Cadernos da Lex Medicinæ n.º 4 · Vol. I · 2019

Execução gráfica

Ana Paula Silva

ISBN 978-989-8891-48-8

Estatuto Editorial disponível em:

<https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes>

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 · VOL. I

PREFÁCIO iii <i>André Gonçalves Dias Pereira</i>	DIÁLOGO(S) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BIOMÉDICO91 <i>André Gonçalves Dias Pereira Eduardo António da Silva Figueiredo</i>
PRÓLOGO..... v <i>Nelson Rosenvald</i>	ASPECTOS ÉTICOS E LEGAIS DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO — O CASO PARTICULAR DA PARTILHA DE INFORMAÇÃO GENÉTICA ENTRE FAMILIARES EM SITUAÇÕES DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS HEREDITÁRIAS..... 109 <i>Carla Barbosa</i>
PRÓLOGO.....vii <i>Javier Barceló Doménech</i>	RESPONSABILIDADE CIVIL POR CEGUEIRA E SURDEZ PROVOCADAS POR “AIRBAG”: CONCAUSA PREEXISTENTE 117 <i>Charles de Sousa Trigueiro Robson Antão de Medeiros</i>
CÚMULO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA..... 1 <i>Abel Feliciano Severino Chicunha</i>	LOS MENORES Y LAS DIETAS ALIMENTICIAS. POSIBLES RESPONSABLES 127 <i>Cristina Lopez Sánchez</i>
LA RESPONSABILIDAD DEL MATRIMONIO POR LAS DEUDAS SANITARIAS..... 9 <i>Adrián Arrébola Blanco</i>	MHEALTH E SMART CONTRACTS: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL À LUZ DO REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS?..... 139 <i>Daniel de Senna Fernandes</i>
CONSENTIMENTO INFORMADO, CONSENTIMENTO PRESUMIDO E O DANO À AUTODETERMINAÇÃO DOS PACIENTES21 <i>Adriano Marteleto Godinho</i>	WRONGFUL BIRTH ACTION E O DEVER DE INFORMAR»..... 155 <i>Daniella Aloise Borges</i>
O FENECER DA DISTINÇÃO ENTRE A OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO NA RESPONSABILIDADE CI- VIL CONTRATUAL MÉDICA.....33 <i>Alexandre Dartanhan de Mello Guerra</i>	NOVAS TECNOLOGIAS E A RESPONSABILIDADE NA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL 169 <i>Débora Gozzo</i>
A PESSOA SOB O OLHAR DAS NEUROCIÊNCIAS: O CORPO E A CONCEÇÃO NATURALISTA DE PESSOA51 <i>Ana Elisabete Ferreira</i>	AS DIFICULDADES PROBATÓRIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DO RECURSO A PRESUNÇÕES E À PERDA DE CHANCE 179 <i>Diana Antão Seabra</i>
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO79 <i>Ana Jéssica Soares Viana Luciana Fernandes Berlini</i>	

A PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS EM TEMPOS DE (R)EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE SAÚDE.....	195	MUERTE DIGNA, EUTANASIA Y SUICIDO ASISTIDO EN ESPAÑA	241
<i>Eduardo António da Silva Figueiredo Juliana Filipa Sousa Campos</i>		<i>Federido Arnau Moya</i>	
UNIFORMIZAÇÃO, COLETIVIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO PROCESSUAL DA TUTELA DA SAÚDE SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	211	O CONSENTIMENTO INFORMADO SILENCIADO NA ESFERA DA TELEMEDICINA	253
<i>Elton Venturi Thais Goveia Pascoaloto Venturi</i>		<i>Filipa Moreira Azevedo</i>	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS DO BRASIL	227	MODULAÇÃO GÊNICA EM EMBRIÕES HUMANOS	263
<i>Felipe Dutra Asensi Vanessa Velasco Hernandez Brito Reis</i>		<i>Graziella Trindade Clemente</i>	
		DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO E O EFEITO “THE SIMS”	277
		<i>Heloisa Maria de Luca</i>	

PREFÁCIO

André Gonçalo Dias Pereira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico

20 de maio de 1988 — o Conselho Científico da Faculdade de Direito de Coimbra teve o arrojo de deliberar a criação de um “*Centro de estudos jurídicos para a aplicação das novas técnicas biomédicas*”, por proposta do Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Em novembro de 1997, o Centro constituiu-se em Associação privada sem fins lucrativos. Esta entidade vocacionada para a investigação e formação pós-graduada caracteriza-se por uma estrutura flexível e “em rede”, que assenta sobretudo na boa vontade e entusiasmo dos investigadores, dos formadores e outros colaboradores que — em cada momento — criam sinergias inovadoras e que rompem as amarras do dogmatismo.

Os nossos investigadores são “séniores” e “juniores”, são docentes da Faculdade de Direito, de outras Faculdades e ainda juristas, médicos, enfermeiros, farmacêuticos ou outros profissionais que oferecem uma excecional mais-valia ao saber que neste Centro se produz; são portugueses, brasileiros, espanhóis ou de outros cantos do mundo.

Os nossos formadores são Catedráticos, Doutores, mestres ou especialistas em Direito ou Medicina, Farmácia, em Ciências ou Filosofia ou Humanidades que têm algo de importante para transmitir, para instruir, para partilhar com os auditores que — ano após ano — continuam a confiar nos nossos cursos na área do Direito da Medicina e do Direito da Farmácia e do Medicamento.

Ao longo dos últimos 18 anos, este saber tem sido publicado, primeiro com a chancela da Coimbra Editora, em 23 monografias, agora seguidos de dois livros editadas pela Editora Petrony e — como publicação periódica — na *Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Lex Medicinae*, agora editada pelo Instituto Jurídico.

Neste contexto institucional, em boa hora o coordenador da área Vulnerabilidade e Direito, Prof. Doutor João Loureiro, lançou os “Cadernos da Lex Medicinae”, linha editorial que acolhe este quarto número.

É esse o espírito de dádiva e partilha intelectual que encontramos nesta obra. Autores brasileiros, espanhóis e, naturalmente, portugueses, entre os mais consagrados e conceituados nos domínios da responsabilidade civil e direito da medicina, aceitaram acorrer a Coimbra, nos dias 10 e 11 de maio de 2018, para testemunhar a vivacidade do nosso Centro de Direito Biomédico!

A eles se juntaram dezenas de comunicações livres, algumas aqui publicadas, bem como outros textos de Associados do CDB que gentilmente se associaram a esta publicação, respondendo — mais uma vez — “presente” ao convite que lhes foi dirigido.

A todos, o nosso muito obrigado, mas especialmente aos dinamizadores deste projeto em Espanha e no Brasil, o Prof. Doutor Javier Barceló Dome-

nech (Alicante) e o Prof. Doutor Nelson Rosenvald (Belo Horizonte). Sem eles este evento não teria sido possível, nem teria tido o sucesso científico que esta obra visa testemunhar!

André Gonçalo Dias Pereira
Novembro de 2018

PRÓLOGO

Nelson Rosenvald ⁽¹⁾

Tenho a honra de ser o vértice brasileiro da congregação Ibero-americana ABC, alcunha designativa das iniciais das três cidades em que construímos nossas vidas: A (Alicante, de Javier), B (a minha Belo Horizonte); C (Coimbra do André). Inicialmente, conjuguei esforços com os diletos amigos e professores de duas importantes universidades europeias para a organização de um congresso que seria dedicado às fronteiras entre o direito médico, novas tecnologias e responsabilidade civil.

Porém, a certa altura, André nos sugeriu uma mudança de rumo: integrar o nosso evento à efeméride dos 30 anos do CDB de Coimbra. Senti-me tal como descreveu Rubem Alves: “O encontro inesperado, as situações inusitadas, o que não foi combinado, mas tinha que acontecer”. Dessa provocação, em maio de 2018 se deu uma vibrante confraternização entre professores espanhóis, portugueses e brasileiros que valorizaram sobremaneira a comemoração do aniversário da já “balzaquia-

na” Associação acadêmica de Direito Biomédico.⁽¹⁾

A obra que ora apresentamos consiste em uma síntese dos dois dias de diálogos entre medicina e direito e também uma modesta contribuição ao invejável acervo edificado a partir de 1988 pelos Professores Francisco Manuel Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Costa Andrade, Sinde Monteiro e tantos outros que contribuem para um notável trabalho de investigação científica e formação de profissionais qualificados em Portugal e diversos países, agora sob a liderança de André Dias Pereira.

Agradecemos aos colegas que incorporaram os seus escritos a esta publicação e, principalmente, à Direção do Centro de Direito Biomédico, por facultar ao jovem grupo ABC o preenchimento de uma das páginas de sua portentosa biografia. De acordo com a milenar sabedoria judaica, “somos sempre levados para o caminho que desejamos percorrer”. Portanto, temos a sentimento do dever cumprido.

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Pós-Doutor em Direito Civil (Roma Tre) e em Direito Societário
(Coimbra)

PRÓLOGO

Javier Barceló Doménech ⁽¹⁾.

No me resulta nada fácil condensar en pocas líneas las ideas y pensamientos que me vienen a la mente desde que mi buen amigo André Pereira me invitó a realizar uno de los tres prólogos de este número de *Lex Medicinae* que el lector tiene entre sus manos.

Coimbra marca a todos los que pasan por ella. La ciudad de los estudiantes, de los doctores, de los amores prohibidos y de las tradiciones académicas. En cada regreso, y volvemos muchas veces, confirmamos los acordes del Fado que nos dice que «Coimbra é uma lição» y en ella «aprende-se a dizer saudade». Quien ama la Universidad no puede dejar de percibir el espíritu académico único que envuelve a quien traspasa la *Porta Férrea*. Es, de hecho, un privilegio tener la oportunidad de evidenciar en primera persona, de conocer tan de cerca esta institución donde se respira conocimiento y donde investigan, enseñan y estudian ciudadanos libres, en un ambiente de profundo respeto.

En el marco de tan prestigiosa Universidad y Facultad de Derecho, el Centro de Derecho Biomédico, que fue creado hace ahora treinta años, ha conseguido dar respuesta adecuada al legado recibido de generaciones pasadas de grandes maestros: una gran Escuela de Cultura Jurídica portuguesa y europea. En este tiempo, en que ha madurado la

brillante idea inicial del Prof. Guilherme de Oliveira, el CDB ha conseguido posicionarse como un centro de investigación de referencia nacional e internacional, con una calidad pedagógica y científica sobradamente reconocida.

El Congreso «Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidade» del pasado mes de mayo vino a sumarse a las celebraciones del XXX Aniversario del CDB. Investigadores *juniors y seniors*, académicos y prácticos de Brasil, España y Portugal pudimos, durante dos días, compartir conocimientos en esta parcela del saber jurídico que une al Derecho y a la Medicina, y que sin duda constituye uno de los grandes retos que la ciencia jurídica debe afrontar en los próximos años. Hoy creo, más que nunca, que la investigación debe también ser hecha de modo colectivo, y por ello mismo son necesarias instituciones como el CDB, que abren sus puertas al exterior y con exquisita cortesía universitaria facilitan que la relación entre personas de diferentes países puede ser fructífera.

¡Pasaron treinta años! Deseo que el CDB continúe su labor de formación, dentro y fuera de Portugal. Y que, guiados por la Torre de la Universidad, la «velha cabra» que marca el paso del tiempo, podamos encontrarnos en futuras iniciativas de esta verdadera cátedra del conocimiento.

¹ Catedrático de Derecho Civil | Universidad de Alicante

CÚMULO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Abel Feliciano Severino Chicunha ⁽¹⁾

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
BFDC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
BGH	Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal Alemão)
CC	Código Civil
CCF	Cour de Cassation de France (Tribunal de Cassação da França)
CDOM	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CP	Código Penal
CRA	Constituição da República de Angola
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGPI	Diagnóstico Genético Pré-Implantação
DPN	Diagnóstico Pré-natal
PMA	Procriação Medicamente Assistida
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROM	Revista da Ordem dos Médicos
STA	Supremo Tribunal Administrativo
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional

Palavras-Chave: *Obrigações de meios e obrigações de resultado, leges artis, médico, paciente, profissional de saúde.*

Keywords: *Means obligations and result obligation, leges artis, doctor, patient, health care professional.*

Resumo: *A responsabilidade médica não é actual. Face a ausência de estipulação legal, comumente adopta-se o princí-*

pio da culpa para a responsabilidade civil médica contratual e extracontratual.

Nos últimos anos, começam a dar entrada nos tribunais, maxime, portugueses e angolanos, um número considerável de acções de indemnização contra médicos.

No erigido princípio da autonomia da vontade, na sua manifestação da liberdade contratual, previsto no n.º 1, do artigo 405.º, do CCiv. Português, que conjugado com a disposição geral do artigo 1154.º do CCiv, auferimos o contrato de Prestação de Serviços Médicos, como contrato social e nominado.

No que concerne à actividade médica, encontramos, em regra, obrigações de meios: o médico não se vincula à obtenção de determinado resultado (a cura do doente) apenas se obriga a empregar a diligência, o cuidado devido, a utilizar o seu saber que as técnicas e a ciência colocam à sua disposição, respeitando as leges artis, em ordem a alcançar o tratamento do doente.

A distinção obrigação de meios e obrigação de resultado deve-se a René Demogue.

Abstract: *The medical liability is not actual. Lack of legal stipulation, commonly adopt the principle of fault to medical liability (contractual and extracontractual).*

At the last years, we see in courts (Portuguese and Angolans), a considerable indemnity actions numbers against doctor.

In principle of autonomy of will, in manifestation of contractual liberty, stipulated in article 405.º/1, CCiv Português, conjugated with general disposition of article 1154.º do CCiv, we get medical service delivery contract.

The medical activity is normally obligations of means. The doctor doesn't obligate to obtain some result (the patient solve) only obligates to do everything, to be care, respect the leges artis, to get patient's treatment.

The division of means obligation and result obligation belong to René Demogue.

⁽¹⁾ Estudante, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. Introdução

O presente ensaio resulta da comunicação por nós feita, no congresso “saúde, novas tecnologias e responsabilidade” organizado pelo Centro de Direito Biomédico, alusivo ao seu 30 anos desde a sua criação. Assim, atendemos ao caloroso convite do Director do Centro (CDB) da Faculdade de Direito de Coimbra, Mestre André Dias Pereira⁽¹⁾.

Numa área que nutrimos interesse (o Direito Civil), é sempre difícil delimitarmos o que escrever. No entanto, para agradecer aos participantes e leitores escolhemos o Cúmulo de Responsabilidade Civil na Responsabilidade Civil Médica.

A responsabilidade médica não é actual. Sua origem pode ser encontrada no mundo judaico-cristão, onde o médico era encarado como um sacerdote que realizava rituais religiosos, com uma posição de supremacia face ao doente e sobre o qual exercia autoridade.

As primeiras referências positivas à responsabilidade do médico encontram-se no Código de Hamurabi (séc XVIII a. C).

O Código Civil Português e o angolano, bem como os códigos de diversos outros países, seguindo o Código Napoleão, não contêm nenhuma norma relativa à responsabilidade médica, nem o enquadramento da profissão médica. Assim sendo, adopta-se comumente o princípio da culpa para a responsabilidade civil médica contratual e extracontratual.

Nos últimos anos, um pouco por toda parte, começam a dar entrada nos tribunais, maxime,

¹ Aos presentes no congresso ressaltamos, e aos que venham a ler este artigo, sublinhamos que; ao invés de Mestre é correcto tratarmos André Gonçalo Dias Pereira por Dr. André Gonçalo Dias Pereira.

portugueses e angolanos, um número considerável de acções de indemnização contra médicos. O crescimento do número de acções contra profissionais de saúde pode, segundo Christian von Bar, traduzir-se na Demokratisierung der Berufshaftung, ou seja, na democratização da responsabilidade profissional.

São factores do aumento significativo das acções tendentes a responsabilizar o médico⁽²⁾:

Maior tendência de segurança do homem moderno e sua menor passividade;

Tomada de consciência do paciente dos seus direitos;

Destaque dado pela imprensa aos casos de responsabilidade médica;

Influência dos seguros de responsabilidade civil de terceiro.

II. Natureza da Obrigação Médica: Obrigação de Meios ou obrigação de resultado.

Se, num sentido técnico, a obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa deve prestar a outra uma certa prestação, “normalmente”⁽³⁾, é no contrato onde se encontra a origem da relação obrigacional.

Longe da ideia concreta de *contratus* dos juriconsultos romanos da época clássica, o Code Civil⁽⁴⁾ e o Código Civil Português de 1867⁽⁵⁾ vieram estabelecer uma ideia genérica de contrato.

² Referimo-nos ao médico em sentido amplo, conglobando todos os profissionais de saúde, tais como: Enfermeiro, Fisioterapeutas, Técnicos de Saúde, Mecânico Protista, etc.

³ Dissemos “normalmente” porque é mais comum entre o médico e o doente haver um contrato. Mas não é fundamentalmente assim, a responsabilidade do médico não tem que ser sempre contratual.

⁴ 1ª Edição do Code Civil

⁵ 2ª Edição do Código Civil português de 1867)

Aquele, no seu artigo 1101.º definia o contrato como “uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante uma ou várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa”; este, no seu artigo 641º, definia o contrato como “acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação”⁽⁶⁾.

O Código Civil actual não define, em especial, nem regula o contrato de Prestação de Serviços Médicos. É no erigido princípio da autonomia da vontade, na sua manifestação da liberdade contratual, previsto no n.º 1, do artigo 405º, do CCiv. Português, que conjugado com a disposição geral do artigo 1154º do CCiv, auferimos o contrato de *Prestação de Serviços Médicos*, como contrato social e nominado⁽⁷⁾.

A *Prestação de Serviços Médicos*, como contrato, obedece as seguintes características: é pessoal, de execução continuada, sinalagmático e oneroso. Ficando o médico obrigado à prestação complexa ou múltipla.

Tomando em conta o objecto da obrigação, René Demogue⁽⁸⁾ e seus seguidores, pese embora já ter sido a problemática debatida no direito romano, no antigo direito francês e na doutrina alemã dos finais do século XIX, faz a bipartição das obrigações entre obrigação de meios e obrigação de re-

sultado⁽⁹⁾ ou, na terminologia francesa, obligations de moyen et obligations de résultat.

Os autores erigiram a distinção em termos gerais. No que concerne à actividade médica, encontramos, em regra, obrigações de meios: o médico não se vincula à obtenção de determinado resultado (a cura do doente) apenas se obriga a empregar a diligência, o cuidado devido, a utilizar o seu saber que as técnicas e a ciência colocam à sua disposição, respeitando as *leges artis*, em ordem a alcançar o tratamento do doente. Segundo Hans Georg Gadamer, “o médico sabe-se um simples ajudante da natureza”; andou bem o autor. Pois, a actividade médica está sujeita ao acaso, às reacções fisiológicas específicas do doente, que por vezes insiste em desafiar as expectativas mais prováveis⁽¹⁰⁾.

Nas obrigações de resultado, o devedor (médico) obriga-se a proporcionar ao paciente determinado resultado ou efeito útil. Excepcionalmente, consideram-se obrigação de resultado, por força da doutrina e da jurisprudência, designadamente: a realização de um exame, de uma análise clínica ou de uma ecografia, ou ainda a produção de uma prótese. Para tal tem-se invocado o grau de especialização técnica destes tipos de exames ou análises e, concomitantemente, a inexistência de margem de incerteza⁽¹¹⁾.

⁶ Na civilística portuguesa, a noção mais ampla de contrato começa a fazer eco antes do surgimento do Código de Seabra. A sua aberta consagração parecia bastar tão-somente a introdução inequívoca do princípio da consensualidade dos contratos translativos. Manuel de Andrade, *Noção de Contrato*.

⁷ Segundo Ferreira de Almeida, “o contrato de prestação de serviços médicos é um contrato civil (nunca acto de comércio), celebrado intuitu personae e é um contrato de consumo e, portanto, merecedor da aplicação das regras de protecção dos consumidores”. Cfr. Ferreira de Almeida, *Contrato, I- Conceitos, Fontes, Formação*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.

⁸ René Demogue, *Traité des Obligations*, Tomo V, Paris, 1925, n.º 1237, e tomo VI, 1931, n.º 599.

⁹ Segundo Demogue «L’obligation qui peut peser sur un débiteur n’est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen (...)». Cfr. Moitinho de Almeida, *Responsabilidade Civil do Médico e do seu Seguro*, In *Scientia Iuridica*, tomo XXI, pags 227 ss.

¹⁰ Pedro, Rute Teixeira, *A Responsabilidade do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008. P 93 ss e Pereira, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, P 617.

¹¹ “Uma coisa é, habitualmente, a actividade médica ter como objecto a cura do doente e outra é, excepcionalmente poder ter”, José Manuel Fernández Hierro, *Sistema de Responsabilidade Médica*, ano 2002, P.36 ss.

André Pereira⁽¹²⁾ mostra-nos que não devemos elevar à categoria de obrigações de resultado todos os exames médicos, como fez o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão 4/03/2008, afirmando o seguinte “ o facto de os exames laboratoriais serem uma actividade médica com alto nível de especialização, o que exige a certeza dos resultados. Continua o Supremo em obiter dicta, os exames médicos na área da bioquímica, radiologia e, sobretudo, nas análises clínicas seguem o regime, mais rigoroso, das obrigações de resultado” por outro lado, aquela instância elevou à obrigação de meios as especialidades de medicina interna, cirurgia, cardiologia e gastroenterologia.

Antes mesmo de fazer um reparo à tese do Supremo, o A., leva-nos a perceber que, segundo o entendimento do Supremo, “ se se vier a confirmar a posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise”⁽¹³⁾.

Não aceitando a afirmação genérica “ qualquer intervenção na área da bioquímica, radiologia e nas análises clínicas está sujeita ao regime das obrigações de resultado”, André Pereira apresenta os motivos de rejeição, para depois propor a sua tese, que sufragamos. Inicia o A., por dizer; algumas técnicas no âmbito da bioquímica, da radiologia e das análises clínicas podem ser de grande complexidade e de resultado imprevisível em função de certas características do doente. Donde, só casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção médica deve ser rejeitada ao regime das obri-

gações de resultado. Por outro lado, deve ser aqui lembrada a obrigação de informação, sendo que por essa via se poderá encontrar a resolução dos casos mais complexos”.

Conclui aquele corifeu do direito médico Luso que “não podemos tirar conclusões definitivas e rígidas a propósito da natureza das obrigações de meios e de resultado das actividades de uma determinada especialidade médica, em geral. Designadamente no âmbito das análises laboratoriais e dos exames de anatomopatologia, nem sempre é possível garantir um resultado e em certos casos a interpretação do resultado depende da interpretação do especialista. Donde o tribunal deve recorrer a peritos médicos que ajudem a avaliar se determinada intervenção ou exame é complexa ou simples, se se pode exigir um resultado certo ou apenas o cumprimento dos deveres de cuidado e zelo profissional⁽¹⁴⁾”.

Também está sob alçada da obrigação de resultado a actividade do médico dentista. Cremos, somente a actividade que seja de elaboração da prótese, adequando-se essa à anatomia concreta do paciente, seja de resultado.

Apesar de ser considerado corifeu da distinção, Demogue não pode ser considerado seu precursor. Todavia, ninguém reclama que é a ele que vamos buscar a classificação bipartida da obrigação de facto positivo: Obrigação de meios e obrigação de resultado.

Longe de ser uma obrigação de resultado, como se entendia na pré-história e na Idade Média, actualmente, doutrina e jurisprudência entendem que, por regra, a obrigação médica é uma obrigação de meios, ou seja, o exercício da medicina não promete cura, mas sim tratamento adequado, se-

¹² André Pereira, Direitos do Paciente e Responsabilidade Médica, P. 629 ss.

¹³ André Pereira, Direitos do Paciente e Responsabilidade Médica, P. 629.

¹⁴ André Pereira, Direitos do Paciente e Responsabilidade Médica, P. 631-632.

gundo as normas de prudência, perícia e diligência, padrão de conduta ético e comprometido por parte do profissional em favor da melhora do paciente.

III. Cúmulo de Responsabilidade

Para tratar do cerne da questão a que nos propusemos abordar no congresso, começemos com a seguinte ilustração hipotética. A, médico cirurgião que se comprometera perante B a realização de certa cirurgia, desfere lesões extracirúrgicas ao paciente; C, mecânico protista, em vez de entregar ao cliente a prótese com as dimensões solicitadas, entrega ao paciente prótese com dimensões aquém das medidas, causando esta lesões ao paciente. Estes e outros exemplos semelhantes que ocorrem na vida prática levantam, muitas vezes, o problema do cúmulo de responsabilidade civil.

O direito das obrigação, sem pretermirmos o tertium genus⁽¹⁵⁾, reparte-se em duas partes: i)-o direito dos contratos e; ii)- a responsabilidade civil. Na tradição doutrinal, os autores distinguem dois tipos de responsabilidades: *contratual e extracontratual*.

Esta bipartição de responsabilidade reconduz a responsabilidade extracontratual à violação de direitos dotados com eficácia erga omnes; portanto, a responsabilidade contratual ao incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, independentemente da fonte de onde brotou. Assim, nas palavras de Mafalda Castanheira Neves “ não se pode falar de uma relação de especialidade que permite a responsabilidade contratual (por ser específica)

¹⁵ Também podendo ser chamadas terra de ninguém. Fazem parte dela: a responsabilidade pré-contratual ou a responsabilidade pela culpa in contrahendo, a responsabilidade pela confiança, a responsabilidade pela violação de deveres decorrentes da boa fé, a responsabilidade pós-contratual, a responsabilidade do gestor de negócios. Etc. Mafalda Castanheira Neves, Lições de Responsabilidade Civil, P.22.

afastar a responsabilidade extracontratual⁽¹⁶⁾.

Por razões práticas e sistemática, o Code Civil, trata respectivamente nos artigos 1101° a 1309° e 1370° a 1386° da responsabilidade civil contratual e extracontratual; o BGB que regula nos artigos 241° ss da responsabilidade contratual e, no artigo 823° ss a responsabilidade extracontratual. Seguindo aqueles dois códigos, o CCiv Português trata no artigo 483° ss da responsabilidade extracontratual e no artigo 798°ss da responsabilidade civil extracontratual⁽¹⁷⁾.

O tratamento separado de regimes implica diferença dos mesmos no que cerne ao ónus da prova da culpa, ao prazo de prescrição e à responsabilidade de facto de terceiro.

Quanto a culpa, na responsabilidade civil contratual a culpa se presume, artigo 799° do CCiv, ou seja, cabe ao médico-lesante provar a sua não culpa. Ao invés, na responsabilidade extracontratual é o paciente-lesado que tem que provar a culpa do médico. As acções de responsabilidade civil extracontratual estão sujeitas ao prazo de prescrição de três (3) anos, artigo 498° do CCiv. O prazo de prescrição das acções de responsabilidade civil contratual é o ordinário, ou seja, elas prescrevem decorridos vinte (20) anos, artigo 309° do CCiv. Na responsabilidade contratual o médico-devedor da prestação médica responde pelo facto dos seus enfermeiros ou do médico que o substituíam, independentemente da comissão (*subordinação ou dependência entre médico-devedor e preposto*), artigo 800° do CCiv; ao passo que, na responsabilidade civil extracontratual, para que o médico devedor responda por actos de terceiros é necessário que

¹⁶ Mafalda Castanheira Neves, Lições de Responsabilidade Civil, P.19

¹⁷ Mafalda Castanheira Neves, Lições de Responsabilidade Civil, P.13.

exista uma relação de comissão entre aquele médico-devedor e o seu preposto, artigo 500º do CCiv.

Todavia, o regime da obrigação de indemnizar, previsto nos termos do artigo 562ºss do CCiv, nas suas normas atinentes ao nexos de causalidade, cálculo da indemnização e a culpa do lesado, é aplicável quer à responsabilidade contratual quer à responsabilidade extracontratual. Ou seja, é comum a ambas responsabilidades.

Cientes da actual tendência da unificação ou aproximação dos regimes (*responsabilidade contratual e extracontratual*), é bom ver o problema sob um prisma sistemático, prático, não dogmático, vantajoso⁽¹⁸⁾. Porém, seguindo doutrina⁽¹⁹⁾ e jurisprudência maioritárias admitimos o cúmulo de responsabilidade (*contratual e extracontratual*).

IV. Conclusão

Resta-nos, para concluir, deixarmos algumas considerações. Muitas vezes, estamos perante o concurso (aparente ou efectivo), violando-se normas de ambas responsabilidades, no entanto só há uma única conduta ilícita merecedora de indemnização. Com o cúmulo de responsabilidades, observa-se o princípio “adjectivo” da economia processual, ou noutras palavras, em vez de o demandante

intentar duas acções contra o mesmo demandado, para um único pedido (a indemnização)— Numa invocando a violação do direito de crédito (ex; direito a prestação de cuidados de saúde) e noutra invocando a violação do direito absoluto (ex; direito à integridade física ou à vida) — fá-lo numa única acção.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa AAFDL, 1966, p 75-120.
- *Contratos, I- Conceito, Fontes, Formação*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2008.
- ALMEIDA, Moitinho de, *Responsabilidade Civil do Médico e seu Seguro*, *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, Janeiro-Abril 1972, pp 327 e ss.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal: (Contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991 (reimpressão 2004).
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Facto Jurídico em especial negócio jurídico*, Vol II, 2ª reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1966.
- *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976.
- ANDRADE, Manuel de, “*esboço de um Anteprojecto de Código das Pessoas e da Família, Parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade e ao domicílio*” in *Boletim do Ministério da Justiça*, 102º, p 155 ss.
- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II 7ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1987.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, “*Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica-Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003*”, *Lex Medicinæ-Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3-Nº 7, 2007.
- “*Responsabilidade Civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável”* — Anotação ao acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Lex*

- Medicinæ— Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5— Nº 10, 2009.
- “*Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos, brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2012, p 559-576.
- *Lições de Responsabilidade Civil*
- CARBONNIER, Jean, *Droit Civil, Tome 4, Les Obligations*, 22ª ed, Paris, PUF, 2000.
- CARVALHO, Orlando de, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Coimbra, Vértice, 1973.
- *Teoria Geral da Relação Jurídica Civil (Direito Civil)*(ap. Santos Justo), Coimbra, 1973.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Centelha, 1981.
- *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1ª Turma) do Curso jurídico 1980/1981*, Coimbra, polic., 1981.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1999.
- “*Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa*”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 61, III, Dezembro de 2001, p. 1229-1256.
- *Tratado de Direito Civil Português— Direito das Obrigações, II*, Coimbra, Almedina, 2010.
- *Tratado de Direito Civil Português, Volume IV, Parte Geral— Pessoas*, 3ª Edição, Almedina, 2011.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.
- DANTAS, Eduardo, “*A responsabilidade Civil do Cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio*”, *Lex Medicinæ— Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, Nº 7, 2007.
- DEMOGUE, René, *Traité des Obligations*, tomo V, Paris, 1925/ tomo VI, Paris, 1931.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal, Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, 1984.
- FERNANDEZ, Hierro, José Manuel, *Sistema de Responsabilidade Médica*. 4ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002.
- LIMA, Pires de /VARELA, Antunes (com a colab. de HENRIQUE Mesquita), *Código Civil Anotado, Vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1986.
- LIMA, Pires de /VARELA, Antunes (com a colab. de HENRIQUE Mesquita), *Código Civil Anotado, Vol. II*, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.
- LIMA, Pires de /VARELA, Antunes (com a colab. de HENRIQUE Mesquita), *Código Civil Anotado, Vol. IV*, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986.
- MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1989, p. 881 ss.
- *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.
- “*Sobre a reparação dos Danos Morais*”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano I, nº 1, Coimbra, 1992.
- “*Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)*” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, Setembro 2001, p. 377ss.
- MONTEIRO, Fernando Pinto, “*Direito à não existência, direito a não nascer*” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977— Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Coimbra; Coimbra Editora, 2006.
- PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- “*Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público*”, *Direito e Sociedade— Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Volume 3, Número 2, Julho/Dezembro 2004, p. 35-58.
- *O consentimento Informado na Relação Médico/Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- “*Cirurgião Seropositivo, do Pânico ao Doreito*” *Lex Medicinæ— Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, nº 8, 2007.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil (4ª Edição por MONTEIRO, A. Pinto e PINTO, P. Mota)*, Coimbra, Almedina, 2005.
- RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

¹⁸ Dentre os regimes da responsabilidade civil contratual e o da extracontratual, o regime da responsabilidade contratual é o mais vantajoso. Mário Júlio de Almeida Costa, In AB UNO AD OMNES, P. 556.

¹⁹ André Pereira, Breves Notas sobre a responsabilidade médica em Portugal, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº 17 e Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Civil; Mário Júlio de Almeida Costa, o Concurso da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual; In Ab Ad Omnes (75 anos Coimbra Editora); Sinde Monteiro, Rudimentos da Responsabilidade Civil, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*; Adriano Vaz Serra, Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e Espécies de Dano. Nexos Causais); Pinto Monteiro, Cláusulas Limitativas e de Responsabilidade Civil e Acórdão de 19 de Junho de 2001 (Relator, Fernando Pinto Monteiro).

SERRA, Adriano Vaz “Anotação ao Acórdão do STJ de 5 de Novembro de 1974”, RLJ 108 (1975/1976), p. 315 ss.

— “Obrigação de Indemnização (Colocação, Fontes, Conceito e espécies de dano. Nexo Causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção”, Boletim do Ministério da Justiça 84 (1959).

— “Anotação ao acórdão 4 de Junho de 1974”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3551, Ano 108, pp. 221 ss.

— “Anotação acórdão 22 de Janeiro de 1980” in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3678, Ano 113, pp 326 ss.

VARELA, João de Matos Antunes, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Novembro, 1985”; in Revista de Legislação e Jurisprudência, pp. 55 ss.

— *Das obrigações em Geral, vol. I 4ª reimpressão da 10ª Ed., Coimbra, Almedina, 2006, vol II, 3ª reimpressão da 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.*

— VARELA, Antunes/Lima, Pires de, *Código Civil Anotado, vol. I, Coimbra Editora, 1987; vol.V, Coimbra Editor, 1995; e Vol. VI, Coimbra Editora, 1998.*

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia

— Acórdão do Tribunal Europeu de justiça, de 5/10/1994 (Colectânea de Jurisprudência do Tribunal Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, 1994-10, I— 4781 a 4793).

— Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande secção), de 18 de outubro de 2011; Processo C-34/10: Oliver Bruster contra Greenpeace e V.

Jurisprudência Portuguesa

Tribunal Constitucional

— Ac. do TC n.º 85/85, de 29/5/1985 (Vital Moreira)

— Ac. do TC n.º 275/2002, de 19/6/2002 (Paulo Mota Pinto)

— Ac do TC n.º 5/2005, de 5/1/2005 (Paulo Mota Pinto)

— Ac. do TC n.º 75/2010, de 23/2/2010 (Joaquim Sousa Ribeiro)

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 12/02/1969, Adriano Vera Jardim (Relator)

Acórdão de 17/03/1971, Fernando Bernardes de Miranda (Relator)

Acórdão de 16/03/1973, Oliveira Carvalho (Relator)

Acórdão de 13/12/1974, José Montenegro (Relator)

Acórdão de 19/06/2001, Fernando Pinto Monteiro (Relator)

Acórdão de 15/10/2009, Proc. n.º 08B/1800

Acórdão de 3/12/2009; Proc. n.º 73/99.7TAVIS.C1.S1

Acórdão de 18/03/2010, Proc. n.º 301/06.4

Acórdão de 01/05/2010, Proc. n.º 398/1999.E1.S1

Acórdão de 15/12/2011, Proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1

Acórdão de 24/5/2012, Proc. n.º 69/09.2TBMUR.P1.S1

Acórdão de 01/07/2013, Proc n.º 9434/06.6

Acórdão de 17/01/2014, Proc n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1

Acórdão de 02/06/ 2015, Proc n.º 1263/06.3

Tribunal da Relação

Acórdão da Relação do Porto, de 6/03/2006, Caimoto Jácome (Relator)

Acórdão da Relação de Lisboa, de 20/04/2006, Fátima Galante (Relatora)

Acórdão da Relação de Lisboa, de 10/01/2012, Rui Vouga (Relator)

Acórdão da Relação de Coimbra, de 04/04/ 1995, Cardoso de Albuquerque

Tribunal da 1ª Instância

Sentença de 04/09/2013, Proc. n.º 57/11.9, 1ª Vara Cível de Lisboa

Sentença de, 23/07/2015, Proc. n.º 1573/10.5, 1ª Secção da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa.

Jurisprudência Francesa

Arrêts 478, 479 e 480 de Juillet 2001 e de 28 de Novembro de 2001.

Sites

VPN

[http:// www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

[http:// www.datajuris.pt](http://www.datajuris.pt)

www.courdecassation.fr

Data venia

LA RESPONSABILIDAD DEL MATRIMONIO POR LAS DEUDAS SANITARIAS ^(*)

Adrián Arrébola Blanco ⁽¹⁾

Palabras Clave: asistencia médica; alimentos; cargas del matrimonio; responsabilidad; régimen económico del matrimonio.

Key Words: medical assistance; alimony; burdens of the marriage; liability; marital property law.

Resumen: La asistencia médica suele considerarse por el común de la doctrina como un servicio que siempre debe estar a cargo de la economía del matrimonio, al margen de cuál sea su valor en relación con el nivel de vida de la familia. Sin embargo, los diferentes regímenes económico-matrimoniales solo contienen reglas especiales de responsabilidad por estas deudas en cuanto tengan un valor ordinario, según estas mismas circunstancias. Este trabajo analizará cómo encaja aquella opinión en cada uno de los regímenes económico-matrimoniales establecidos por el ordenamiento jurídico español y portugués.

Abstract: The medical assistance is usually considered by most of the authors as a service that always has to be supported by the economics of the marriage, independently of how much it costs in relation with the family's standard of living. However, the different marital property systems only contain especial liability rules regarding these debts as long as they have an ordinary value, according to this parameter. This work will analyse how this opinion fits with each one of the marital property systems that are laid down by the Spanish and Portuguese law.

*Este trabajo coincide con el contenido de la comunicación oral presentada en el congreso internacional "Saúde, novas tecnologias e responsabilidade: perspectivas contemporâneas", que tuvo lugar en las fechas de 10 y 11 de mayo de 2018, en la Universidad de Coímbra, y ha sido realizado con la financiación obtenida de las ayudas para contratos predoctorales de personal investigador en formación de la Universidad Complutense de Madrid, convocadas mediante resolución rectoral de 17 de mayo de 2016 (BOUC n.º 10, año XIII, de 17 de mayo de 2016).

¹ Investigador Predoctoral en Formación de la Universidad Complutense de Madrid.

I. Introducción

La asistencia médica que requieran tanto los propios consortes como sus hijos suele considerarse por el común de la doctrina como un gasto que debe estar siempre a cargo de la economía del matrimonio, al margen de que su valor resulte o no conforme con el nivel de vida de la familia. Esta opinión, aunque apenas suscitará dificultades en cuanto corresponde al deber de aquéllos de contribuir a los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio, tendrá una repercusión más complicada cuando la deuda contraída por este motivo sea reclamada por un tercero, en condición de acreedor. En tal caso, el régimen de responsabilidad aplicable a los consortes dependerá enormemente de que la asistencia médica disponga o no de un coste ordinario o *normal* con arreglo a las posibilidades económicas o financieras de la familia de que forman parte. Por este motivo, a efectos de determinar los cauces que el acreedor tiene a su disposición para la satisfacción de su crédito, en caso de que el valor de la deuda supere el umbral marcado por el nivel de vida de la familia, será conveniente analizar las diferentes reglas de responsabilidad que son aplicables a los múltiples regímenes económico-matrimoniales que prevén los legisladores portugués y español, aprovechando la oportunidad para conmemorar los treinta años cumplidos por el *Centro de Direito Biomédico* de la Universidad de Coímbra.

II. La *comunhão geral de bens*

La *comunhão geral de bens* es el régimen económico-matrimonial que antaño ostentó la condición de supletorio en el ordenamiento jurídico portugués como resultado de la larga tradición que finalmente lo consagró como *costume do reino*, debido a su creciente expansión y predominio sobre el sistema dotal romano⁽¹⁾. Sin embargo, a la hora de elaborarse el nuevo código civil durante la segunda mitad del pasado siglo, el régimen económico-matrimonial supletorio del viejo *Código de Seabra* no dispondría de la misma aceptación de que por el contrario gozaba en tiempos de las *ordenações*. Se trataba, en definitiva, de un régimen de comunidad universal que permitiría enriquecerse a los *nubentes* o futuros contrayentes por el simple hecho de casarse, y se temía por tanto que esta circunstancia se tradujese consecuentemente en una proliferación de matrimonios simulados por el acecho de nuevos cazadotes, al amparo de la situación de inestabilidad que por entonces estaba atravesando el matrimonio⁽²⁾. No obstante, y pese a resultar finalmente reemplazado por el de *comunhão de adquiridos* en su hegemónica condición de régimen económico-matrimonial supletorio, por este preciso motivo, el legislador portugués se mostró respetuoso hacia la tradición y apostó por mantenerlo con una naturaleza estrictamente voluntaria y dependiente siempre de ser adoptado por los *nubentes* o futuros contrayentes en sus *convenções antenupciais*.

La específica naturaleza *geral* o universal que reviste este concreto régimen económico-matrimonial justifica, por lo tanto, el hecho de que el legislador portugués

le dispense unas reglas de responsabilidad igualmente específicas por las deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio, del mismo modo que la mayoría de los activos patrimoniales adquiridos previamente son también comunicables, a excepción de los previstos por el artículo 1733 del Código Civil. Por ello, se dispone expresamente por aquél que “*no regime da comunhão geral de bens, são ainda comunicáveis -i. e., de responsabilidade común a ambos consortes- as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal*”, según el artículo 1691.2 del Código Civil. Este *proveito comum* que el legislador portugués exige, por parte del matrimonio, para aplicarle una responsabilidad también *comum* a sus integrantes, absorbería desde luego los *encargos da vida familiar* por la propia naturaleza que manifiestan; aunque ello no sería necesario por cuanto ya se establece, al mismo tiempo, y por otro lado, una responsabilidad también común por “*as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar*” a la luz del apartado primero, letra b), del mismo precepto⁽³⁾. Sin embargo, no ha de desconocerse que, mientras éste condiciona la extensión de la responsabilidad al consorte no deudor a la “*normalidade*” que manifiesten las deudas contraídas para satisfacer los *encargos da vida familiar*; el *proveito comum* no distinguiría de una manera cuantitativa las deudas que en su caso fueran igualmente contraídas con el fin de atender los *encargos da vida familiar* de que pudieran responder conjuntamente los consortes por esta vía.

Huelga decir que, este matiz, de considerarse junto a la mayoría de la doctrina que la asistencia médica reviste *proveito comum* con independencia de su conformidad con el nivel de vida familiar, supondría por lo

tanto que las deudas contraídas a este respecto revirtiesen siempre en la responsabilidad común de ambos consortes de tal forma que, solo escaparan a esta regla general, aquellas otras que hubieran sido contraídas por cualquiera de éstos, tanto antes como después de celebrarse el matrimonio entre sí, sin contar con el consentimiento del otro y en defecto de *proveito comum*; así como lo indica expresamente el legislador portugués al excluir los supuestos previstos en el artículo 1691.1, letras b) y c), del Código Civil, de las deudas que son de responsabilidad exclusiva de cada consorte a la luz del artículo 1692, letra a), del mismo cuerpo legislativo. En esta excepción quedarían comprendidas precisamente algunas, sino la mayoría, de las deudas que pese a haber sido contraídas en el ámbito de la asistencia médica estuvieran más ligadas a fines estéticos. En tal caso, salvo que interviniese el consentimiento de ambos consortes, aumentando voluntariamente el contenido mínimo e inderogable de los *encargos “normais” da vida familiar* -ya que no cabría apreciar en ellas *proveito comum* alguno-, y este doble consentimiento abriera las puertas de una responsabilidad común de aquéllos, ésta devendría exclusiva del consorte que contrajera la deuda a tenor de la letra a) de los artículos 1691.1 y 1692 del Código Civil.

Fuera de estos supuestos absolutamente excepcionales y estrechamente relacionados con el uso de la cirugía para fines estéticos, de cuyas deudas respondería exclusivamente el consorte que se constituyese como auténtico deudor de la obligación, debe concluirse que todas aquellas otras que sean contraídas en el ámbito de la asistencia médica harán a los consortes corresponsables por las mismas como resultado de la especial naturaleza *geral* o universal de esta *comunhão de bens*. En este sentido, dispone precisamente el legislador portugués que por estas deudas “*respondem os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente* -que no será una auténtica solidaridad por cuanto no habrá una verdadera pluralidad de deudores, sino una mera

pluralidad de masas responsables-, *os bens próprios de qualquer dos cônjuges*”, según puede observarse en el artículo 1695.1 del Código Civil⁽⁴⁾. Es decir, responderían en primer lugar los bienes comunes de los consortes -que, fácilmente, serán la mayoría, debido al carácter específico de este régimen económico-matrimonial-, y después, subsidiariamente, de no ser aquéllos suficientes para satisfacer el crédito del acreedor, éstos responderían en segundo lugar y de forma indistinta con sus respectivos bienes propios. Ello no impide desde luego que, de dirigirse el acreedor contra el cónyuge no deudor que devenga responsable solidario -recuérdese que no es preciso que éste preste su consentimiento para que su consorte contraiga la deuda, y por tanto no sería un auténtico deudor-, éste tendrá derecho de reintegro, *regresso* o *compensação* contra la *comunhão de bens* o contra su consorte al tiempo de realizarse la liquidación o *partilha*, por aquella parte de la deuda que hubiera satisfecho por encima de los límites a los que estaba jurídicamente obligado, en virtud de los artículos 524 y 1697.1 del Código Civil⁽⁵⁾.

III. La *comunhão de adquiridos*

La *comunhão de adquiridos* es el régimen económico-matrimonial que acabó ocupando el lugar que, durante siglos, a lo largo de la tradición jurídica portuguesa, había venido regentando con carácter supletorio la antigua *comunhão geral de bens*, y que actualmente se

¹ Cfr. *Ordenações alfonsinas*, IV, 12, 1-5; *Ordenações manuelinas*, IV, 7; *Ordenações filipinas*, IV, 46.

² Sobre estos aspectos, vid. BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Direito da família segundo o Código Civil de 1966*, v. III, Tipografia Guerra, Viseu, 1978, p. 82; CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Martínez de, *Lições de Direito da família e das sucessões*, Almedina, 3ª edición, revisada y actualizada por Mónica Martínez de Campos, Coimbra, 2016, p. 269.

³ Muestra de ello es que todos los ejemplos de *proveito comum* que señala la doctrina quedarían comprendidos en los *encargos da vida familiar*. Vid. DIAS, Cristina Manuela Araújo, *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges: problemas, críticas e sugestões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 117-118.

⁴ Entiéndase, en adelante, por solidaridad, no una auténtica pluralidad de deudores sino tan solo de masas responsables por las deudas domésticas. De hecho, es éste el sentido en el que suele criticarse por parte de la doctrina, v. gr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Comentarios a los artículos 1315 a 1324 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1505; MENDES, João de Castro, *Direito da família*, AAFDL, edición revisada por Miguel Teixeira de Sousa, reimpresión, Lisboa, 1993, p. 143.

⁵ Mostrando sus reservas con respecto a la necesidad de esperar hasta el momento de la liquidación o *partilha* a estos efectos, vid. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “Anotação ao acórdão de 8 de julho de 1999 do Tribunal da Relação de Lisboa”, en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, núms. 3911-3912, junio-julio, 2000, pp. 91-94.

mantiene como tal desde la entrada en vigor del Código Civil de 1966⁽⁶⁾. Se trata, por el contrario, de una comunidad “limitada” a los bienes adquiridos constante el matrimonio por cualquiera de los consortes⁽⁷⁾. Por ello, no habrían de operar en ella las reglas de responsabilidad común de los consortes que sin embargo rigen para la *comunhão geral de bens*, por las deudas anteriores a contraer matrimonio, fuesen éstas o no contraídas por ambos conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, estuvieran o no orientadas a la satisfacción de las necesidades *normais* u ordinarias -comprensibles a su vez entre los alimentos que después de este mismo momento integrasen el contenido mínimo e inderogable de los *encargos da vida familiar*-, resultaran o no de *proveito comum*, etc.; porque, de ser así, a pesar de convertirse en deudas comunes una vez celebrado el matrimonio, habrían de seguirse en su lugar las reglas establecidas para las deudas de responsabilidad exclusiva y no común de los consortes a la luz de los artículos 1692, letra a), y 1696 del Código Civil. Sin embargo, aunque tal conclusión pueda extraerse precisamente de la naturaleza de esta *comunhão de bens*, no debe desconocerse que el legislador portugués extiende a todo régimen económico la responsabilidad común de los consortes por las deudas contraídas “antes” de celebrarse el matrimonio -quizá, por el hecho de que las necesidades futuras también forman parte de los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio-, en lugar de restringirlo a la *comunhão geral de bens*. No obstante, aunque a juicio del legislador portugués no obre tal distinción entre ambas *comunhões de bens*, debe considerarse aquella otra que dependerá de la conformidad de la deuda con el nivel de vida de la familia.

⁶ Vid. LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil anotado*, v. IV, Coimbra Editora, 2ª edición, Coimbra, 1992, p. 407.

⁷ Sobre este asunto, vid. PAIVA, Adriano Miguel Ramos de, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

La razón que justificaba el hecho de que a la *comunhão geral de bens* le fuera irrelevante la circunstancia de que el coste de la asistencia médica guarde o no conformidad con el nivel de vida familiar, recuérdese, residía en el segundo apartado del artículo 1691 del Código Civil. Éste dispone que “*no regime da comunhão geral de bens -y no por tanto en otro régimen económico del matrimonio-, são ainda comunicáveis as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal*”, como podría ser la asistencia médica que demandasen los propios consortes, para sí o para sus hijos, al margen de su valor extraordinario o no con arreglo a sus posibilidades económicas o financieras. Sin embargo, para los demás regímenes económico-matrimoniales contemplados por parte del legislador portugués, este *proveito comum* tan solo se traducirá en responsabilidad común de ambos consortes cuando las deudas contraídas a estos efectos -constante el matrimonio, entiéndase- lo sean además “*pelo cônjuge administrador*”, y “*nos limites dos seus poderes de administração*”, según el artículo 1691.1, letra a), del Código Civil. Ello significa que, en *comunhão de adquiridos*, cada uno de los consortes solo tendría legitimidad para realizar “*actos de administração ordinária -o normal, pero no extraordinária- relativamente aos bens comuns do casal*” con los que además responderían en primer lugar por las deudas contraídas para recibir una asistencia médica igualmente *ordinária o normal*, a tenor de los artículos 1691.1, letra b), 1695.1 y 1678.3 del Código Civil. Por lo tanto, salvo que mediase el consentimiento de ambos consortes para ampliar los poderes de administración -de *ordinária* a extraordinaria- y el contenido de los *encargos da vida familiar* -de *normais*, a *não normais*-, de tal manera que pudiera aplicárseles a aquéllos una responsabilidad común por las deudas contraídas a este respecto por encima de su nivel de vida familiar -a la luz de los artículos 1691.1, letra a), y 1678.3 del Código Civil-, ésta no sería sino la responsabilidad exclusiva del

consorte deudor que ordena el legislador portugués en el artículo 1696 del Código Civil.

Según este precepto, por las deudas que sean de la exclusiva responsabilidad de cada consorte -entiéndase por tales, las de asistencia médica contraídas antes de celebrarse el matrimonio, y las derivadas de cirugías estéticas-, responden “*os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente -ante la falta o insuficiencia de éstos, por analogía con lo dispuesto por el artículo 1695.1 del Código Civil-, a sua meação nos bens comuns*”. En tal caso, de no ser suficientes los bienes propios del cónyuge deudor y responder en su lugar la *comunhão de adquiridos* por el remanente de la deuda que quedase por satisfacer al acreedor, debe valorarse que “*sempre que as dívidas da exclusiva responsabilidade de um só dos cônjuges tenham respondido bens comuns -como precisamente ocurriría aquí-, é a respectiva importância levada a crédito do património comum no momento da partilha*” o liquidación conforme al artículo 1697.2 del Código Civil. Por tanto, no se trataría nunca de una deuda que estuviera verdaderamente a cargo de la *comunhão de adquiridos*, sino tan solo de una mera responsabilidad provisional de la misma frente a terceros acreedores establecida con el fin de salvaguardar sus intereses, sin que por otro lado resulten perjudicados los del consorte no deudor, gracias al derecho de reintegro o de *compensação* que se prevé a favor de aquélla al tiempo de practicarse la *partilha* o liquidación.

IV. La sociedad de gananciales

La sociedad de gananciales participa exactamente de la misma naturaleza que la portuguesa *comunhão de adquiridos*, además de ser también el régimen económico del matrimonio que se encuentra vigente con carácter supletorio en el ordenamiento jurídico español; a excepción de ciertas especialidades previstas a este respecto por algunos legisladores autonómicos. Sin embargo, así como a su vez sucede en ésta a diferencia de lo establecido para la *comunhão geral de bens*, aquélla

precisará igualmente de una serie de matizaciones con respecto al valor cuantitativo de que puedan disponer las deudas contraídas por los consortes con el propósito de proporcionarse asistencia médica a sí mismos o para sus hijos, en relación con sus respectivas posibilidades económicas o financieras, porque, según se trate o no de atender las necesidades que sean susceptibles de ser calificadas de “ordinarias” conforme a las “circunstancias de la familia”, y por medio o no por tanto de la potestad doméstica o *governo doméstico*, el régimen de responsabilidad que se siguiera al efecto podría variar notablemente. Por este motivo, entre las múltiples reglas de responsabilidad que se prevén por parte del legislador español para este régimen económico-matrimonial, será conveniente acotar el alcance de los artículos 1319, segundo párrafo, 1365.1 y 1369 del Código Civil.

El primero de ellos determina un régimen específico de responsabilidad que se apartaría de la regla general, en virtud de la cual se dispone que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros” mediante el artículo 1911 del Código Civil, para las deudas que sean contraídas por cualquiera de los consortes mediante “los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma”, según establece su primer párrafo. Ello significa que, si las necesidades que traten de atender los consortes reúnen la condición de “ordinarias” con arreglo a sus propias circunstancias económicas y personales, de las deudas contraídas en consecuencia “responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, las del otro cónyuge”. Esta regla, recuérdese, prevista en el segundo párrafo del artículo 1319 del Código Civil, no deja de ser aplicable a la sociedad de gananciales por el simple hecho de que los artículos 1365.1 y 1369 del mismo cuerpo legislativo tan solo la reproduzcan de forma parcial en

esta sede, al prever, por un lado, la responsabilidad de los bienes gananciales por “las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”; y que “de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad -de gananciales- responderán también solidariamente los bienes de ésta”, por el otro⁽⁸⁾.

Residiría aquí, por tanto, una importante diferencia con respecto a lo dispuesto por el legislador portugués para la *comunhão de adquiridos*, en la medida en que el español atribuye al cónyuge deudor un grado de responsabilidad prioritario frente a su consorte, no deudor, por la deuda contraída. Nótese cómo, en lugar de responder única y exclusivamente en primer lugar los bienes comunes, y después los suyos propios de forma solidaria junto a los de su consorte; son sus bienes privativos los que *a priori* responden solidariamente con los gananciales sin que su consorte resulte responsable, salvo que estas dos masas patrimoniales sean eventualmente insuficientes para satisfacer el crédito del acreedor. Parece, desde luego, más apropiado, el hecho de reconocer a este último un beneficio de excusión como del que dispone el fiador por la deuda garantizada, a hacerle responder solidariamente por una deuda que no contrajo y trasladarle a su vez la carga de demandar a su consorte mediante el ejercicio de una acción de regreso, por aquello que hubiera satisfecho en su lugar, aunque se trate de una deuda que al mismo tiempo hubiese revertido en provecho suyo por haber cubierto una necesidad ordinaria de la familia. Sin embargo, al margen de estos supuestos en los que la deuda es cuantitativamente acorde con las circunstancias económicas de la familia -y por tanto encuadrables en el ejercicio de la potestad doméstica o *governo doméstico*-, el régimen de responsabilidad que se aplicaría tanto en la *comunhão de adquiridos* como en la sociedad de gananciales resulta altamente parecido.

⁸ Advierte de esta reiteración TORRES LANA, J. A., “Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil”, en Albácar López, J. L. y Santos Briz, J., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, Trivium, Madrid, 1991, p. 945.

La legislación portuguesa, recuérdese, fuera de los *encargos normais da vida familiar* a los que dedica un apartado separado, establece la responsabilidad común por las deudas que en su lugar sean contraídas “*pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro*”, en el artículo 1691.1 a) del Código Civil. Esta disposición serviría por lo tanto para exigir responsabilidad a ambos consortes por las deudas contraídas para procurarse, entre sí y para sus hijos, tanto una asistencia médica “extraordinaria” con arreglo a su nivel de vida, como cirugías estéticas no comprensibles bajo un concepto de necesidad, siempre que ambas lo hubieran sido de forma conjunta o por uno solo de ellos con el consentimiento del consorte. Lo mismo podría extraerse, además, en la sociedad de gananciales, de que el legislador español señale expresamente que “los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro”, a través del artículo 1367 del Código Civil. Será diferente, por el contrario, el modo en que respondan los consortes por estas deudas *na falta ou insuficiência* de bienes gananciales, pues, en tal caso, en defecto de una disposición legal que así lo prevea expresamente, sus bienes privativos no responderán de manera solidaria excepto cuando así se convenga con el acreedor; según se desprendería de la comparación de los artículos 1695.1 del Código Civil portugués, y el 1137 del Código Civil español.

Desde luego, para terminar, no debe ignorarse el supuesto en que la deuda en cuestión no solamente sea contraída por ambos consortes conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, sino también para atender necesidades “ordinarias”, y no “extraordinarias”, de la familia. Piénsese que, aunque el régimen de responsabilidad establecido para aquéllas esté principalmente previsto para las deudas contraídas por cada uno de los consortes de forma independiente -y así lo demuestran múltiples disposiciones legales-, nada obs-

ta a que éstas resulten igualmente asumidas de manera conjunta por ambos consortes o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso del otro⁽⁹⁾. De ser así, quizá, deba unificarse cuanto se establece para ambas situaciones de tal modo que, por las deudas contraídas en estas mismas circunstancias, respondan solidariamente los bienes gananciales y privativos de cada uno de los consortes por reunir los dos la condición de deudores frente al acreedor, a la luz de los artículos 1367 y 1319, segundo párrafo, del Código Civil. No obstante, el orden en que en tal caso respondieran los patrimonios privativos de los consortes seguiría resultando radicalmente distinto a lo previsto por el legislador portugués, en la medida en que lo harían solidariamente en primer lugar junto a los bienes gananciales, y no solo después, subsidiariamente, ante la insuficiencia de éstos para el pago.

A falta de este doble consentimiento resultante de la actuación conjunta de los consortes en el tráfico jurídico o de uno solo de ellos con el consentimiento expreso del otro en su lugar, para practicarse cirugías estéticas o proporcionarse asistencia médica extraordinaria, para sí o para sus hijos, en relación con el nivel de vida de la familia, debe concluirse que las deudas contraídas a este respecto serán de la exclusiva responsabilidad del consorte que se constituya como deudor.

⁹ En este sentido, se habla de “el cónyuge que contraiga la deuda” en el segundo párrafo del artículo 1319 del Código Civil, de las “deudas contraídas por un cónyuge” al comienzo del artículo 1365 del Código Civil, y de “cualquiera de los cónyuges” en el primer párrafo del artículo 1319 del Código Civil, dejándose entrever que estas deudas generalmente son contraídas indistintamente por uno u otro consorte, pero rara vez de forma conjunta. Lo mismo se sigue de la legislación portuguesa al estar separadas, en apartados distintos, y a efectos de responsabilidad, las deudas contraídas “*pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro*” en el artículo 1691.1, letra a), del Código Civil, y las contraídas “*para ocorrer aos encargos normais da vida familiar*” en el artículo 1696.1, letra b), del Código Civil, de tal forma que estas últimas se entienden igualmente asumidas por un solo consorte sin consentimiento por parte del otro o, al menos, sin el consentimiento “expreso” del otro -como sin embargo exige el legislador español en el artículo 1367 del Código Civil-, por cuanto podría considerarse tácitamente prestado al tratarse de deudas que satisfacen *encargos da vida familiar*, y que por tanto revierten en provecho común. Advirtiendo de ello, *vid.* SANTOS, Eduardo dos, *Direito da família*, Almedina, 2ª edición, Coimbra, 1999, p. 319.

Para tales situaciones se dispone que “cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales”, según el artículo 1373, primer párrafo, del Código Civil⁽¹⁰⁾. Por supuesto, tal cosa no implica sino una mera responsabilidad provisional de la sociedad de gananciales por deudas que no son realmente suyas, sino de cargo exclusivo de uno solo de los consortes, a expensas del reintegro o *compensação* por el valor satisfecho. Por ello dispone justamente el legislador español que “se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación -en la sociedad de gananciales, entiéndase- el valor de aquéllos -los gananciales embargados por el acreedor- al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de la liquidación” o *partilha* de este régimen económico del matrimonio, en el segundo párrafo del precepto antes señalado, y en armonía con lo previsto a este respecto por los artículos 1696.1 y 1697.2 del Código Civil portugués.

Algún autor ha señalado, no obstante, una posible vía adicional para actuar contra el cónyuge no deudor, fuera de los casos en que se contraigan deudas relacionadas con la salud de conformidad con el nivel de vida familiar. Piénsese que, mientras adquieren la condición de carga del matrimonio o de *encargo da vida familiar* aquellos “gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios” con respecto a las posibilidades económicas de la familia, y contraídas por un solo consorte sin el consentimiento expreso del otro, éste podría ser igualmente demandado por el acreedor cuando la deuda contraída por aquél tuviera por objeto “evitar algún perjuicio inminente y manifiesto” para su salud, al amparo de los artículos 1386 y 1893 del Có-

¹⁰ Sobre este particular, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987.

digo Civil⁽¹¹⁾. Sin embargo, no debe desconocerse que esta deuda habría sido contraída por el cónyuge deudor a título de *negotiorum gestor* a favor de su consorte como verdadero dueño del negocio o *dominus negotii* y que, por lo tanto, según las reglas generales que son aplicables a la representación, será de responsabilidad exclusiva de este último, y no subsidiaria como aquélla que trata de suplirse de este modo por no poder aplicársele a estos gastos lo previsto en el artículo 1319, segundo párrafo, del Código Civil.

V. El régimen de participación en las ganancias

El régimen de participación en las ganancias fue incorporado al ordenamiento jurídico español por influjo de las reformas alemana y francesa que fueron emprendidas en sus respectivas legislaciones matrimoniales a comienzos de la segunda mitad del siglo pasado, y es recogido también por el brasileño y el macaense con los nombres de *participação nos aqüestos* y de *participação nos adquiridos*, respectivamente. Dispone sin embargo de una naturaleza estrictamente convencional y dependiente de la voluntad de los consortes o de los *nubentes* o futuros contrayentes -como se extrae tanto de los artículos 1315 y 1325 del Código Civil, como de los artículos 1316 y 1435 del mismo cuerpo legislativo-, y se nutre en gran medida de las disposiciones aplicables al régimen de separación de bienes. En él “responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge”, por las deudas contraídas para atender necesidades ordinarias tales como las de asistencia médica cuyo coste respete el umbral del nivel de vida familiar, por la remisión que los artículos 1413 y 1440 efectúan a favor

del artículo 1319 del Código Civil. Sin embargo, a pesar de la aparente simplicidad que *a priori* pudiera desprenderse a este respecto de su comparación con las reglas que son aplicables en caso de regir la sociedad de gananciales, aún sería preciso llevar a cabo alguna breve matización.

En este régimen económico-matrimonial nunca llegará a darse una responsabilidad solidaria, salvo que ambos consortes contraigan conjuntamente una deuda con el fin de atender necesidades ordinarias de la familia, y sus respectivos bienes propios respondan como codeudores solidarios sin que los de ninguno de ellos lo haga de forma subsidiaria respecto a los del otro, porque no habrá “bienes comunes” a los que aplicar la regla establecida por el artículo 1319, párrafo segundo, del Código Civil. Si bien es cierto que, si éstos “adquirieran conjuntamente un bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario” según el régimen general de copropiedad que el legislador español reitera y traslada al artículo 1414 del Código Civil, debe entenderse que estos bienes “comunes” no serán tales a efectos de responsabilidad, en la medida en que por este motivo no dejarían de ser bienes propios -sobre los que se ostente una titularidad parcial o limitada a una determinada cuota-, y no auténticos bienes “comunes” a los que se dirige la norma, y que no son otros que aquéllos que reúnan tal condición en un régimen de comunidad de bienes como es la sociedad de gananciales⁽¹²⁾. Sin embargo, el hecho de que el legislador español use aquí el adjetivo “comunes”, en lugar de emplear el de “gananciales”, no sería un argumento suficiente a efectos de defender lo contrario por cuanto ello se justifica en la facultad que reconoce a los consortes para diseñar convencionalmente, y a su gusto, un régimen económico-matrimonial de comunidad de bienes distinto al de gananciales, en virtud de lo dispuesto a este respecto por parte de los artículos 1315 y 1325 del Código Civil.

¹¹ Así lo cree MAGARIÑOS BLANCO, V., “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 548, enero-febrero, 1982, p. 92.

¹² En este sentido, por todos, *vid.* REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 504.

Por supuesto, al igual que sucedería a propósito de la sociedad de gananciales entre el patrimonio común y el privativo del consorte no deudor que deviniese responsable subsidiario respecto del otro, el valor que aquél hubiera satisfecho por éste le dará derecho a reintegro o *regresso* contra él. Este valor no será considerado a favor de patrimonio común alguno, por cuanto no existiría en este régimen económico-matrimonial, pero esta circunstancia no impedirá que se tenga en cuenta al tiempo de liquidarse el correspondiente crédito de participación en las ganancias. Por este motivo, quizá de forma innecesaria, ordena el legislador español que “los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor”, en el artículo 1426 del Código Civil⁽¹³⁾. Lo mismo cabría decir incluso cuando uno de los consortes respondiera por deudas contraídas por el otro fuera de los márgenes de la potestad doméstica -según ocurriría en caso de cirugías estéticas o de asistencia médica no acorde con el nivel de vida familiar-, por el hecho de que se seguiría la regla de que “las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad”, con arreglo a los artículos 1413 y 1440, primer párrafo, del Código Civil.

VI. El régimen de separación de bienes

Los regímenes de separación de bienes español y portugués tienen en común la necesidad de que, su entrada en vigor, a salvo de ciertos supuestos excepcionales, surja de la voluntad recogida por los consortes o los *nubentes* o futuros contrayentes en sus capitulaciones matrimoniales o *convenções antenuptiais*. El español, por

su parte, apenas manifiesta diferencias con respecto al régimen de participación en las ganancias en la medida que, de las deudas contraídas durante su vigencia por cualquiera de los consortes para procurarse asistencia médica para sí o para sus hijos, el otro tan solo será responsable subsidiario suyo mientras éstas sean calificables como necesidades ordinarias de la familia en armonía con las circunstancias económicas y personales de la misma, en virtud del artículo 1319 del Código Civil. Sin embargo, el portugués, sí permitiría la responsabilidad de ambos tanto cuando aquéllas pudieran comprenderse en los *encargos normais* u ordinarios *da vida familiar*, como cuando no fuera así -bien sea por deberse a una asistencia médica cuantitativamente extraordinaria o a cirugías estéticas no necesarias-, siempre y cuando en este último caso fueran contraídas por ambos consortes conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, y al margen de que fueran o no previas al matrimonio -al igual que en los demás regímenes económico-matrimoniales-, *ex* artículo 1691.1, letras a) y b), de su Código Civil.

El legislador portugués establece además que, por estas deudas, y “*no regime de separação de bens, a responsabilidade dos cônjuges não é solidária*”, a la luz del artículo 1695.2 del Código Civil. Este precepto suele interpretarse por parte de la doctrina del modo en que, dicha responsabilidad, no siendo solidaria, debe ser necesariamente mancomunada a los efectos de los artículos 513 y 534 del Código Civil⁽¹⁴⁾. Este último establece que “*são iguais as partes que têm na obrigação divisível os vários credores ou deverores, se outra proporção não resultar da lei ou do negócio jurídico*”. Por ello, se ha creído que cada consorte estaría obligado a responder por la mitad de la

¹⁴ *Vid.* COELHO, Francisco Manuel Pereira/OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *Curso de Direito da família*, v. I, Universidad de Coimbra, 5ª edición, Coimbra, 2016, pp. 480 y 492; PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O Direito da família contemporâneo*, Almedina, 5ª edición, Coimbra, 2016, p. 479; PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da família*, Universidad Lusíada, 4ª edición, Lisboa, 2008, p. 258; SANTOS, *op. cit.*, p. 343.

deuda, así como también que estarían ambos obligados a hacerlo por la misma medida en que lo estuvieran para contribuir “*para os encargos da vida familiar*”, al amparo del artículo 1676.1 del Código Civil⁽¹⁵⁾. En este sentido, y a pesar de que el legislador portugués prevé que los consortes deben contribuir a tal fin “*de harmonia com as possibilidades de cada um*” de ellos, aún sería posible reparar en alguna otra medida diferente que aquéllos hubieran señalado previamente en sus respectivas *convenções antenupciais* -como al mismo tiempo permite la legislación española-, debido a los efectos de publicidad que las mismas producen frente a los terceros “*depois de registadas*”, al socaire del artículo 1711 del Código Civil.

En defecto de convenio, así como de no apreciarse en su lugar la validez de las *convenções antenupciais* como instrumento jurídico apto para recogerlo, deberá seguirse el criterio establecido por el legislador portugués. A este respecto se ha señalado que la “*harmonia com as possibilidades de cada um*” de los consortes no conduce a la proporcionalidad que por el contrario es expresamente prevista por el legislador español, en el texto del artículo 1438 del Código Civil⁽¹⁶⁾. Sin embargo, el hecho de que el legislador portugués no aluda de una forma expresa a esta proporcionalidad con respecto a los recursos económicos de ambos consortes no supone necesariamente contabilizar las contribuciones realizadas por ellos, sin ponderar a su vez aquellas otras que debieran efectuar en armonía con sus respectivas posibilidades, mediante la equidad⁽¹⁷⁾. Por lo tanto, podría concluirse que sí existe aquella proporcionalidad en cuanto concierne a la contribución *para os encargos*

da vida familiar y que, al menos, en la relación existente entre los consortes -apréciese aquí que será muy difícil que los acreedores conozcan cuáles son sus respectivas posibilidades económicas-, sería ésta la que desplazase a la división por mitad de la deuda contraída por ellos mismos, a efectos de los artículos 1676.1 y 534 del Código Civil⁽¹⁸⁾. Sin embargo, aunque sea ésta la opinión que es comúnmente compartida por parte de la doctrina portuguesa, aún sería posible realizar una lectura alternativa de las reglas establecidas por el artículo 1695 del Código Civil.

A través de este precepto establece el legislador portugués que “*pelas dívidas que são da responsabilidade de ambos os cônjuges respondem os bens comuns do casal* -regla que devendría absolutamente inaplicable en el régimen de separación de bienes, en defecto de tales bienes comunes-, *e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges*”. Ello supone que, por estas deudas, el acreedor podría dirigirse de forma solidaria o indistinta contra los bienes propios de cualquiera de los consortes. Por lo tanto, al continuar aquél por señalar que “*no regime de separação de bens, a responsabilidade dos cônjuges não é solidaria*”, el acreedor no podrá agredir sino únicamente los bienes propios del cónyuge deudor y nunca los de su consorte, ni siquiera de manera mancomunada, salvo que ambos hubieran contraído conjuntamente la deuda acordando con el mismo acreedor una responsabilidad solidaria o mancomunada. Sin embargo, esta interpretación conduciría a una inevitable antinomia que la jurisprudencia estaría llamada a resolver, a la vista de lo contradictorio que devendría con respecto a la responsabilidad “*comum*” que en principio establece el artículo 1691 del Código Civil.

¹⁵ A favor de una responsabilidad de ambos consortes al cincuenta por ciento, *vid.* PINHEIRO, *op. et loc. cit.* Sin embargo, sosteniendo la misma proporcionalidad en materia de responsabilidad que en sede de contribución *para os encargos da vida familiar*, *vid.* COELHO/OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 493.

¹⁶ *Vid.* RUSCELLO, *apud* VÍTOR, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal*, tesis, Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 84-85.

¹⁷ *Vid.* VÍTOR, *op. et loc. cit.*

¹⁸ *Vid.* PINHEIRO, *op. cit.*, p. 388; VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da família*, v. I, Livraria Petrony, 5ª edición, Lisboa, 1999, pp. 353-357.

VII. Conclusiones

Llevar a la práctica la común opinión favorable a hacer reposar siempre la asistencia médica sobre la economía de los dos consortes dispone de un encaje muy diverso en función del régimen económico que resulte aplicable al matrimonio. Si bien es cierto que tal interpretación no ocasiona apenas dificultad alguna respecto de las cargas del matrimonio o *encargos da vida familiar*, no se obtendría la misma conclusión cuando la asistencia médica se tradujese en una deuda para con terceros acreedores. En el primer caso, de las cargas matrimoniales o de los *encargos da vida familiar*, es fácil que los consortes convengan aumentar su contenido para dar cabida a una asistencia médica que sin embargo pueda suponer un gasto extraordinario en su economía con respecto a su nivel de vida y, por tanto, nada obstaría a considerar que los costes de este servicio se entiendan como tales con independencia de ser o no acordes con las posibilidades económicas y financieras de aquéllos; pero no cabría aplicar este mismo razonamiento cuando éstos constituyan deudas pendientes de pago por las propias limitaciones que los legisladores español y portugués establecen a este respecto. Por ello, aunque se estime siempre como una carga del matrimonio o *encargo da vida familiar* el coste de la asistencia médica, de la deuda que por este concepto resulte a favor de un tercero responderá únicamente el cónyuge deudor, salvo que rija una *comunhão geral de bens*, intervenga el consentimiento de ambos consortes -como en el caso de la *comunhão de adquiridos*, la sociedad de gananciales o el régimen portugués de separación de bienes- o su valor manifieste conformidad con el nivel de vida de la familia.

VIII. Bibliografía

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Direito da família segundo o Código Civil de 1966*, v. III, Tipografia Guerra, Viseu, 1978.

CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da família e das sucessões*, Almedina, 3ª edición, revisada y actualizada por Mónica Martinez de Campos, Coimbra, 2016.

COELHO, Francisco Manuel Pereira/OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *Curso de Direito da família*, v. I, Universidad de Coimbra, 5ª edición, Coimbra, 2016.

DIAS, Cristina Manuela Araújo, *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges: problemas, críticas e sugestões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Comentarios a los artículos 1315 a 1324 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1492-1514.

LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil anotado*, v. IV, Coimbra Editora, 2ª edición, Coimbra, 1992.

MAGARIÑOS BLANCO, V., “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 548, enero-febrero, 1982, pp. 47-115.

MENDES, João de Castro, *Direito da família*, AAFDL, edición revisada por Miguel Teixeira de Sousa, reimpresión, Lisboa, 1993.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “Anotação ao acórdão de 8 de julho de 1999 do Tribunal da Relação de Lisboa”, en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, núms. 3911-3912, junio-julio, 2000, pp. 91-94.

PAIVA, Adriano Miguel Ramos de, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O Direito da família contemporâneo*, Almedina, 5ª edición, Coimbra, 2016.

PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da família*, Universidad Lusíada, 4ª edición, Lisboa, 2008.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987.

REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983.

SANTOS, Eduardo dos, *Direito da família*, Almedina, 2ª edición, Coimbra, 1999.

TORRES LANA, J. A., “Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil”, en Albácar López, J. L. y Santos Briz, J., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, Trivium, Madrid, 1991, pp. 845-1083.

VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da família*, v. I, Livraria Petrony, 5ª edición, Lisboa, 1999.

VÍTOR, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal*, tesis, Universidad de Coímbra, Coímbra, 2015.

CONSENTIMENTO INFORMADO, CONSENTIMENTO PRESUMIDO E O DANO À AUTODETERMINAÇÃO DOS PACIENTES

Adriano Marteleto Godinho ⁽¹⁾

Palavras-chave: *Consentimento informado. Consentimento presumido. Autonomia dos pacientes.*

Keywords: *Informed consent. Presumed consent. Autonomy of patients.*

Resumo: *No âmbito das relações médico-paciente, o consentimento informado revela-se como o instrumento necessário para apreciar a quais tipos de atos ou intervenções médicas os pacientes pretendem se sujeitar. Cumpre ao médico respeitar os limites do consentimento prestado, sob pena de responder pela violação à liberdade do paciente. Em casos extremos, cumprirá ao médico atuar de imediato, verificando-se a presença de uma causa excludente de responsabilidade civil, pois caso o paciente estivesse em condições de manifestar sua vontade, provavelmente prestaria o consentimento para a prática de qualquer ato médico tendente a preservar-lhe a vida.*

Abstract: *In the context of doctor-patient relations, the informed consent reveals itself as the necessary instrument to assess what types of medical acts or interventions the patients intend to submit themselves to. The doctor must respect the limits of the consent given and may be liable in case of violation of the patient's freedom. In extreme cases, the physician must act immediately, a procedure that represents a factor of exclusion of civil liability, because if the patient were able to express his wishes, he would probably consent to the practice of any medical act aimed at preserving his own life.*

Sumário: *1. Considerações iniciais; 2. A autonomia privada nas relações médico-paciente; 3. Consentimento informado e seus requisitos; 4. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pela violação da autonomia dos pacientes; 5. O consentimento presumido enquanto fator excludente de responsabilidade; 6. Conclusões; 7. Referências.*

1. Considerações iniciais

Tratar da responsabilidade civil dos médicos implica, em geral, discutir se em virtude de *erro médico* é possível imputar-lhes o dever de responder por danos causados aos seus pacientes.

O propósito deste texto, todavia, será diverso: cumprirá averiguar de que modo os profissionais da saúde poderão ser responsabilizados pela violação à autonomia de seus pacientes. Noutros termos, debater-se-á a possibilidade de imputar responsabilidade civil aos médicos que, ainda quando empreendam adequadamente as melhores técnicas disponíveis para preservar a vida e a saúde dos pacientes — isto é, independentemente do cometimento de erro —, vêm a atuar em contrariedade à livre expressão de vontade destes.

Para tanto, caberá, em um primeiro momento, definir o sentido a atribuir à afamada expressão *consentimento informado* e verificar quais os requisitos para o reconhecimento de sua validade e plena eficácia. Adiante, serão averiguadas as circunstâncias nas quais se permitirá aos pacientes consentir — e, por igual modo, dissentir — com a realização dos procedimentos sanitários e terapêuticos que lhes sejam propostos. Restará, por fim, verificar a possibilidade de se imputar responsabilidade civil aos profissionais que, ainda que atuem no estrito

¹ Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais.

cumprimento da técnica própria de seus ofícios, venham a desrespeitar os limites do consentimento prestado pelos pacientes.

2. A autonomia privada nas relações médico-paciente

No âmbito das relações estabelecidas entre médicos e pacientes, o *consentimento informado* — termo que se cunhou para identificar que a declaração de vontade do paciente é externada de forma livre e devidamente esclarecida — é a expressão da autonomia que se lhes confere para aceitar ou recusar determinados tratamentos ou intervenções, com base nas informações prestadas acerca dos riscos e dos procedimentos a serem seguidos. A referida autonomia, em sentido técnico, é tida como o direito ao exercício da própria liberdade pessoal, seja no âmbito dos negócios de cunho patrimonial ou, como interessa mais de perto ao objeto deste texto, no domínio dos atos jurídicos de caráter existencial.

A simplificada noção formulada por JOSEFINA DEL RÍO,⁽¹⁾ para quem a autonomia “*consiste na possibilidade de que os sujeitos possam tomar decisões livres e conscientes sobre sua própria pessoa e seus bens*”, tem, a propósito, o mérito de ampliar a liberdade de atuação do indivíduo para além da disposição do seu patrimônio. Emerge a autonomia privada, assim, como inarredável decorrência de uma noção mais ampla de liberdade, o que toca, afinal, a dignidade humana. Se a cada indivíduo se reconhece a prerrogativa de ser e de tornar-se o que bem entender, a autonomia privada tem um nobre papel a cumprir: o de facultar a cada pessoa, em respei-

to à sua individualidade, modelar o sentido da sua existência, ancorada nos seus valores, suas crenças, sua cultura e seus anseios. Há, pois, que conceber a autonomia não apenas como meio de se obrigar pecuniariamente, mas também de se desenvolver e realizar a própria personalidade humana. Para tanto, revela-se crucial a consagração da liberdade para atuar no campo dos direitos da personalidade, onde se incluem os direitos à vida, à integridade psicofísica e à saúde, entre outros. A saúde, a propósito, além de direito da personalidade, é também tida como um direito fundamental. Seu respaldo demanda, em virtude do princípio da proteção, uma postura cada vez mais ativa do Estado em relação a eventuais abusos e violações à saúde dos cidadãos.⁽²⁾

No que toca particularmente aos atos médicos, foi gradual a conquista da autonomia dos pacientes. A viragem do modelo estritamente paternalista para o do reconhecimento deste espaço de liberdade de escolha pode ser comprovada por diplomas e diretivas internacionais que confirmam, enfim, que os médicos deixaram de ser senhores de todas as decisões que respeitam à vida e à saúde dos pacientes.

Nos Estados Unidos, em 1847, editou-se um código das “obrigações dos pacientes para com seus médicos”, a impor àqueles um estrito dever de obediência às imposições técnicas dos profissionais. Segundo constava explicitamente do teor do documento, “*a obediência do paciente às indicações de seu médico deve ser rápida e implícita. O paciente não deve nunca permitir que sua própria opinião vulgar sobre seu estado de saúde possa influir na atenção do médico*”.⁽³⁾

² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.107.

³ Conforme ANDORNO, Roberto. “*Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?*” In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 76.

¹ DEL RÍO, Josefina Alventosa. *El derecho a la autonomía de los pacientes*. In: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio et al (org.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luiz Díez-Picazo*, t. 1. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 173.

Tempos depois, seriam diversas as premissas — ainda que o advento de novas perspectivas custasse o passar de mais de um século. A diretiva intitulada “elementos fundamentais da relação médico-paciente”, formulada pela “American Medical Association” em 1990, consagrava a noção de que “*uma intervenção biomédica só pode ser levada a cabo depois que o paciente tenha sido informado de seu propósito, natureza, riscos e consequências, e tenha consentido livremente*”. Por sua vez, agora em âmbito internacional, a Declaração dos Direitos do Paciente da Associação Médica Mundial, de 1981, determinou que “*o paciente tem o direito de autodeterminação para tomar livremente as decisões que lhe concernem. O médico informará ao paciente acerca das consequências de suas decisões*”.⁽⁴⁾

Abandonou-se, portanto, o antigo e rigoroso modelo de busca pela beneficência, no qual o médico poderia e deveria ministrar os tratamentos que, a seu juízo, fossem capazes de conduzir à cura de seus pacientes. Precisamente para evitar que a “opinião vulgar” do paciente viesse a representar a “desobediência” aos mandamentos do médico, conforme constava no antigo diploma norte-americano das “obrigações dos pacientes para com seus médicos”, engendrou-se um sistema dialético, em que o médico age não somente pelo mero impulso das suas convicções, mas também em respeito aos interesses do paciente, segundo as intervenções que lhe pareçam mais adequadas. Daí emerge, então, o sentido do aludido consentimento informado, expressão maior da autonomia atribuída ao paciente para aceitar ou recusar determinados procedimentos, com base nos esclarecimentos, prestados pelo médico, sobre a natureza da intervenção, os riscos, as contraindicações e as vantagens esperadas, além dos demais elementos que possam relevar para a formação da sua livre convicção.

⁴ ANDORNO, Roberto. *Op. cit.*, p. 76-77.

Atualmente, prevalece a noção de que a declaração do paciente para consentir com o ato médico é obrigatória, qualquer que seja a magnitude da intervenção e seus procedimentos e riscos. Nas relações médico-paciente, a liberdade para tomar decisões acerca dos tratamentos aos quais o paciente deseja ou não se submeter contribui para nele reconhecer o status de *pessoa*, e não de mero *objeto* da atividade médica.

No Brasil, a matéria em questão não passou ao largo do Código de Ética Médica, que em seu texto contempla uma série de disposições sobre a necessidade de autorização para a prática de intervenções médicas. Entre elas, destacam-se os arts. 22 e 31, que vedam ao médico “*deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte*” e “*desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte*”. Sobre a extensão do dever de informação, há também a previsão, no art. 34, de que é vedado “*deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal*”. Por isso, salvo nas hipóteses em que as informações possam prejudicar o paciente, a ele deve ser dirigida a comunicação acerca de todos os aspectos relativos aos meios e riscos do tratamento proposto.

Em Portugal, de igual modo, Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁽⁵⁾ alude à exigência do consentimento prestado pelo paciente, a fim de

⁵ ORDEM DOS MÉDICOS. Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Disponível em: http://ordendosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Regulamento_707_2016_Regulamento_Deontol%C3%B3gico.pdf. Acesso em 12 de junho de 2018.

autorizar a prática de atos médicos. Em particular, o art. 20º do referido diploma estatui os pressupostos para que se repute válido o consentimento prestado: “1 — O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais. 2 — Entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar -se. 3 — O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver riscos significativos ou graves consequências para a sua saúde e vida”.

Com isso, avulta a importância que se confere à autonomia do paciente e se reafirma o relevo do consentimento informado. Supera-se, assim, uma concepção manifestamente paternalista da medicina tradicional, “segundo a qual o médico estava habilitado para decidir de forma unilateral o tratamento a seguir, sem ter em conta os desejos, temores e interesses do paciente”.⁽⁶⁾

Resta verificar, então, de que modo se dá a expressão da autonomia dos pacientes e quais os requisitos para que possa validamente se revelar.

3. Consentimento informado e seus requisitos

A partir da análise da Lei n. 3/2001, promulgada na Comunidade Autónoma da Galícia, na Espanha, é possível extrair um conceito preciso e abrangente de consentimento informado, que seria, em tradução livre, a conformidade expressa do paciente, manifestada por escrito, mediante a obtenção da informação adequada, para a realização de um procedimento diagnóstico ou terapêutico

⁶ ANDORNO, Roberto. *Op. cit.*, p. 76.

que afete a sua pessoa e que comporte riscos importantes, notórios ou consideráveis. A referida lei ainda avança e enuncia expressamente que a prestação do consentimento informado é um direito do paciente e um dever do médico.⁽⁷⁾

Juridicamente, o consentimento informado não deixa de ser também uma decorrência da boa-fé, que deve nortear toda e qualquer relação contratual, inclusive aquela travada entre médicos e pacientes, o que impõe a ambos, em especial aos primeiros, uma obrigação de transmitir ao seu parceiro, com transparência e lealdade, as informações relevantes de que dispõem. Firmar a natureza contratual do vínculo jurídico estabelecido entre médicos e pacientes (embora também caiba frisar seu conteúdo existencial, posto que fundada na ideia da dignidade imanente às partes)⁽⁸⁾, aliás, é de fundamental relevância para estabelecer o regime jurídico a ele aplicável. Não cabe dizer, apesar disso, que o dever de informar adequadamente ao paciente, assumido pelo médico, deriva apenas do fato de entre eles subsistir uma relação de ordem contratual. Na realidade, há que pensar, num primeiro plano, na própria incolumidade do paciente, componente do seu direito à integridade física e moral. Em função disso, é possível atestar que a obrigação atribuída ao médico de não intervir sobre a integridade física do paciente sem o devido consentimento deste é preexistente ao surgimento do elo negocial que os une; ou seja, “o dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o ato médico”.⁽⁹⁾

⁷ DEL RÍO, Josefina Alventosa. *El derecho a la autonomía de los pacientes*. *Op. cit.*, p. 178.

⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 115.

⁹ OLIVEIRA, Guilherme. *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*. In: *Temas de Di-*

Cumpra, neste domínio, partir da premissa de que o paciente é a parte frágil na relação estabelecida com o médico, precisamente por ignorar os aspectos técnicos da medicina. Sendo o consentimento informado a expressão da vontade do paciente, exige-se que ele tenha plena consciência da natureza dos procedimentos propostos e dos riscos que lhes são inerentes, quando poderá, se for o caso, emitir a autorização para a prática do ato médico. Tal autorização se dá, em geral, por meio da assinatura do Termo de Consentimento Informado, documento que deve especificar, em linguagem acessível ao paciente, as informações indispensáveis à formação da sua livre convicção. Ao lançar sua assinatura no referido termo, o paciente declara estar ciente do seu inteiro teor, assumindo livremente os riscos indicados.

Num primeiro ensaio, em formulação proposta por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA,⁽¹⁰⁾ pode-se afirmar que a validade do consentimento prestado pelo paciente parte dos seguintes elementos mínimos:

a) Que o paciente tenha capacidade para consentir, cabendo apelar, neste caso, não necessariamente para o sentido da *capacidade civil*, adquirida, em geral, a partir dos 18 anos completos, mas ao *discernimento* do paciente, o que poderá implicar o reconhecimento da plena validade do consentimento prestado por pessoas menores de idade, desde que gozem de maturidade bastante para compreender e aceitar ou recusar a prática do ato médico.

b) Que o paciente tenha recebido informação suficiente sobre o tratamento proposto. Somente

reito da Medicina 1. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, p. 63.

¹⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 129-130.

cabe falar em um autêntico consentimento esclarecido se o paciente puder absorver as informações que lhe forem transmitidas, sendo imprescindível, assim, sua *compreensão*. É inegável que o paciente ocupa posição desfavorável nas relações travadas com os médicos, por ser ele presumivelmente leigo, desconhecendo os meandros do tratamento e sentindo-se fragilizado pela dor e pela doença de que padece.⁽¹¹⁾ Apenas haverá manifestação deliberada de vontade se houver, por parte do paciente, o devido entendimento acerca dos termos contidos no Termo de Consentimento Informado, que deve se revestir da máxima transparência possível.

c) Finalmente, que o paciente tenha liberdade de manifestar sua vontade, livre de quaisquer vícios que a maculem — tema ao qual se retornará no tópico a seguir.

Superada, enfim, a ideia de que o paciente nada tem a dizer sobre os tratamentos médicos que lhe são propostos, passa-se a admitir que cada indivíduo se torne senhor das decisões sobre si mesmo. Rompe-se, pois, com a ideia excessivamente paternalista (a permitir ao Estado intervir vigorosamente sobre as liberdades individuais em nome de uma suposta proteção das pessoas) e minimalista (a reduzir drasticamente o alcance da autonomia privada) em torno do exercício dos direitos existenciais da pessoa humana. Sem que se reconheça a ela algum espaço de liberdade sobre tais direitos, se lhes nega uma característica que é própria da natureza do homem: a necessidade de se afirmar e de superar a si mesmo. A autonomia para as escolhas que pautam a existência de uma pessoa é um meio de se preservar a identidade de cada indivíduo, que vive em torno dos seus princípios: não se pode ne-

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe. *Op. cit.*, p. 1.108.

gá-los sem negar a si mesmo.⁽¹²⁾ Naturalmente, esta autonomia encontra seu ápice no reconhecimento da estrita necessidade de observância e respeito aos limites do consentimento prestado pelos pacientes.

4. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pela violação da autonomia dos pacientes

Devidamente sustentados os argumentos que demonstram a imprescindibilidade do respeito à autonomia dos pacientes, resta apurar de que modo os profissionais da saúde — nomeadamente, mas não exclusivamente, os médicos — podem ser responsabilizados por eventual desrespeito aos limites do consentimento prestado por seus pacientes.

Consoante já se salientou, somente cabe falar em verdadeiro consentimento informado se o paciente for capaz de compreender o teor do Termo de Consentimento Informado, cujo vocabulário, próprio da área médica, deve ser suficientemente preciso e compreensível ao paciente, para que proporcione completo entendimento sobre seus termos. É necessário, pois, que o médico promova uma efetiva interação com seus pacientes, observando as condições e as limitações concretas de cada um, explicando-lhes cada aspecto do conteúdo do Termo, para que este possa ser uma fonte de segurança para ambos.

O postulado acabado de referir é imprescindível para estabelecer que o consentimento somente será como válido se as informações transmitidas aos pacientes forem bastantes para a formação da sua convicção. À míngua de informação, ou sendo ela incompleta ou imprecisa para sustentar um con-

sentimento devidamente esclarecido, poder-se-á afirmar que, ainda que o paciente tenha apostado sua assinatura no Termo que lhe tiver sido apresentado, o consentimento obtido será considerado inválido, passando a conduta médica a ser tratada como um ato não autorizado,⁽¹³⁾ incidindo, a partir daí, as regras que imputem a ele a responsabilidade civil (e mesmo criminal) pela intervenção não permitida sobre a integridade física de terceiros.

Do mesmo modo, caso reste demonstrado que o próprio médico levou o paciente a prestar o consentimento, valendo-se, para tanto, de artifícios indevidos, seja mediante o induzimento malicioso capaz de deturpar a realidade dos fatos (dolo), seja em virtude de ameaça de mal injusto (coação), poderá responder civil e criminalmente, em virtude de atuar mediante constrangimento ilegal, ao intervir sobre a integridade física do paciente sem que este tivesse manifestado validamente sua permissão para tal fim. Afinal, também conforme os argumentos suscitados algures, a manifestação de vontade do paciente há de ser livre e estar isenta de quaisquer vícios que a maculem.

A averiguação sobre quais circunstâncias se enquadrariam em um comportamento inadequado do médico, contudo, exige prudência. Não se pode acusar o profissional de agir mediante coação quando vier a sugerir fortemente que seu paciente se submeta a determinada intervenção médico-cirúrgica, desde que se reserve a este a liberdade suficiente para, se entender adequado, rejeitar o tratamento proposto. A mera tentativa de persuasão, enfim, não induz a presença de vício. Outra será a hipótese, entretanto, caso o médico venha a reduzir a capacidade de resistência do paciente, ao colher

¹² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *The right to bioethical self-determination in the charter of fundamental rights of the European Union*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXX. Coimbra, 2004, p. 632.

¹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXVI, 2000, p. 451.

seu consentimento após a ingestão de analgésicos, sedativos ou outros produtos farmacêuticos que lhe comprometam o discernimento.⁽¹⁴⁾ Neste caso, será indubitável a ausência de voluntariedade na manifestação de vontade, ficando comprometida sua validade, o que, em última instância, revela inaceitável desrespeito à autonomia do paciente, capaz de gerar a responsabilização civil do profissional envolvido.

Enfim, a inobservância dos requisitos necessários para a validade do consentimento informado não permite dizer que houve verdadeira anuência, o que poderá acarretar a responsabilidade civil do profissional, seja pelos danos provocados ao paciente, seja pela intervenção não consentida sobre a sua integridade física. Nestes casos, mesmo que não haja danos à incolumidade física, caberá atestar, quando menos, a existência de ato ilícito praticado contra o direito à autodeterminação do paciente. É preciso, pois, atestar um postulado essencial neste domínio: não é necessária a existência de dano à saúde do paciente para que o profissional incorra em responsabilização pessoal; o desrespeito à autonomia do enfermo já justifica o reconhecimento de um dano à *liberdade de escolha* do paciente. Em tais circunstâncias, ainda que se demonstre que o profissional atuou em estrita observância das normas e técnicas próprias de seu ofício, caberá atribuir-lhe o dever de reparar o dano, consistente na violação de um espaço necessário de autonomia do paciente, a quem competirá, em última análise, a decisão sobre os rumos a tomar em relação à sua saúde.

5. O consentimento presumido enquanto fator excludente de responsabilidade

Malgrado seja de se exigir a exteriorização do consentimento do paciente, como elemento primeiro para a prática de qualquer intervenção médica, há situações excepcionais que permitem ao médico agir de imediato, independentemente da anuência do próprio paciente ou da autorização de seus representantes legais. Com efeito, em caso de iminente perigo de vida ou de lesões graves e irreversíveis, quando o paciente não está apto a prestar o consentimento, a urgência para a tentativa de preservar a vida ou integridade física justifica a intervenção médica imediata. Em situação diversa, estando o paciente impossibilitado de prestar o consentimento em situações de risco intermediário, mas não havendo ou não sendo encontrado o responsável legal que possa autorizar a intervenção, também é de se entender que o médico estará legitimado a agir de pronto, igualmente com o intuito de salvaguardar a incolumidade do paciente, quando não pareça razoável aguardar pela eventual melhora do paciente ou pelo contato com seus familiares ou representantes. Trata-se do denominado *privilégio terapêutico*, que consiste na faculdade de atuação médica, diante de situações de mal iminente, sem que seja necessário recorrer previamente ao consentimento do paciente.⁽¹⁵⁾ A necessidade de agir de imediato, em tais circunstâncias, justificará certo sacrifício da autonomia do paciente sobre sua integridade física, operando-se uma espécie de inversão da regra do consentimento, tudo para

¹⁴ SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 43. Belo Horizonte, julho-dezembro de 2004, p. 100.

¹⁵ RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 279.

que, em nome do princípio *in dubio pro vita*, se possa salvar a vida ou a saúde essencial do doente.⁽¹⁶⁾

Nas circunstâncias descritas, não caberá falar na prática de ato ilícito, seja nas esferas civil, penal ou administrativa. O médico estará amparado por figuras jurídicas, previstas no ordenamento brasileiro, que excluem a ilicitude — no caso, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito reconhecido, que, no Brasil, encontram guarida nos arts. 23 do Código Penal e 188 do Código Civil e, em Portugal, são tipificados pelos arts. 31º e 34º do Código Penal. Aqui, tampouco caberá falar na existência de dano, atuando o profissional amparado pelo consentimento presumido do paciente, afastando-se a própria responsabilidade civil. A propósito, cabe firmar a ideia de que a omissão do médico, nos casos em que lhe é possível salvar a vida do paciente, é que será passível de sanções, nos âmbitos administrativo e penal, e de reparações no civil.

Para além disso, vislumbra-se no texto do Código Penal português regra explícita a tratar do consentimento presumido, enquanto causa excludente de ilicitude e de culpa. Trata-se do art. 39º do aludido diploma, a prever que: “1 - Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2 - Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”. A propósito, o art. 22º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal tipifica a figura do consentimento presumido, manifestado nas seguintes hipóteses: “O médico deve presumir o consentimento dos doentes nos seguintes casos:

a) Em situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento do doente e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade; b) Quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde; c) Quando tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar -se outro diferente, por se ter revelado imposto como meio para evitar perigo para a vida ou perigo grave para a saúde, salvo se se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”.⁽¹⁷⁾

A decisão de agir de ofício, sem que se colha o consentimento do paciente para a intervenção sobre a sua integridade física, tem caráter eminentemente subsidiário: somente será legítima tal conduta se o paciente estiver verdadeiramente inabilitado para manifestar sua vontade. A urgência da medida, neste domínio, também desempenhará papel preponderante: não se admitirá a realização do procedimento médico caso seja possível esperar pela decisão daquele que, embora pudesse estar apto a consentir, em condições normais, se acha apenas momentaneamente privado de o fazer. Noutros termos, o apelo ao consentimento presumido somente encontrará justificativa quando, diante das possíveis consequências da demora, parecer insustentável esperar pela decisão do interessado.⁽¹⁸⁾

Justifique-se que, nas aludidas situações, caberá atestar a presença de uma autêntica *presunção de consentimento*. Parte-se do pressuposto de que, caso o indivíduo estivesse em condições de se manifes-

¹⁷ ORDEM DOS MÉDICOS. Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Disponível em: http://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Regulamento_707_2016_Regulamento_Deontol%C3%B3gico.pdf. Acesso em 12 de junho de 2018.

¹⁸ FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, a. 14, ns. 1 e 2. Coimbra: Ed. Coimbra, janeiro-julho de 2004, p. 108.

¹⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Das omissões lícitas no exercício da medicina*. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes. *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal: uma perspectiva integrada*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 103-104.

tar, autorizaria, à partida, a realização das intervenções necessárias para preservar-lhe a vida e a saúde. A pedra de toque da figura reside, pois, no recurso à “vontade hipotética” do titular do bem jurídico,⁽¹⁹⁾ a partir de um juízo de probabilidade que toma em consideração o que a pessoa presumivelmente faria se pudesse livremente exprimir sua vontade. Este regime especialíssimo de ausência de ilicitude e também de responsabilidade, diante da falta de consentimento expresso, somente se justifica pela natureza dos bens jurídicos a preservar. Pouco importará, inclusive, que o paciente, quando curado e já apto a se manifestar, declare sua discordância quanto aos cuidados e tratamentos ministrados à sua saúde: justifica-se a intervenção sobre seu corpo, prevalecendo a excludente de ilicitude, mesmo que depois se venha a verificar que a verdadeira intenção do enfermo era diversa.⁽²⁰⁾

Outra circunstância em que poderá ser legítima a conduta médica, independentemente da manifestação de prévio assentimento por parte do paciente, consiste nos casos em que se fizer imprescindível o *alargamento da operação*. WOLFGANG FRISCH⁽²¹⁾ esclarece que a medida será adequada quando o paciente prestar seu consentimento para uma intervenção médica de determinada natureza e dimensão, descobrindo-se posteriormente ao início da sua realização que seria recomendável alargar a operação, para estendê-la para além dos limites do consentimento dado, já não sendo mais possível obtê-lo, por estar o paciente sedado e sob o efeito

¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 58.

²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em direito penal médico — o consentimento presumido*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, a. 14, ns. 1 e 2. Coimbra: Ed. Coimbra, janeiro-julho de 2004, p. 132.

²¹ FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas*. *Op. cit.*, p. 110-112.

de anestesia. O mesmo autor relata um caso, submetido ao Tribunal Federal alemão, em que o médico tinha obtido da sua paciente o consentimento para erradicar um tumor no útero; durante a operação, contudo, verificou-se ser imprescindível remover todo o órgão para conter o alastramento do tumor, informação não levada oportunamente à paciente, o que tornava o procedimento, portanto, não consentido. Nestas hipóteses de risco agudo de vida ou de grave lesão corporal, não havendo meios de comunicar ao paciente a necessidade de se alargar o procedimento, será possível admitir que o apelo ao consentimento presumido legitima a conduta do médico, que não deverá responder civil ou criminalmente, entendimento este que prevaleceu no Tribunal alemão, no caso da extração do útero da paciente.

Outro caso semelhante, relatado por MANUEL DA COSTA ANDRADE,⁽²²⁾ foi decidido em 1988, também na Alemanha, em que se considerou haver justificativa legítima para que um médico aferisse o consentimento presumido de uma paciente. Enquanto o profissional realizava o parto com cesariana em uma mulher que já tinha dois filhos nascidos, foram constatadas anomalias graves que, em caso de nova gravidez da paciente, poderiam causar a ruptura do útero e o seu consequente falecimento. Ao partir do pressuposto que se deveria evitar uma nova gravidez a todo custo, o médico procedeu à esterilização da paciente, para supostamente preservar-lhe a vida e inclusive a da futura criança. Desta vez, contudo, parece ser indesculpável a conduta do médico, que jamais poderia ter adotado pela própria mulher a decisão de submeter-se ou não aos riscos de uma futura gravidez. Ademais, há outros fatores que tornam reprovável a decisão do

²² ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. *Op. cit.*, p. 59-60.

médico: não apenas a esterilização não consistia na única maneira de evitar uma nova gravidez, como também não se tratava de medida urgente, eis que os possíveis riscos somente se concretizariam com a eventual ocorrência de uma nova gravidez. A prova definitiva de que o próprio diagnóstico médico estava equivocado veio, contudo, quando a paciente, apesar de ter sido submetida a um procedimento de esterilização, voltou a engravidar, tendo dado à luz ao seu quarto filho, malgrado o parto tenha sido cercado de algumas complicações.

É preciso, pois, que o profissional da saúde atue com enorme cautela para aferir a presença de situações de justificado consentimento presumido: elas apenas se manifestam se restar incontroverso o fato de ser absolutamente *necessária* e *urgente* a intervenção, revelando-se ser inexigível ao médico conduta diversa. Quando o profissional atuar no estrito limite da necessidade terapêutica, será descabida a imputação de qualquer responsabilização por sua conduta, servindo o consentimento presumido, portanto, como um verdadeiro fator de exclusão da responsabilidade civil.

6. Conclusões

A partir do momento em que se passou a conceber que o antiquado modelo do exacerbado paternalismo médico cedeu espaço para a consagração da autonomia do paciente, tornou-se necessário revisitar todo o significado das relações pessoais e jurídicas estabelecidas no âmbito sanitário.

Restando incontroverso o respeito ao primado da liberdade do paciente, caberá reconhecer, como inarredável consequência, que o desrespeito às escolhas do paciente quanto aos procedimentos a adotar em relação à sua saúde acarretará um autêntico dano à autonomia, a provocar a verificação da responsabilidade civil do profissional, ainda que

atue em estrito cumprimento das *leges artis* e que não haja qualquer prejuízo ou lesão à vida, à saúde e à incolumidade do enfermo.

Há, todavia, que reconhecer o advento de circunstâncias em que a urgência na adoção de medidas médicas prepondera; em casos tais, sendo impossível colher do próprio paciente ou de seus responsáveis a manifestação de vontade, emergirá a figura do consentimento presumido, a isentar o profissional de qualquer responsabilidade por seu comportamento, ainda que reste provado, posteriormente, que a atuação médica contrariou, de algum modo, a verdadeira intenção do enfermo.

O que se impõe, em todo caso, é o excessivo zelo com que cabe apreciar a questão. Profissionais da saúde lidam rotineiramente com incessantes situações delicadas e muitas vezes extremas, e sua responsabilização há de ser atribuída, se for o caso, com acurada parcimônia. De toda sorte, em se verificando o desrespeito aos limites do consentimento prestado pelos pacientes, será inevitável constatar verdadeira violação à liberdade destes, o que não deixa de se caracterizar como uma conduta de violência contra o sagrado espaço de manifestação da individualidade de pessoas que, mesmo em circunstância de extrema vulnerabilidade, deverão decidir os traços e rumos de seus próprios destinos.

7. Referências

- ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em direito penal médico — o consentimento presumido*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, a. 14, ns. 1 e 2. Coimbra: Ed. Coimbra, janeiro-julho de 2004.

—. *Direito penal médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Das omissões lícitas no exercício da medicina*. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes. *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal: uma perspectiva integrada*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

DEL RÍO, Josefina Alventosa. *El derecho a la autonomía de los pacientes*. In: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio *et al* (org.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luiz Díez-Picazo*, t. 1. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, a. 14, ns. 1 e 2. Coimbra: Ed. Coimbra, janeiro-julho de 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Guilherme. *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*. In: *Temas de Direito da Medicina 1*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *The right to bioethical self-determination in the charter of fundamental rights of the European Union*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXX. Coimbra, 2004.

ORDEM DOS MÉDICOS. Regulamento n.º 707/2016. Disponível em: http://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Regulamento_707_2016

[Regulamento_Deontol%C3%B3gico.pdf](#). Acesso em 12 de junho de 2018.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

—. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXXVI, 2000.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 43. Belo Horizonte, julho-dezembro de 2004.

O FENECER DA DISTINÇÃO ENTRE A OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL MÉDICA

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra ⁽¹⁾

Palavras-chave. Responsabilidade civil. Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Obrigação de resultado. Dever de informação.

Keywords. Civil responsibility. Medical responsibility. Medium Obligation. Obligation of result. Duty of information.

Sumário: Introdução. 1. Conformação dogmática das obrigações de meio e resultado. 2. Regime jurídico consumérista, responsabilidade subjetiva e dever de informação. 3. O fenecer da distinção na responsabilidade civil contratual médica. 4. Aplicação concreta. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas

Resumo: Nesse ensaio, enfrentarei a clássica distinção dogmática entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado em uma perspectiva contemporânea do Direito Civil, iluminada pelas exigências do solidarismo social, do personalismo ético e da lealdade comportamental (boa-fé objetiva). Contextualizarei a atividade médica e a responsabilidade civil contratual, com particular destaque na incidência do regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor do Brasil. Referirei ao problema do nexo causal que se há estabelecer entre a conduta do médico e a frustração da relação contratual na perspectiva do paciente, momento em que me concentrarei na natureza da obrigação por ele desenvolvida, com destaque à distinção no que

diz respeito ao ônus da prova em juízo de (in)adimplemento de obrigações de meio e resultado. Sustentarei a primazia do dever de informação eficaz e proporei o fim da distinção entre a obrigação de meio e resultado em se tratando de responsabilidade civil médica. Examinarei julgados das Cortes de Justiça do Brasil a respeito da relevância da natureza da obrigação quanto à prova da licitude da conduta do profissional médico e quanto ao ônus de provar a regularidade na prestação de serviço no vínculo negocial que mantém com os seus pacientes.

Abstract: In this essay, I will confront the classic dogmatic distinction between the obligations of means and the obligations of result in a contemporary perspective of Civil Law, illuminated by the demands of social solidarism, ethical personalism and behavioral loyalty (objective good faith). I will contextualize the medical activity and contractual civil liability, with particular emphasis on the incidence of the legal regime of the Consumer Protection Code of Brazil. I shall refer to the problem of the causal link between the doctor's conduct and the frustration of the contractual relationship from the perspective of the patient, at which point I will focus on the nature of the obligation he has developed, with emphasis on the distinction with respect to the burden of evidence in court of compliance with obligations of means and result. I shall uphold the primacy of the duty to provide effective information and I shall propose the end of the distinction between the obligation of means and result in the case of medical civil liability. I shall examine judgments of the Courts of Justice of Brazil regarding the relevance of the nature of the obligation as proof of the lawfulness of the conduct of the medical professional and the burden of proving the regularity in the provision of service in the business relationship that he maintains with his patients.

¹ Mestre e Doutor em Direito das relações sociais (Direito Civil) pela PUC/SP. Pós-Doutoramento (em curso) em Ciências Histórico-Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Público (EPM). Professor, coordenador regional e coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu no 10º Núcleo da Escola Paulista da Magistratura. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito de Sorocaba. Presidente da comissão de pós-graduação da FADI. Parecerista de revistas jurídicas. Professor convidado na PUC-COGEAE. Magistrado no Estado de São Paulo. Associado fundador do IDiP e IBERC. Autor e coordenador de obras e artigos jurídicos. E-mail: alexandreguerra5@gmail.com

Introdução

O artigo que se apresenta teve inspiração em tema desenvolvido no Congresso “*Saúde, novas tecnologias e responsabilidade: perspectivas contemporâneas – Comemorando os 30 anos do Centro de Direito Biomédico*”, realizado nos dias 10 e 11 de maio de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Agradeço o honroso convite que me foi formulado pelos Profs. Drs. André Dias Pereira (Centro de Direito Biomédico), Javier Barceló Domenech e Nelson Rosenvald. Sou grato aos membros da mesa de trabalhos sob a presidência do Prof. Dr. Sinde Monteiro na qual desenvolvi o tema “Responsabilidade civil médica e a obrigação de meio no direito brasileiro: reflexões sobre o nexos causal e o ônus da prova em juízo”, ao lado dos Profs. Drs. Mafalda Barbosa, Renata Balbino, Ilise Feitshans, Nuno Manuel Pinto Oliveira e Rute Teixeira Pedro.

É preciso reexaminar a clássica distinção dogmática entre obrigações de meios e de resultado na perspectiva contemporânea do Direito Civil, que se marca pela irradiação dos princípios e valores constitucionais às relações de direito privado, marcando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A atividade médica e a responsabilidade civil contratual dela decorrente não escapam dessa investigação que perpassa pelo perfil constitucional que nele se materializam e encontram os direitos. É tempo de reexaminar a utilidade da distinção dogmática entre as obrigações em referência (em especial pelo fato de determinadas condutas médicas serem consideradas pela doutrina e jurisprudência) sem que haja a expressa determinação em lei que estabeleça a distinção alvitrada. Em uma visão contemporânea da responsabilidade civil, como demonstrarei, mais importa, até mesmo às garantias próprias dos princípios da legalidade e

segurança jurídica, que se considerem tais relações contratuais de meios, indistintamente (exceto se houver explícita assunção da obrigação de atingir-se determinado resultado pelo prestador de serviço), sem prejuízo de impor-se, com maior vigor, em especial em uma ambiente relacional consumérista, dos deveres de informação e lealdade, com vistas a atender à tutela da confiança ínsita a essa relação, à realização das expectativas contratuais legítima (de parte a parte) e aos princípios da justiça contratual e função social do contrato. O pinçar de casos extraídos da jurisprudência da Corte Paulista de Justiça será peça essencial para demonstrar a pertinência da argumentação a desenvolver-se.

1. Conformação dogmática das obrigações de meio e resultado

No sistema jurídico romano-germânico, clássica é a distinção entre a obrigação de meio (ou meios), de resultado e de garantia. No Brasil, Ricardo Pereira Lira⁽¹⁾ invoca Demogue quando leciona que dentre as classificações que as obrigações permitem, podem elas ser analisadas a partir do objeto imediato (prestação) do credor. Em certas hipóteses, diz, o credor exige o bem da vida pelo qual se obriga o devedor concretamente, isto é, materialmente considerado: são as obrigações de resultado. Há outros casos em que, prossegue Lira, a prestação do devedor refere apenas a um comportamento, isto é, diz respeito a uma atividade, a qual corresponde por si só à prestação devida: trata-se

¹ LIRA, Ricardo Pereira. **Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática.** Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/ricardo_lira/rl_1.html>.

Acesso em 1 de junho de 2018. Para aprofundamento científico do tema na civilística italiana clássica, ver: MENGONI. **Obbligazione di risultato ed obbligazione di mezzi. Revista del Diritto Commerciale ed del Diritto Generale delle Obbligazione** (1954).

das obrigações de meio. Assim, é fácil perceber que a pretensão do credor pode referir apenas a uma atividade ou pode corresponder à realização de um resultado fenomênico proveniente do exercício dessa atividade. Entram em cena nesse ambiente as obrigações de meio (ou de meios), as obrigações de resultado e, ainda, as obrigações de garantia. Nas obrigações de garantia, o devedor assume precipuamente tal papel (de garante) em relação a uma relação jurídica originária (como ocorre no contrato de fiança, no instituto do aval etc.).⁽²⁾ Importam neste ensaio as duas primeiras.

Nas obrigações de meio, o adimplemento da obrigação decorre da precisa observância dos deveres impostos pela normal diligência ao devedor no exercício da atividade prometida. Nas obrigações de resultado, de outra banda, para que haja o cumprimento, a obrigação está a depender da efetiva concretização (isto é, da exata realização) de um resultado concreto (com)prometido em virtude da própria execução do comportamento do devedor. A importância prática dessa distinção reside na análise do ônus da prova nas obrigações

² Ao lado das obrigações de meio e resultado, vale recordar, a doutrina reconhece a existência de obrigações de garantia, as quais se fazem presentes nos contratos de fiança e seguro e no instituto cambiário do aval, por exemplo, nas quais o escopo da relação obrigacional diz respeito à eliminação de um risco (incerteza) que pesa sobre o credor, razão pela qual o objetivo das obrigações de garantia está em reparar as consequências de um risco consumado, com o cumprimento da obrigação e a obrigação se cumpre pelo só fato de assumir-se o risco (venha ou não ele a concretizar-se em um dano). Note, aliás, que em todos os exemplos acima indicados, é fácil perceber que nas obrigações de garantia não se está a eliminar o risco: o risco, por sua própria ontologia, é impossível de ser eliminado, em maior ou em menor grau, em todas as condutas e em quaisquer relações humanas. Daí porque o objeto do contrato, em se tratando de uma obrigação de risco, é impedir (ou minimizar) as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais deletérias porventura suportadas pela vítima (isto é, impedir ou minimizar o dano) diante da materialização do risco. Se não é possível eliminar o risco próprio da vida, as obrigações de garantia servem, enfim, para recompor os prejuízos econômicos que a concretização dos riscos pode vir a causar. As obrigações de garantia, a despeito do registro que ora se realiza, não importam aos fins ora examinados.

decorrentes do contrato (plano da responsabilidade civil contratual) e nas obrigações decorrentes do ilícito (delito). Ainda segundo Ricardo Pereira Lira refere, a distinção em tela foi acolhida pelo direito francês. A Corte de Cassação de França, em 20 de maio do já distante ano de 1936, em aresto de relatoria de Jossierand, acolheu a separação das obrigações entre de meios e resultado. A hipótese referia à situação de responsabilidade médica. Note o leitor, portanto, que o tema objeto desse ensaio desafia há décadas a inteligência dos juristas.

Como demonstrarei, seja em Portugal, seja no Brasil, a distinção não mais se sustenta em termos de evolução da Ciência do Direito no que diz respeito à atividade médica. Em toda obrigação, a prestação é sempre um comportamento do devedor (*dare, facere, non facere*) e não o resultado concreto do comportamento do devedor. A efetiva alteração da realidade não diz respeito ao cumprimento da obrigação, mas se refere a um momento a ele posterior (que não influi na conformação jurídica quanto ao adimplemento ou não). Como ensina Francesco Messineo⁽³⁾, a distinção entre as obrigações de meios e as de resultado põe em evidência não dois distintos tipos de relação obrigacional: na verdade, diz, a distinção põe em destaque dois tipos distintos de prestações com as quais se satisfaz (ou não se satisfaz) o credor. Por vezes, diz, nas obrigações de resultado, interessa ao credor a realização efetiva dos seus interesses (“*obbligazione di risultato*”). Em outros casos, interessa ao credor que sejam observados deveres decorrentes da norma de diligência imposta ao devedor no cumprimento da prestação (“*obbligazione di mezzi*”). É que, toda obrigação, enfatiza, “*s bocca sempre in un risultato*”. O que ocorre é que, por

³ MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale.** III v. 1959, Milano: Dott. Giuffrè Editore, p. 58 ss.

vezes, a satisfação do vínculo obrigacional se contenta com o comportamento do devedor voltado para o cumprimento da prestação. No contrato de empreitada, por exemplo, a obrigação consiste em uma atividade que será concretamente realizada em benefício do credor.

Nas obrigações de resultado, portanto, o que interessa não é a atividade do devedor; importa ao credor, na verdade, o resultado concreto (objetivo) que derivará dessa atividade do devedor. Significa dizer, do ponto de vista do credor, em se tratando de obrigações de resultado, importa para o credor a consequência concreta da atividade prometida e realizada pelo devedor (o resultado naturalístico). Dito por outras palavras, para o credor importa a alteração do mundo fenomênico em decorrência direta do cumprimento da relação contratual. Significa dizer, na obrigação de meio, enfim, o devedor compromete-se a agir com prudência e com diligência, com a técnica adequada, para prestar um determinado serviço voltado a obter certo resultado: haverá adimplemento do contrato haja (ou não haja) a concreta realização do resultado naturalístico (fenomênico). Isso porque, nas obrigações de meio, o devedor não se responsabiliza pelo atingimento o resultado e não assume perante o credor a certeza de que o resultado virá. O núcleo das obrigações de meio, dessa forma, reside no comportamento do devedor (no agir em si) e não se põe em destaque a realização do resultado final para que, somente assim, haja o cumprimento do contrato. É dizer, se o dever age com cautela, prudência, competência e diligência, e faz o que está ao seu alcance para propiciar o bem da vida desejado pelo credor, há adimplemento da obrigação contratual mesmo que o resultado esperado pelo credor não venha a ocorrer ao final.

Em se tratando de obrigação de meio, a diligen-

te atividade do devedor que não alcança o resultado esperado pelo credor não significa inadimplemento do contrato. Em se tratando de atividade médica, se apesar da excelência dos serviços prestados, a cura não foi obtida, o contrato é de ser considerado cumprido (mesmo sem a ocorrência do resultado útil desejado pelo credor). A obrigação de meio caracteriza-se pelo emprego de uma determinada técnica com a devida diligência (marca-se pelo emprego dos *best efforts*). Nelas, o devedor compromete-se a empregar os seus conhecimentos, meios e técnicas para obter um determinado resultado, sem, contudo, por eles se responsabilizar. Há o cumprimento do contrato ainda que o resultado naturalístico esperado pelo credor não seja concretamente realizado. O contrato de prestação de serviço médico, salvo raras exceções apontadas no Brasil pela jurisprudência e doutrina (cirurgia plástica embelezador, anestesista, medicina diagnóstica, odontologia, imunização), traz em si uma obrigação de meio. Nesse sentido é o Superior Tribunal de Justiça do Brasil: (...) A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. (...) ⁽⁴⁾; (...) A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; (...) ⁽⁵⁾. Como demonstrarei, a dicotomia obriga-

⁴ STJ, Recurso Especial 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 03/10/2011.

⁵ STJ, Recurso Especial 1.104.665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 04/08/2009. No mesmo sentido, uma vez mais: (...) A obrigação do médico, em regra, é de meio, isto é, o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os

ção de meio e resultado não se aplica à responsabilidade civil contratual médica, que diz respeito à obrigação de meio, na qual sobressai o dever de informação cabal ao paciente-consumidor, exceto se o profissional médico expressamente responsabilizar-se por um determinado resultado.

2. Regime jurídico consumerista, responsabilidade subjetiva e dever de informação

A relação jurídica de prestação de serviço entre médico e paciente, de regra, é uma relação jurídica de consumo. Nela, encontram-se presentes o consumidor e o fornecedor, como define a regra subjetiva estabelecida no art. 2º da Lei Federal nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor do Brasil. É de conhecimento geral que a proteção jurídica do consumidor foi alçada no Brasil à tutela de um direito fundamental, como preconiza o inc. XXXII da Constituição Federal, segundo a qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A tutela do Direito fundamental de proteção do consumidor não caracteriza uma mera

recursos de que dispõe - elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento da ação ou omissão tida por danosa, e não do presente-, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais à obtenção do resultado almejado. 3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano. 4. “O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo código de defesa do consumidor”. (STJ, Recurso Especial 1.216.424/MT, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJe 19/08/2011) (...)” (STJ, Recurso Especial 992.821/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 27/08/2012).

opção do intérprete; trata-se do cumprimento fiel do desiderato do legislador constituinte brasileiro. Isso porque a Carta Constitucional de 1988 refere à locução “consumidor” em nove passagens, em todas revelando um viés protetivo, como se observa nos arts. 5º, XXXII, 24, V e VIII, 150, § 5º, 170, V. Em todas elas, o desejo de proteção do consumidor foi explicitamente apresentado, tanto que, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Carta da República do Brasil exige que em 120 dias de sua promulgação, o Congresso Nacional elabore o Código do Consumidor (art. 48 do ADCT).

Dentre as medidas de proteção jurídica do consumidor, dispensadas pela legislação de regência, encontram-se a objetivação da responsabilidade civil (responsabilidade civil sem culpa do fornecedor) e a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, inc. VIII). Ocorre que, agindo com prudência ao disciplinar a responsabilidade civil dos profissionais liberais (rol em que se encontra o médico), a lei estabelece, como medida de exceção, a responsabilidade civil subjetiva (por culpa). Tratando da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o art. 14 do CDC afirma que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. O parágrafo 1º da regra acentua que o serviço é defeituoso quando não fornecer a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento (inc. I); o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam (inc. II) e a época em que foi fornecido (inc. III). Não é possível considerar um serviço defeituoso (no que se inclui a prestação de serviço médica), estatui o

parágrafo 2º, em virtude da adoção de novas técnicas. E mesmo afirmando a responsabilidade objetiva do fornecedor, o legislador consumerista do Brasil é prudente ao reconhecer hipóteses de não incidência do dever de indenizar nos incisos I e II do parágrafo 3º do art. 14 do CDC: “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste (inc. I); a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (inc. II)”. E especificamente no que importa a esse ensaio, a regra contida no parágrafo 4º do art. 14 do CDC dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

As normas do processo e do direito material, em se tratando de obrigação de meio, impõem que o ônus da prova do inadimplemento culposo da obrigação recaia sobre a vítima (no caso, sobre o próprio consumidor paciente). Isso porque existe, por assim dizer, uma *presunção de diligência* em favor do devedor no contrato prestação de serviço. A atividade do médico, decerto, marca-se por um contrato típico de prestação de serviço. Sendo assim, para que haja responsabilidade civil do médico, a *presunção de diligência* deve ser elidida pela prova de culpa: árduo ônus recairá sobre os ombros da vítima/paciente. Significa dizer, em se tratando de obrigação de meio, o ônus da prova da culpa do prestador de serviço médico recai sobre o paciente. De outro lado, nas obrigações de resultado, uma vez não atingido o resultado naturalístico prometido ao paciente, há uma *presunção de culpa* do prestador de serviço (e de inadimplemento da obrigação). Nas obrigações de resultado, portanto, é fácil perceber que o ônus de provar em juízo que não agiu o médico com culpa (“devida diligência”) recai sobre o próprio médico. Nas obrigações de meios, ao reverso, recai o ônus da prova da res-

ponsabilidade civil subjetiva sobre o paciente. Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça do Brasil:

(...) A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meio, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado (...) basta que a vítima demonstre (...) o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova (...). Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar (...) que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da “vítima” (paciente). (...).⁽⁶⁾

⁶ STJ, REsp 236.708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, DJe 18/05/2009. Se as coisas estivessem apenas centradas sobre essas bases, a repercussão concreta quanto à distribuição do ônus da prova não seria por complexa. Mas há mais. As dificuldades a respeito da distribuição do ônus da prova no processo civil são reais. A esse respeito, desenvolverei as reflexões pertinentes noutra ocasião. Cumprir-me apenas adiantar que o CDC estabelece um regime jurídico de inversão do ônus da prova, a critério da autoridade judicial, cujos requisitos encontram-se no inc. VIII do art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: (...) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Note que o consumidor paciente encontra-se numa situação que a doutrina refere como hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada), como ocorre, por exemplo, com idosos, incapazes e menores consumidores. Diante da fragilidade da própria condição do paciente, o consumidor nutre uma especial relação de poder e confiança sobre as mãos do médico, dada a hipossuficiência técnica que se encontra o consumidor, como regra, situação na qual surge um “agravamento” do dever de informação efetiva. Em segundo lugar, o arenoso terreno da

Segundo Miguel Kfoury Neto⁽⁷⁾, autor de importante obra monográfica de responsabilidade civil do médico no Brasil, a obrigação do médico, como regra, é uma obrigação de meios. Ao realizar a sua atividade profissional, o médico não pode obrigar-se, a alcançar um determinado resultado naturalístico. Não pode, em sã consciência, assumir o compromisso de trazer-lhe a cura. A sua responsabilidade contratual prende-se à prestação do ato médico com a devida diligência, valendo-se de um critério objetivo que concerne ao estado de desenvolvimento da Ciência Médica no momento da prestação do serviço. Não me parece, como demonstrarei, que em certas finalidades específicas (tais como análises clínicas, bioquímica e radiologia, exemplifica), se esteja diante de uma obriga-

distribuição do ônus da prova pela não obtenção do resultado esperado pelo paciente encontra o Código de Processo Civil do Brasil (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015), que, inovando na sistemática processual de distribuição do ônus da prova, acolhe a teoria da carga dinâmica da prova e dispõe nos incisos do art. 373: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (parágrafo 1º); “a decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil” (parágrafo 2º) e “a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (parágrafo 3º). Ainda que tanto não bastasse, some-se o entendimento consagrado na doutrina de que, em se tratando de prova de hipóteses de não incidência do dever de indenizar, recai sempre sobre o médico o ônus probatório. Desafia o intérprete na tarefa de eficiente realização dos direitos a convivência das três regras de distribuição/inversão do ônus da prova (inversão por determinação judicial prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC, inversão por aplicação da teoria da carga dinâmica das provas estabelecida nos parágrafos do recém-promulgado art. 373 do CPC do Brasil e a inversão ope iudicis quanto às hipóteses de não incidência de responsabilidade civil previstas nos incisos I e II do parágrafo 3º do art. 14 do CDC). Em relação ao ônus da prova, fica ao leitor a promessa de que a ele retornarei em outra oportunidade.

⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 164 ss.

ção de resultado. Na síntese do autor (que muito importa para os fins desse ensaio), “na obrigação de meio o credor (o paciente) deve provar que o devedor (o médico) não teve o grau de diligência dele exigível; ao contrário, na obrigação de resultado, essa prova incumbe ao médico, visto recair sobre ele uma *presunção de culpa*, que poderá ser elidida, mediante demonstração da existência de causa diversa”.

O médico não se obriga à cura: obriga-se a se valer da técnica adequada para alcançá-la. Há inadimplemento contratual, haja a cura ou não. Se o cura (ou a vida) não sobrevier, no plano da responsabilidade civil, não é possível sequer reconhecer a *presunção (relativa) de inadimplemento do contrato* de sua parte. A meu ver, a classificação em tela não tem amparo em lei, de modo que se mostra útil em termos da construção da ciência do Direito, pois desvia o foco do intérprete no que realmente importa: o cumprimento bilateral dos deveres de lealdade e informação em se tratando de relação contratual existencial. O problema não se resolve puramente no equacionar das regras de distribuição de ônus da prova, o que é *posterius*, impedindo, pelo relevo em demasia que se lhe confere a doutrina, perca-se de vista o *prius*. Mesmo as cirurgias plásticas puramente estéticas, a meu ver, não são obrigações de resultados.⁽⁸⁾ Não pode haver certeza/garantia de resultado em qualquer relação contratual médica. Muito menos falar que se estaria diante de responsabilidade civil sem culpa, por invocação, por exemplo, a cláusula geral contida no parágrafo único do Código Civil do Brasil.

Toda intervenção cirúrgica, por mais diligente e competente o profissional que a realiza, traz em si, primeiro, o fato subjetivo de imputação da res-

⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 171 ss.

ponsabilidade civil (culpa). O fato de inverter-se o ônus da prova em se tratando de obrigação de meio e resultado, por si só: para se eximir da responsabilidade civil, cabe ao médico demonstrar claramente a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito externo ou qualquer outra causa que rompa o nexo causal (e assim sempre o será, diante do permissivo contido no art. 373, §§ 1º e 2º do CPC/2015), que trata da teoria da carga dinâmica da prova e do ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor/paciente, que normalmente recaem sobre o próprio médico/réu na pretensão indenizatória). Não se trata de inversão de ônus da prova, portanto, pois, como dito, repito, o ônus da prova de causas que infirmam o dever de indenizar (porque impedem que se estabeleça o nexo causal) recai, invariavelmente, sobre o próprio réu, em se tratando de responsabilidade civil (CPC/2015, art. 373, inc. II). A péssima aparência pós-operatória, em se tratando de cirurgia plástica embelezadora, não é elemento determinante, por si só, do dever de indenizar imposto ao médico.

A responsabilidade civil por descumprimento do contrato exige prova de que o inadimplemento se deu por causa (ou por fato) realmente imputável ao devedor (no caso, o médico). A presunção de culpa que se apresenta decorre da constatação (externa) do próprio descumprimento. Sendo assim, ainda no dizer de Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa⁹⁾, a presunção de culpa que se verifica no art. 799.º do Código Civil de Portugal somente tem lugar quando se está, indubitavelmente, diante de uma obrigação de resultado (e não nas obrigações de meios, como é o caso da responsabilidade contratual médica). O problema maior é que, tanto em Portugal quanto em Brasil, não há

um caso sequer em que o legislador tenha sido explícito ao asseverar que se está diante de obrigação de resultado na seara da responsabilidade contratual médica. Ao reverso, prossegue, não é possível presumir a culpa do médico. Ela exige sempre a sua demonstração: ao provar-se que o médico não evidou todos os esforços que podia para satisfazer o interesse do paciente (isto é, ao provar o incumprimento), já se está a provar a própria culpa médica (está-se no plano das provas em si, e não no plano das presunções de responsabilidade).

Em Portugal, no domínio da responsabilidade médica não há lugar para reconhecer a presunção de culpa contida no art. 799º do Código Civil de Portugal para estabelecer a distinção entre a responsabilidade civil nas obrigações de meios e resultado. Note que não se coloca em situação de desamparo o paciente quando se afirma que a responsabilidade médica é de meios. A culpa médica bem pode ser demonstrada em juízo pela vítima (autor), mas não se retira do réu (médico) o direito de infirmar essa presunção de culpa que brota, por si só, da constatação própria do inadimplemento da obrigação. Haverá obrigação de resultado, de outro lado, quando o médico (ou pessoa pela qual deve ele responder) expressamente garante o resultado (e esse resultado não se verifica). Ao ministrar um determinado medicamento (e se constata, posteriormente, a grave reação alérgica), não se há perquirir se a obrigação é de meios, mas sim que age mal o médico ao fazê-lo sem acautelar-se dos possíveis efeitos secundários, caso em que haveria demonstrar o médico o cumprimento dos deveres de proteção, informação e segurança.

⁹⁾ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Lições de Responsabilidade Civil**. Cascais: Principia, 2017, p. 420 ss.

3. O fenezer da distinção na responsabilidade civil contratual médica

No Brasil, a doutrina reconhece as dificuldades da prova dos elementos que compõem a responsabilidade civil médica.¹⁰⁾ Há uma forte relação entre os danos e a conduta médica. Toda intervenção cirúrgica, por exemplo, envolve riscos. Procedimentos invasivos e agressivos à incolumidade do paciente são frequentes na busca na cura ou da melhoria das condições de vida e saúde: os fins são legítimos (pois visam à cura), mas os meios, não raras vezes, causam dores e sérios desconfortos/transtornos aos que dos cuidados necessitam. Nessa quadra, é tarefa árdua identificar a culpa médica (erro médico). A experiência forense haurida há décadas ensina que pode haver em certos casos (especialmente naqueles limítrofes) protecionismo/corporativismo dentre os profissionais da área de saúde. Mesmo os peritos nomeados pela autoridade judicial e de sua confiança, ao fornecer elementos para a formação do convencimento da autoridade judicial, podem por vezes não se conduzir com a absoluta isenção que deles se espera. A dificuldade imputação de responsabilidade civil dos seus pares pelo perito do juízo, por exemplo, pode por vezes dificultar a identificação dos elementos da responsabilidade civil, seja no plano da culpa, seja no plano da própria conduta ilícita. Por vezes, os fatos falam por si: são os casos em que as circunstâncias do evento e a dinâmica dos acontecimentos, por si só, revelam de modo iniludível o quando basta para identificar-se o desvio de conduta médica.

O paciente, de regra, é consumidor leigo em

¹⁰⁾ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 1137 ss.

procedimentos médico-cirúrgicos (e encontra-se em situação de hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada), de modo que a ele não se pode imputar o conhecimento de elementos de ordem técnica e as suas consequências e riscos.¹¹⁾ Isso não significa, por certo, que o paciente está autorizado a faltar dolosamente como a verdade a respeito, caso em que, se advertido concretamente a respeito dos riscos e consequências, pode vir a ser responsabilizado se o caso decorrer diretamente da omissão de informação ou conduta relevante do paciente. Decerto, há danos que podem decorrer direta e imediatamente de condições clínicas do paciente: se, de um lado, o médico responde, em princípio por esses danos, a sua responsabilidade civil pode ser infirmada (ou atenuada, a teor do que estabelece, por exemplo, a parte final do art. 944 do Código Civil do Brasil) se o médico produzir a prova de que prestou as informações adequadas e suficientes a respeito dos riscos (em especial quanto às consequências da falta de informações adequadas ou de descumprimento do dever de veracidade que se

¹¹⁾ A relação contratual entre o médico e o paciente, no Brasil, é relação de consumo. Isso não significa que a responsabilidade civil seja objetiva (diante do que estabelece o parágrafo 4º do art. 14 do CDC em relação aos profissionais liberais), mas, à exceção desse aspecto, aplica-se indubitavelmente o regime jurídico protetivo ao consumidor paciente, o qual se encontra em situação de vulnerabilidade agravada. Como lembra a doutrina, a aplicação do CDC à espécie é salutar para o paciente (mesmo sendo aquiliana a responsabilidade civil), como lembra a doutrina. É possível que o paciente pretenda a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, inc. VIII). É possível que o paciente demande no foro de seu domicílio (CDC, art. 101, inc. I). O prazo prescricional das ações de reparação de danos por acidentes de consumo é quinquenal, diante do que estabelece o art. 27 do CDC (não a prescrição trienal estabelecida para a ação de reparação de danos pelo Código Civil do Brasil: cinco anos, e não três, conforme prevê o Código Civil). Ainda por se tratar de relação regida pelo CDC, o dever de informação adequada, cabal, eficiente e completa impera com maior rigor em relação ao médico e em relação aos nosocômios (CDC, art. 6º, III; art. 8º; art. 9º, entre outros). A incidência do CDC a essa relação contratual, ainda, permite ao juiz reconhecer, por exemplo, a invalidade de cláusulas contratuais que excluam ou atenuem o dever de indenizar do médico, diante do rol de cláusulas contratuais abusivas, previsto no art. 51 do CDC.

impõe ao paciente). Significa dizer, não há responsabilidade civil médica, ainda que o dano ocorra, se o profissional não se houve com dolo ou culpa e se demonstra em juízo que agiu de modo adequado, no plano das obrigações contratuais, com correção, lealdade, veracidade, zelo e prudência, advertindo-o o paciente a respeito dos riscos e das consequências de suas declarações.

O que importa nesse ensaio é demonstrar que, em se tratando de responsabilidade civil contratual médica, a obrigação é de ser considerada de meios (exceto se expressamente o médico ou os profissionais pelos quais ele responde comprometer-se a alcançar um determinado resultado naturalístico ao paciente). É cediço haver orientação jurisprudencial no sentido de que casos há em que se está diante de obrigação de resultado (cirurgia plástica embelezadora/puramente estética, anestesia, medicina diagnóstica, odontologia, imunização/vacinação, responsabilidade pela qualidade e eficácia de equipamentos como próteses, órteses etc.). A meu ver, em todos os casos, a obrigação é de meios. De um lado, põe-se a salvo o profissional médico diligente que não obtém o resultado esperado. Deve outro lado, para que não haja comprometimento do dever de indenizar, agrava-se ao médico (e aos que por ele é responsável) o dever de informação efetiva e cabal. É chegado o momento de superar-se esse paradigma binário para permitir a análise adequada, em termos científicos, dos problemas no in(adimplemento) da relação contratual médico-paciente. Na doutrina¹², o dualismo tradicional não mais faz sentido na responsabilidade civil médica. Está o médico obrigado a atingir determinado fim ou está ele obrigado apenas a exercer a sua atividade com a cautela profissional? A respos-

ta, a meu ver, está com a segunda asserção. Não é possível afirmar que o adimplemento contratual da obrigação do médico está a necessariamente depender da cura. Os médicos, pela falibilidade e fragilidade da condição humana, por mais competentes e diligentes que sejam, não tem condições de garantir, com absoluta certeza, o alcance de um determinado resultado, seja qual for o ramo em que se exerça a atividade. Há múltiplas variáveis, muitas delas imponderáveis a partir de um grau suficiente de prudência e diligência médica.

Diante da natureza dos serviços por eles prestados, os médicos desempenham obrigação de meios. Nela, como informa a civilística tradicional, o devedor não assume o dever de chegar ao resultado naturalístico da cura. Compromete-se o profissional, sim, a portar-se com zelo, diligência e atenção, à luz dos dados de sua ciência e arte. É preciso superar-se, portanto, na responsabilidade médica, a dicotomia em evidência. Os fundamentos são evidentes. Primeiro, porque a lei não determina expressamente que há hipóteses em que se está diante de obrigação de resultados. É garantia da convivência em social o dever de observância do princípio da legalidade, entre nós alçado à condição de cláusula pétrea, como previsto no inc. II do art. 5º da Constituição Federal do Brasil. Segundo, porque se mostra arbitrário elencar situações de obrigações de resultado somente a partir daquilo que a tradição jurídica jurisprudencial sedimenta nos seus pronunciamentos. Por mais respeitáveis que sejam, nada na Ciência do Direito está eternamente à salvo de questionamentos. Terceiro, porque, na sua ontologia, nada diferencia de modo decisivo tal uns e outros. Por mais competente e prudente que seja o médico, é impossível esperar o controle absoluto de todas as intercorrências e de quaisquer resultados. Toda intervenção cirúrgica, ensina a doutrina,

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Ob. cit.**, p. 1152 ss.

das mais complexas às mais corriqueiras, apresenta riscos. Mesmo sem que haja culpa (entendida como o desvio do comportamento esperado), é possível que ocorram resultados inesperados, que, conquanto sejam improváveis, longe estão de ser impossíveis (ou imprevisíveis).¹³

Assim, é chegado o momento de abandonar a dicotomia entre obrigações de meios e resultados em se tratando de responsabilidade médica, devendo todas as hipóteses considerar-se de meios, exceto se o médico ou os profissionais da equipe por ele responsáveis (CC, art. 932, I) explicitamente comprometeram-se à realização concreta de certo resultado naturalístico. A análise inflexível de hipóteses e categorias jurídicas não se afina às exigências do Direito na pós-modernidade. São os fatos (e a sua adequada compreensão pelo intérprete) que devem revelar a correção ou o desvio no proceder. O princípio da boa-fé lealdade é iluminado

¹³ A esse respeito, importa a seguinte ponderação, que se ampara no Professor Fabio Ulhoa Coelho: “A afirmação de que determinado procedimento – cirurgia plástica com fins estéticos, por exemplo – é obrigação de resultado não parece encontrar amparo na medicina. Na doutrina, certos autores têm percebido argutamente o problema (e suas origens): Em primeiro lugar, é necessário desfazer a enorme distância entre a plástica corretiva e a estética que a retórica jurídica estabeleceu. Não há fundamentos para tratar as duas hipóteses como essencialmente diversas. Deve-se o distanciamento a resquícios do preconceito que cercou, no início, a cirurgia plástica de objetivos meramente estéticos. A doutrina notícia célebre julgado da primeira metade do século passado, em França, em que o cirurgião plástico foi condenado, por erro médico, a indenizar paciente. O interesse no caso não reside tanto na decisão condenatória – afinal, os relatos indicam ter mesmo ocorrido uma deplorável imperícia do profissional. O interesse está, como aponta AGUIAR DIAS, na condenação do próprio procedimento: considerou-se que a responsabilidade do médico decorria de ter concordado em fazer operação plástica em pessoa completamente sã, apenas com o objetivo de aprimoramento estético. A jovem paciente era bonita e esbelta, mas tinha as pernas desproporcionalmente grandes. O objetivo da intervenção foi reduzi-las por ablação de gordura (o que foi motivo de verdadeiro escândalo naquela época e hoje largamente aceito e praticado em inúmeras clínicas de lipoaspiração de todo o mundo). Em outros termos, assentou-se que, se o único objetivo da operação cirúrgica é aformoseamento estético de pessoa saudável, realizá-la já é, por si, conduta culposa”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Ob. cit.**, p. 1157)

por regras, princípios e valores constitucionais, os quais incidem diretamente sobre as relações de direito privado, dentre eles o da dignidade da pessoa humana e solidariedade social (CF/1988, art. 1º, inc. III; art. 3º, inc. I). A visão contemporânea da relação jurídica obrigacional como um processo que exige comportamentos de parte a parte voltados ao adimplemento de um programa contratual que satisfaça devedor e credor não mais permite acolher a jurisprudencial dicotomia vergastada, em se tratando de atividade médica. Não mais há, isoladamente, credores e devedores em uma relação jurídica obrigacional; há pólos (centros) de interesses em relação, aos quais se impõem, em maior ou menor graus, direitos, deveres, ônus, obrigações, faculdades, potestades, sujeições etc. A visão dinâmica do processo obrigacional deve ser aplicada, sem dúvida, também às relações de consumo, com a criação de deveres decorrentes da boa-fé para ambos os contratantes (fornecedor e consumidor), sob pena de incorrer-se, qualquer um deles, em exercício disfuncional da posição jurídica, como tal condenado, entre outros dispositivos, pelo art. 187 do Código Civil do Brasil.¹⁴ O resultado esperado pelo credor não é de ser desinfluyente para o devedor, por certo, mas o insucesso na sua realização não pode significar necessariamente o inadimplemento do contrato pelo médico.

Em se tratando de responsabilidade civil médica, a superação do dualismo obrigacional em questão é necessária. Mais importa, por exemplo, examinar os comportamentos das partes a partir das luzes dos princípios da boa-fé lealdade (boa-fé objetiva) e função social dos contratos (Cód-

¹⁴ GUERRA, Alexandre. Responsabilidade civil por abuso do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

go Civil do Brasil, arts. 421-422).¹⁵ Toda relação contratual, é fato notório, deve ser compreendida hoje não a partir do princípio *pacta sunt servanda*, mas, em especial, pela funcionalização que direito que nele se realiza (prestação eficiente de serviço de saúde). Os contratos em tela dizem respeito a relações existenciais, isto é, que põe em relevo os direitos fundamentais aspectos essenciais à vida e à saúde humana, os quais são diretamente relacionados à vida, saúde e integridade psicofísica. Isso significa que a interpretação deve afastar-se de uma perspectiva essencialmente patrimonialista, devendo, ao reverso, nela entender-se o perfil existencial da contratação. A função social dos contratos em tela deve iluminar a sua interpretação. Sendo assim, são especialmente importantes dos deveres (sempre bilaterais) de informação com eficiência, lealdade, clareza e advertência a respeito de riscos e condutas a serem adotadas pelo paciente. É, acima de tudo, por parte dos profissionais da saúde, que haja, *acima de informar*, a preocupação de *antecipar-se a informar*, isto é, dispor-se concretamente o profissional de saúde a antecipar questionamentos a respeito de riscos e consequências do procedimento, bem assim das cautelas a serem tomadas pelo paciente. Tratando-se de relações contratuais existenciais, portanto, os deveres de informação e transparência se operam com grande intensidade. Permitir que o paciente esteja em estado de ignorância em sendo possível informar, a si ou aos seus representantes, a respeito das cautelas e consequências caracteriza-se, por certo, culpa médica, por omissão de informação relevante, da qual pode nascer o dever de indenizar.

Na perspectiva contemporânea da responsabilidade civil do médico na relação contratual que

mantém com o paciente, mais que divagar a respeito de distinções e aplicações de obrigações de meios e resultado, importa que haja informação e transparência, com lealdade bilateral no processo obrigacional, por se tratar de contrato existencial, garantindo-se, por exemplo, o direito a diagnóstico preciso, correto e claro, com a antecipação no prestar informações a respeito de riscos, cautelas e objetivos do tratamento que se lhe dispensa. Esses deveres impostos aos médicos não deixam de orbitar em torno das exigências do princípio da boa-fé (boa-fé lealdade/objetiva). Ademais disso, é dever do médico pôr-se em condições de conhecer, de bem compreender e de aplicar, na medida das possibilidades fáticas, as técnicas próprias do desenvolvimento da ciência da medicina, sob pena de caracterizar-se a sua culpa, por imperícia.

O médico imprudente, imperito e desatualizado responde civilmente por seus atos sempre que o dano tiver vinculado com essa atuação. O lucro (ou as vantagens patrimoniais) que podem ser legitimamente buscados pelo médico na sua atividade profissional jamais podem assumir posição de primazia. Tanto é assim que, como lembra a doutrina, o Código de Ética Médica estabelece expressamente que a “medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio” (Capítulo I, item IX). A primazia de valores existenciais é o mínimo que se pode exigir do profissional competente, talentoso e vocacionado no exercício do seu mister. É preciso que o médico seja, portanto, especialmente prudente e diligente, em condições de conhecer seu labor e de informar os pacientes (e familiares, na impossibilidade) sobre os riscos e consequências dos procedimentos que delibera adotar, assim garantindo, acima e antes de tudo, os deveres de cuidado, cooperação, segurança e informação efetiva. Isso interessa, muito

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 1159 ss.

mais, do que saber se se está diante de obrigação de meios e resultados, diferenciação que obnubila a visão do intérprete, desviando-o do foco cooperativo e ético que, nesta via de mão dupla, deve iluminar a relação médico-paciente.

4. Aplicação concreta

A título de exemplo, é possível colher da jurisprudência da Corte Paulista julgados casos nos quais se mostra relevante a diferenciação entre a obrigação de meio e resultado e o papel que ocupa o dever de informação nessa especial relação de consumo. Na sua essência, tratam de procedimentos cirúrgicos voltados à realização de procedimentos contraceptivos. O primeiro, abaixo ementado, diz respeito à procedimento de vasectomia sem sucesso, isto é, diante do qual, a despeito de sua realização, o homem manteve-se fértil, dando ensejo a novo filho:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DO SERVIÇO. Defeito na realização de cirurgia de vasectomia. Autor que pretende ser indenizado pela gravidez indesejada de sua esposa superveniente à realização de cirurgia. Inexistência de eficácia absoluta de métodos contraceptivos. Ausência de erro na realização da cirurgia ou de violação a dever de informação ao paciente. Inexistência de nexo causal entre a suposta falta de observância dos preceitos da L. 9.326/96 e o dano. Ação improcedente - Recurso improvido.¹⁶

No que interessa a esse ensaio, colhem-se as seguintes lições. Tratando-se de responsabilidade civil por fato do serviço, não há defeito na realização de cirurgia de vasectomia em que o paciente vem a mostrar-se posteriormente ainda fértil. É certa, diz, a inexistência de “eficácia absoluta” de quaisquer métodos contraceptivos. Não há provas de erro na

¹⁶ TJSP; Apelação 0015270-57.2012.8.26.0224; Relator: Francisco Loureiro; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 29/01/2015.

realização da cirurgia em si. Mais importante: a prova revela concretamente não ter havido a violação do dever de informação cabal ao paciente. Logo, não há inadimplemento contratual (pouco importando tratar-se de obrigação de meio ou de resultado) ou responsabilidade civil dele decorrente. É o que verdadeiramente importa, a meu ver: o cumprimento do dever de informação eficiente que atende às diretrizes estabelecidas pelo CDC. A responsabilidade do médico profissional liberal, conforme estatui o parágrafo 4º do art. 14 do CDC, lembra o relator, é subjetiva, isto é, depende da prova de culpa. Sempre que o ato ilícito foi praticado pelo médico, deve haver a culpa do médico, com a possibilidade de inversão judicial do ônus da prova, a teor do art. 6, VII do CDC.¹⁷ Não há nos autos, prossegue o relator, elementos indicativos de qualquer erro ou de inexatidão no procedimento médico na intervenção cirúrgica. Assim, inexistente culpa do médico, e a culpa é sempre indispensável para caracterizar-se o ato ilícito. A cirurgia, no caso, realmente não surtiu os efeitos que dela esperava o paciente. Isso não é suficiente para transmutar-se a obrigação de meio em obrigação de resultado. Isso não significa, ainda, que houve inadimplemento do contrato. “É fato notório e de conhecimento geral”, consta do voto, “que cirurgias de vasectomia e laqueadura, bem como os remédios anticoncepcionais, possuem uma margem de ineficácia, haja vista a natureza não exata da ciência biomédica”. Mesmo a vasectomia, conquanto seja método contraceptivo de elevado grau de eficácia,

¹⁷ É objetiva a responsabilidade dos hospitais, consta do corpo do voto, “apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio por exemplo), permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa) já iterativamente mencionada”.

lembra, pode não interromper definitivamente a circulação de espermatozoides para a fertilização.

A literatura médica informa a ocorrência de fertilizações ulteriores ao procedimento, destaca-se no voto em estudo. Intervenções contraceptivas (seja masculina, seja feminina) não têm eficácia absoluta. E o risco de gravidez existe mesmo em cirurgias corretamente realizadas, o qual resulta não de um defeito do serviço, mas sim da “infinita possibilidade de reação do organismo de cada pessoa a determinado procedimento cirúrgico, da mesma forma que ocorre com a ingestão de determinados medicamentos”. Sem a prova da culpa médica, não há afirmar-se o inadimplemento do contrato pelo tão-só fato de não se ter obtido o resultado desejado (infertilidade absoluta do homem). Resta examinar se houve o cumprimento do dever de informação do médico ao paciente. Aí, precisamente, poderia residir o dever de indenizar, tenha se obtido ou não o resultado esperado pelo paciente. No caso, contudo, houve o cumprimento das exigências decorrentes do dever de informação. O serviço não está em desacordo com a segurança que dele se espera, em primeiro lugar. Em segundo lugar, o médico não afirmou a completa e total impossibilidade de nova gestação.

O autor, no caso, assinou um termo de consentimento à realização do procedimento. Nele, consta explicitamente, destaca o relator: “apesar de a vasectomia ser um método de esterilização permanente, existe a possibilidade (1 em cada 2.000 operações) a qualquer tempo, de ocorrer recanalização espontânea e o indivíduo permanecer fértil e ocasionar uma gravidez”. Portanto, houve, sim, cabal, efetivo e eficiente cumprimento do dever de informação adequada do médico ao paciente. Perfeito, assim, o comportamento da parte no contrato, que atende, ademais disso, às exigências estabelecidas

também nos artigos 421 e 422 do Código Civil do Brasil. Logo, não cabe ao paciente alegar desinformação a respeito do risco ao qual foi submetido. O paciente teve o expresso conhecimento da (real) possibilidade de ineficácia da intervenção cirúrgica. Não houve, é importante salientar, a promessa médica de “garantia absoluta do procedimento” (o que, somente assim, faria trasmudar a obrigação de meio em resultado). Não houve a promessa médica de eficácia plena do método em relação ao organismo do autor. “O dano não decorreu de quebra ao dever de segurança dos serviços, mas, sim, de condições pessoais do próprio autor, ou ainda, de risco inerente ao procedimento, o que fulmina a pretensão indenizatória do requerente”.

Em se tratando de hipótese de gravidez após laqueadura tubária, não se caracteriza o erro médico se o laudo pericial aponta que a falha é inerente ao método contraceptivo em questão, mas há responsabilidade, de outro lado, se não houver prova de que a autora foi devidamente informada quanto à falibilidade da laqueadura como método contraceptivo, caracterizando o inadimplemento contratual de dever de informar, com a responsabilidade civil dele decorrente.⁽¹⁸⁾ Na mesma linha, decidiu a Corte Paulista de Justiça que, em se tratando de gravidez após a laqueadura tubária, há responsabilidade civil por inadimplemento contratual pelo prestador de serviço médico se “ausente prova de que a paciente teria sido informada que deveria esperar a realização de exame que averiguasse a efetividade da laqueadura”, caso em que se determinou a reparação dos danos pelo médico, consistentes no pensionamento mensal até os vinte e cinco anos de

¹⁸ TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0005430-38.2011.8.26.0101; Relator: Mary Grün, Data do Julgamento: 10/08/2018.

idade.⁽¹⁹⁾ Ainda, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ainda que ocorra a gravidez após o procedimento cirúrgico de laqueadura e não foi atestada qualquer negligência por parte da equipe médica, não há responsabilidade civil médica em virtude da recanalização (falha do método realizado), notadamente por não ter havido erro médico ou falha “no dever de informar que não se tratava de método contraceptivo definitivo e 100% eficaz”.⁽²⁰⁾

Diante de todo o exposto, é fácil perceber que em se tratando invariavelmente de obrigação de meios, responde o médico pela deficiência na informação por ele prestada, consoante se colhe de aresto com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Laqueadura. Autora que engravidou após o procedimento. Ausência de falha no dever de informar. Escolha livre e consciente do método contraceptivo. Notoriedade quanto ao fato de que a cirurgia não traduz certeza absoluta do resultado pretendido. Recurso desprovido.⁽²¹⁾

Colhe-se do julgado que a pretensão deduzida tem como base a ausência de informações adequadas sobre a falibilidade do método contraceptivo consistente na laqueadura das trompas. Não se discute, com acerto, se se trata de obrigação de meios ou de resultado. O fato objetivo (e determinante) é que se a parte não é efetivamente informada dos riscos do procedimento (trate-se de obrigação de meios ou de resultado) há inadimplemento do

¹⁹ TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0000490-30.2008.8.26.0038; Relato: Mary Grün; Data do Julgamento: 21/06/2018.

²⁰ TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação 1031642-33.2016.8.26.0577; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Data do Julgamento: 25/07/2018. No mesmo sentido, uma vez mais: TJSP, 12ª Câmara de Direito Público, Apelação 0000198-20.2013.8.26.0604; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Data do Julgamento: 18/07/2018; TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0041641-77.2008.8.26.0554, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 27/08/2015; TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0005174-60.2011.8.26.0048, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 10/03/2015; TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0032922-85.2009.8.26.0000, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 30/04/2013; TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0014369-73.2012.8.26.0003, Rel. Des. Rui Cascardi, j. 03/11/2015.

²¹ TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação 623.004.5/6-00; Relator Teixeira Leite, j. 04/02/2010.

contrato (e a responsabilidade civil dele decorrente). A insuficiência de informações está presente, por exemplo, quando o médico se limita a afirmar que orientou a autora verbalmente, antes da cesárea realizada com certa urgência, e sem a necessária reflexão e explicação a respeito das conseqüências e riscos a ele próprios. Não é suficiente, como se colhe do aresto, “consentimento verbal do casal ao entrar no centro obstétrico”. A paciente deve ser efetivamente cientificada da probabilidade de ineficácia do procedimento, cujo ônus da prova ao médico compete, em conformidade com voto do eminente Desembargador Ênio Santarelli Zuliani:

“(…) Muito embora possa se admitir a falibilidade da laqueadura como método contraceptivo, não se pode aceitar, também e justamente em razão do risco de falhas, que tal procedimento seja realizado à deriva do dever de informação que os profissionais da área de saúde adequadamente têm de observar.

Se o método é falho, o médico não pode se furtar de exaustivamente orientar a paciente. A instrução da mulher quanto à probabilidade de gravidez após a laqueadura é essencial para a realização do procedimento. Tivesse sido adequadamente cientificada quanto aos riscos de insucesso e reversão, poderia a autora recusar-se à realização do procedimento ou, admitindo-o, ter tomado os cuidados necessários para realmente evitar a gravidez que não desejava. Porém, tudo indica que nem mesmo foram feitos exames para verificação do resultado da cirurgia.

O fato de ser da mulher, e não do médico, a escolha sobre os diversos métodos contraceptivos não exige dos profissionais da área de saúde de prestarem os esclarecimentos técnicos que são próprios da ciência que dominam e que são definitivos para embasarem a opção da paciente. Ademais, entendo que, quando a questão se refere à laqueadura, a situação é diferenciada e exige cautela especial. Não se trata de simples eleição da mulher do método anticoncepcional que mais lhe convém. Trata-se de intervenção cirúrgica e que objetiva a esterilização feminina, fazendo com que seja cessada a capacidade de reprodução, com viés de definitividade.

Muitas mulheres escolhem a laqueadura confiante de que optaram por método contraceptivo determinante e eficaz para evitar reprodução indesejada. E não se pode

exigir e nem esperar que todas as pacientes, com os mais diferentes tipos de instrução e acesso à informação, saibam da probabilidade de falhas da medida. Por essa razão, é essencial o esclarecimento pelos médicos de que a prática é vulnerável (...).

Em Portugal foi editada a Lei 3/84 prevendo a esterilização voluntária e a terapêutica, competindo, em relação a primeira, celebração de consentimento informado por escrito e inequívoco “devendo mesmo ficar registrado que o médico informou o paciente das consequências de tal intervenção, bem como a identidade e a assinatura do médico” (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, p. 262). O Código Deontológico de Portugal exige, inclusive, informação do cônjuge, o que não significa, segundo a doutrina, poder de veto do marido ou companheiro, por ser predominante a autonomia da paciente (JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, Coimbra Editora, 2001, p. 147). (...).

“Porém, no caso da autora, nada se fez em termos de transparência e de explicações sobre a irreversibilidade e a falibilidade do método, uma omissão que ganha vulto para decisão da causa. Isso porque a autora não reclama de erro da cirurgia, mas, sim, de não esclarecimento de que a laqueadura constitui prática contraceptiva vulnerável. [...]

“O consentimento da autora, mulher com baixa intelectualidade e que não obteve em sistema educacional ou ambiente do seu cotidiano as informações corretas sobre níveis estatísticos do procedimento cirúrgico conhecido como absoluto entre os outros aplicados, é anulado pelo proceder profissional incorreto. A autora, com rendimentos mensais de R\$507,82, não se aventuraria a em submeter ao ato cirúrgico, se endividando perante a Cooperativa de Crédito Mútuo mantida pelo empregador, caso fosse cientificada de não ser a laqueadura absolutamente confiável para os propósitos declarados (não ter mais filhos para manter o emprego e a qualidade de vida de dois filhos).” [...]

“Nessa linha, considerando a essencialidade do esclarecimento acerca dos riscos da laqueadura e tendo em vista que os elementos constantes dos autos indicam que realmente não houve a adequada orientação da requerente

antes e depois do procedimento, há de se admitir que o abalo oriundo do fato de a autora ter de suportar gravidez que não previa e nem desejava guarda relação com a falha dos réus no dever de informação, que decorre dos artigos 6º, III, 8º, 9º e 31, do CDC.

“Os apelados, assim, devem responder pela falta de esclarecimento adequado à apelante, o que favoreceu uma segunda concepção não querida e para ela totalmente imprevisível, caracterizando quebra da confiança gerada na paciente, frustração de suas expectativas legítimas e até certo cerceamento à sua livre escolha de não gerar novos descendentes, mormente implicando agravamento de sua situação financeira e econômica.

Reitero o entendimento esposado na análise da Apelação nº 591.727-4/9-00: ‘O processo denuncia uma situação evidente e que consiste na prestação de serviço defeituoso. A autora não foi informada da suposta ineficácia do método, o que constitui ofensa aos art. 6º, III, 8º, 9º e 31, do CDC, uma omissão que deu causa à gravidez indesejada e, ainda que exista uma dúvida sobre a não ocorrência de erro (porque não se provou que a operação se fez de forma regular), o fato é que a interpretação deve ser favorável à consumidora, por quebra do dever de confiança que os profissionais da saúde assumem, pela boa-fé contratual, quando contratam. A autora não desejava ter filhos e tomou decisão definitiva para impedir gestações, sendo traída pela inadequação da laqueadura realizada. Deve ser indenizada (...) por não ter o médico esclarecido de forma conveniente sobre não ser definitiva a vasectomia.

“Os profissionais da saúde respondem por falha ou falta de informação adequada, conforme dispõe a doutrina nacional (JOÃO MONTEIRO DE CASTRO, *Responsabilidade civil do médico*, Método, SP, 2005, p. 103) e internacional (La responsabilità civile dei medico, in *La responsabilità nel esercizio della professione medica*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2008, p. 79 e CARLOS A. CALVO COSTA, *Danos ocasionados por prestación médico-asistencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 373). (...) Há, sem dúvida, frustração de expectativas legítimas, o que caracteriza dano moral indenizável, nos termos do art. 5º, V e X, da Constituição Federal.

“Diante do exposto, evidente que a autora faz jus à in-

denização que compense o abalo moral decorrente da quebra da confiança que suportou, acompanhada de sentimentos de incerteza, surpresa, angústia, por ter de enfrentar as dificuldades que cercam uma gravidez que acreditava, legitimamente, ser impossível. Aliás, ressalte-se que o dano moral independe de comprovação, derivando *in re ipsa* dos próprios atos negligentes dos réus, que deixaram de observar a contento o dever de informação que lhes competia. (...). Por essas razões, fixo a indenização por danos morais devida pelos réus em R\$ 30.000,00, montante que deve ser corrigido a partir da publicação do acórdão e acrescido de juros de mora desde a citação. (...)

Proposições conclusivas

Não mais se justifica na Ciência do Direito a dicotomia entre obrigações de meios e de resultados em se tratando de responsabilidade contratual médica. Devem ser as obrigações nessa hipótese consideradas de meios, exceto se o médico (ou os profissionais da equipe por ele responsáveis) explicitamente comprometeu-se ao paciente à realização concreta do resultado naturalístico. A análise inflexível de categorias dogmáticas não se ajusta às exigências do Direito na pós-modernidade, pois a melhor solução perpassa pela adequada compreensão dos fatos postos a desate pelo Estado. Os princípios da boa-fé lealdade (boa-fé objetiva) e função social do contrato estão presentes na responsabilidade civil médica; as regras, princípios e valores constitucionais incidem diretamente sobre as relações de direito privado. O resultado esperado pelo paciente não é um elemento meramente acidental para médico no exercício de seu mister, por certo, mas é igualmente certo que o insucesso na sua realização não pode significar necessariamente o inadimplemento do contrato de prestação de serviço.

Os artigos 421 e 422 do Código Civil do Brasil somam-se à proteção jurídica dispensada ao consumidor (arts. 6º, III, 8º, 9º e 31, do CDC) com o

objetivo de reconhecer-se a bilateralidade dos deveres contratuais laterais e a primazia da boa-fé nas relações obrigacionais, em especial sob a vertente da informação e do cuidado que se deve dispensar ao paciente, protegendo-o na relação de especial confiança que se deposita num ambiente de vulnerabilidade agravada ao paciente (pelas próprias circunstâncias nas quais se encontra). Sobre o médico, por certo, recaem os deveres de diligência, prudência e atuação conforme o estado da Ciência, com o dever de veracidade e informação que lhe são próprios. Todos esses elementos reunidos permitem disciplinar corretamente a relação jurídica em estudo, com maior nitidez, rentes à realidade, sem que se deva recorrer à dicotomia de obrigação de meios e de resultado, que, na atividade médica, deve ter o seu lugar preservado na história, e não mais na pós-modernidade.

Referências bibliográficas

- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Lições de Responsabilidade Civil**. Cascais: Principia, 2017.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e o direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo, Atlas, 2015.
- GUERRA, Alexandre. **Responsabilidade civil por abuso do direito**: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2003.
- LIRA, Ricardo Pereira. **Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática**. Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/ricardo_lira/rl_1.html>.

Acesso em 1 de junho de 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina di Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

REALE, Miguel. Espírito da Nova lei Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **História do Novo Código Civil**. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Biblioteca de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1.

MENGONI. **Obbligazione di risultato ed obbligazione di mezzi**. *Revista del Diritto Commerciale ed del Diritto Generale delle Obbligazione* (1954).

MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. III v. 1959, Milano: Dott. Giuffrè Editore.

A PESSOA SOB O OLHAR DAS NEUROCIÊNCIAS: O CORPO E A CONCEÇÃO NATURALISTA DE PESSOA

Ana Elisabete Ferreira

Sumário:

1. A Pessoa: Visões Hodiernas de Uma Ideia Complexa
 2. Ser Humano e Ser Pessoa
 3. Por uma Conceção Naturalista de Pessoa
 4. Problemas e Desafios da Conceção Naturalista de Pessoa
 5. Reflexões Finais: A Pessoa a partir das Neurociências — o Homem Moral Natural
- Bibliografia

Persons, not humans, are special — at least if all one has in general secular morality.

(...) Only persons can make agreements and convey authority to common projects (...). It requires the self-reflexivity of self-consciousness. Otherwise, there is a happening, not a doing.⁽¹⁾

1. A Pessoa: Visões Hodiernas de Uma Ideia Complexa

A asserção de Engelhardt tem sido sobejamente avaliada pelos grandes pensadores da bioética, na aurora do século XXI. Naturalmente, o excerto propõe uma provocação da maior gravidade; uma pro-

¹ Pretendendo manter a fidelidade à asserção original, H. Tristram Engelhardt, Jr.: *The Foundations of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 135. Na versão portuguesa, *Fundamentos da Bioética*, São Paulo, Edições Loyola, 2008 (3.ª edição), trad. José A. Ceschin, pp. 169 e 170.

vocação que, neste contexto da identificação de uma visão *naturalista* da moralidade (que, numa certa perspectiva, pode até considerar-se “uma forma extrema de naturalismo”⁽²⁾), parece-nos importante discutir.

Esta afirmação representará *um início* também por outra razão, esta não deliberada: porque “não é possível, *hic et nunc*, elaborar uma história do conceito de pessoa humana.”⁽³⁾ Não sendo isto possível, e tendo em conta também o escopo deliberadamente restringido da presente dissertação, esse caminho não se fará. Privilegiar-se-á uma aproximação à ideia de pessoa *atual*, no nosso contexto histórico e cultural determinado, na medida em que tal seja possível.

Em Engelhardt, as normas morais e as normas jurídicas confundem-se permanentemente, embora o autor tenha o cuidado de sublinhar que “a lei reflete apenas em parte a moral de uma sociedade ou os julgamentos morais estabelecidos”⁽⁴⁾. Que implicações retirar desta afirmação? Haverá uma parte do direito que não seja moral? Ou será a ideia de pessoa jurídica também uma reflexão apenas parcial da pessoa moral?

² Nas palavras de Michael S. Pardo & Dennis Patterson, *Minds, Brains and Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 25 a 28.

³ João Carlos Loureiro, “Pessoa e Doença Mental” in *Boletim da Faculdade de Direito* n.º 81 (2005), Coimbra, Universidade de Coimbra, pp. 145 — 187, p. 158.

⁴ H. T. Engelhardt, *Princípios...*, cit., p. 54.

A distinção entre a pessoa moral e a pessoa jurídica é, certamente possível, mas não estamos certos de que seja desejável. Herdamos uma concepção de pessoa enquanto *valor* que, segundo nos parece, dispensa tal distinção. Os estudos hodiernos das neurociências — e da neuroética, em particular — corroboram, segundo cremos, a intuição daqueles que sempre tiveram a pessoa jurídica por (não mais do que) uma *manifestação* específica da pessoa moral. É isto, também, que pretendemos assentar.

A humanidade, a liberdade e a igualdade são pressupostos tradicionais da reflexão sobre a pessoa enquanto valor, com especial preponderância no século XX, e à medida que a noção formal de sujeito de direito se viu insuficiente para designar um valor absoluto⁽⁵⁾.

A pergunta pela natureza moral da pessoa jurídica pode debruçar-se especificamente sobre o conceito jurídico, a sua amplitude e a sua evolução, ou pode inclinar-se sobre a relação *mística*⁽⁶⁾ que justifica a rendição da normatividade perante a força do valor-pessoa. Esta relação não poderá compreender-se quando se vê no direito um aglomerado de normas úteis. A pessoa-valor só pode compreender-se num horizonte em que as expectativas partilhadas a exijam, sendo o direito reflexo direto dessas expectativas e sendo a pessoa enquanto valor, por isso, fundamento do próprio direito.

Se é possível distinguir, na tradição filosófica, duas linhas conceptuais de *pessoa*, é, contudo, evidente que os conceitos de *ser humano* e de *pessoa* não se sobrepõem necessariamente: na concepção

ontológica ou “substancialista”, tal como na concepção psicológica ou “asubstancialista”, a ideia de pessoa pretende exprimir um especial valor. Tal valor ou dignidade é, no primeiro caso, intrínseco, ao passo que no segundo caso faz referência à racionalidade, ao livre-arbítrio e à autoconsciência; em ambos, todavia, a dignidade da pessoa aparece como algo que carece de uma justificação argumentativa, levada a cabo através de critérios culturalmente dominantes ou consensuais⁽⁷⁾.

Não obstante esta não sobreposição, é, no entanto, patente que a pessoa se vai construindo a partir de atributos que só os seres humanos podem garantir. Dennett sintetiza as seis “condições necessárias da pessoa” que mais frequentemente são trazidas à colação na literatura especializada: 1) ser racional, 2) deter predicados intencionais, 3) reconhecimento da *atitude* de ser pessoa, 4) capacidade de reciprocidade, 5) capacidade de comunicação verbal, 6) deter autoconsciência⁽⁸⁾.

Os estudos das neurociências, ao colocarem em causa os pilares da concepção psicológica de pessoa, negam que ela se justifique pela racionalidade, pelo livre-arbítrio e pela autoconsciência (nos seus sentidos tradicionais), e exigem uma resposta diferente.

A pessoa é, com efeito, um conceito aglutinador de valores e expectativas, muitos deles ancorados numa história de luta e sofrimento contra a opressão dos grupos dominantes que não deve ser branqueada, e não é certo de que uma noção unívoca

⁷ Assim em Wojciech **Zaluski**, “The Concept of Person in The Light of Evolutionary Theory and Neuroscience” in *New Approaches to the Personhood in Law. Essays in Legal Philosophy* (T. Pietrzykowski, B. Stancioli, eds.), Frankfurt am Main, Peter Lang, 2016, pp. 35 — 46, pp. 36 e 37.

⁸ Daniel **Dennett**, escarpeliza estes predicados em “Conditions of Personhood” in *What is a Person* (Michael F. Goodman, ed.), Clifton, Humana Press, 1988, pp. 145 — 168.

⁵ Assim em Stefano **Rodotà**, *Il Diritto di Avere Diritti*, Bari, Laterza, 2012, pp. 177 e 178. “Perciò la persona appare irriducibile a quella misura di «normalità» che accompagna il soggetto astratto...”

⁶ Atrévemo-nos a remeter para o nosso “A Vulnerabilidade Humana e a Pessoa Para o Direito — Breves Notas” in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), n.º 2, pp. 1023-1053, especialmente pp. 1035 a 1044.

ca de pessoa seja necessária ou sequer desejável⁽⁹⁾.

A noção de «sujeito de direito», em particular, exprime primordialmente um conceito operativo, o que não significa, naturalmente, que se encontre despida de um substrato axiológico fundamental que refletirá o seu meio histórico e cultural. A noção foi difundida pela pandectística alemã do século XIX, conquanto já se usasse, esparsamente, desde o século XVI, um pouco por toda a Europa⁽¹⁰⁾.

A ideia de «sujeito de direito» foi modernamente tratada sobretudo a partir da construção dogmática dos direitos subjetivos⁽¹¹⁾, construção em que se destacam modernamente, em particular, filósofos como Michel Villey e Brian Tierney, com perspetivas diversas sobre a questão. Consoante a fundação filosófica dos estudos, o início da construção dogmática dos direitos subjetivos é diversamente atribuído. O sujeito de direito foi sendo visto como um sujeito com determinadas qualidades relevantes no âmbito jurídico, nomeadamente, como centro autónomo de capacidade(s) ou faculdade(s) juridicamente relevantes, em que a presença do «ius» se identifica como uma «potestas», até se considerar, hodiernamente, razão de ser do direito — ou, se preferirmos, condição de existência do direito como direito⁽¹²⁾.

O sujeito de direito vai identificar-se com a *pessoa* no momento em que se assume que é a sua con-

dição axiológica (ou, numa enunciação mais corrente, a sua *dignidade*) o que justifica e fundamenta a existência e a manutenção do direito, como projeto comum e como autoridade consensualmente assumida.

Diferentes propostas filosóficas têm desbravado caminho no sentido de colocar em causa a dignidade humana como axioma⁽¹³⁾, não só porque seja um conceito demasiado abstrato e inoperante, ou porque não corresponda ao ser humano concreto, como aponta a crítica tradicional, ou porque se trata de uma construção artificial e falaciosa⁽¹⁴⁾.

Em teorias mais extravagantes, como a de Sloterdijk⁽¹⁵⁾, há que refletir o alerta para o facto de a dignidade ser uma construção humanista, não *consustancial* ao ser humano, que por essa razão não pode mostrar-se suficientemente firme para se impor verdadeiramente. Enquanto o axioma se impõe por si mesmo, encontrando em si mesmo a sua justificação — “designa uma hipótese auto-evidente”⁽¹⁶⁾ — a construção cultural, pelo contrário, só se compreende num dado contexto, e sofre a impiedosa erosão do tempo e da estratégia política.

⁹ Neste sentido, Jens David **Ohlin**, “Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights?” in *Columbia Law Review*, vol. 105 (2005), pp. 209 a 249, especialmente, pp. 212 a 227.

¹⁰ Mário **Reis Marques**, “Um olhar sobre a construção do «sujeito de direito»” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita* (org. Diogo Leite de Campos), vol. II, Studia Iuridica, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 95 — 110.

¹¹ João Carlos **Loureiro**, “Pessoa e Doença Mental”, cit., pp. 171 e ss.

¹² A. **Castanheira Neves**, “O direito como Alternativa Humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito” in *Digesta. Escritos acerca do direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 287 e ss.

¹³ Acerca desta temática, Mário **Reis Marques**, “A dignidade humana como *prius* axiomático” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, org.), vol. IV, Studia Iuridica 101, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 541 — 566.

¹⁴ Milagros Otero **Parga**, “Reconocimiento legal del valor dignidad” in *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), vol. 79 (2003), pp. 437 — 461, p. 443: “... valor (...) de servir para casi todo sin definir técnicamente casi nada, a excepción, claro está, de un sinfin de buenos deseos. Esto no es suficiente. La sociedad actual há superado (...) la fase del “deber-ser”...”

¹⁵ Peter **Sloterdijk**, *Regras para o Parque Humano*, cit.

¹⁶ Palavras de Mário **Reis Marques** em “A dignidade humana como *prius* axiomático”, cit., p. 563.

2. Ser Humano e Ser Pessoa

Uma questão importante, que se mantém, é a de saber se bastará ser humano para ser pessoa⁽¹⁷⁾. Esta é a questão que, fundamentalmente, nos propomos explorar neste capítulo, ainda a partir da contra-tese de Engelhardt. Esta pergunta fundamental está relacionada com outra, que é a de compreender por que razão é hoje tão amplo o conceito de pessoa, vale dizer, porque é que, sem hesitar, incluímos nele um número enorme de seres humanos, e apostamos num mundo em que não haja *subpessoas*.

Formulada a questão, fica bem patente que o valor pessoa não pode confundir-se com a personalidade, pessoal ou social, nem pode esgotar-se na análise do papel desempenhado por cada indivíduo na «polis»⁽¹⁸⁾.

É, com efeito, a teologia cristã que vai ensaiar a ideia de *pessoa* como conteúdo axiológico, em parte, para fundamentar a análise explicativa do dogma da Santíssima Trindade⁽¹⁹⁾, onde há necessidade de distinguir a natureza, «physis», da pessoa, «hypostasis», para justificar que três pessoas possam partilhar uma mesma natureza sem que cada uma perca o seu particular distintivo ontológico de ser pessoa. “Pessoa

¹⁷ Jonathan B. Freeman, Nicholas O. Rule and Nalini Ambady, “The cultural neuroscience of person perception” in *Progress in Brain Research*, Vol. 178, 2009, pp. 191 — 201: “Humans are biological phenomena. We are made up of cells, hormones, and genes; we have a nervous system and neurons within it. All our perceptions, cognitions, and behaviors have a biological basis; they are instantiated in the brain and body. Yet, we are also sociocultural phenomena. (...) Neuroscience can do much more than merely identify and distinguish the neural correlates of universal versus culturally sensitive psychological processes. (...) Cultural neuroscience offers an exciting multilevel approach to precisely characterize how processes of this dynamic mental system emerge through a complex interplay between genetic, neural, and cultural forces.”, p. 192.

¹⁸ Cfr. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade — Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Edições Almedina, 2008, pp. 20 e 21.

¹⁹ *Idem*, pp. 25 e 26.

torna-se (...) a forma especial ou particular de ser de uma determinada natureza”⁽²⁰⁾.

A influência dos dogmas religiosos na fundação axiológica dos seres humanos e na regulação da sua conduta social é sobremaneira evidente e não carece de grandes explicitações. E o mesmo pode dizer-se da influência dos mesmos dogmas na fundação dos atuais princípios normativos do direito, eminentemente judaico-cristãos.

Uma breve análise, ainda que superficial, da literatura dedicada à pessoa que interessa ao direito — pessoa enquanto titular de uma ineliminável dignidade ética — permite compreender imediatamente que a sua filiação se tem exprimido a partir de três paradigmas fundamentais. Se numa conceção imediatamente teológica, a especial dignidade humana é ancorada na criação divina, já numa conceção racionalista, a pessoa é imediatamente identificada com a faculdade de autodeterminação racional; ao passo que, num outro horizonte discursivo, a pessoa é perspectivada como ser capaz de uma linguagem altamente sofisticada. Aqui não se trata apenas de afirmar que a pessoa é aquele ser humano, social, que desenvolveu uma racional capacidade de lógica, argumentação e persuasão, mas antes de sustentar que a linguagem é aquilo que faz do humano aquilo que o humano é⁽²¹⁾. Para tal, não basta ser racional; é necessário ser capaz de justificar-se perante si mesmo e perante os outros; é necessário ser criador de causalidade. A faculdade de usar e manipular sistemas complexos de comunicação e de empenhar «ethos», «pathos» e «logos» do modo que pessoalmente aprouver, e de manipu-

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Conceção que só se compreende bem no contexto evolutivo da *linguistic turn*. Por todos, Richard Rorty, “Wittgenstein, Heidegger, and the reification of language” in *The Cambridge Companion to Heidegger* (Charles Guignon, ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 337 — 357.

lá-los ou ficcioná-los quando tal se afigure pessoalmente desejável, face ao objetivo.

Esta última perspetiva mantém a sua força na atualidade mas, aqui chegados, estamos já em condições de perceber que não basta afirmar que temos linguagem para que isso nos faça *especiais* e, menos ainda, para que isso nos torne *pessoas*. Como refere Sloterdijk, toda a nossa cultura é humanista, e todo o humanismo é literário⁽²²⁾. Toda a nossa cultura é humanista, porque reinventa o humano a cada momento, distinguindo sempre o humano do não humano através de diversos métodos «técnicos» de seleção, assumindo que essa construção é necessária, porque o humano, em si mesmo, não existe. Ao mesmo passo, todo o humanismo é literário, porque assumiu desde sempre que o humano se distingue pela capacidade de narrativa, pela literalidade da sua expressão. Assim, considerámos que a primeira civilização humana é a primeira que domina os caracteres; assumimos que o homem burguês é aquele que lê os clássicos, entendemos que o cidadão é aquele que, primeiramente, é letrado⁽²³⁾; consideramos agora que o máximo da formação académica e pessoal consiste no domínio das palavras relativas a um determinado assunto.

Em Sloterdijk, o ser humano compreende-se como *literado*, sendo o seu mérito sempre referido em função do seu grau de alfabetização. Todas as ideias se transmitem pela narrativa, e o humano não seria concebido como hoje o é se não lhe tivessem chegado, pela forma oral e escrita, as histórias e as filosofias dos diversos conhecimentos.

Em nosso parecer, esta noção aventada por Sloterdijk tem um mérito e um demérito, essenciais. O mérito, é o de levar a sério a condição eminentemente social do homem e a força da *forja social*,

²² Peter Sloterdijk, *Regras para o parque humano*, cit., pp. 21 e ss.

²³ *Idem*, p. 25.

a sua influência, a sua domesticação, as suas *próteses*⁽²⁴⁾. O demérito é o de se apresentar como totalmente descomprometida de uma conceção moral, como se a moralidade fosse uma escolha. *E não é*.

Acerca da questão da identificação (jurídica) da pessoa com o humano, importa notar que a pessoa que pensamos enquanto sujeito de direito é, em regra, a pessoa humana, muito embora o direito tenha criado pessoas jurídicas que não são humanos, e ficcione características humanas naquelas pessoas jurídicas não humanas. Não obstante, a denominada *pessoa singular* é, para o direito, a pessoa humana. Terá o direito conseguido, então, uma conceção de humano própria, emancipada da transcendência, que possa identificá-lo imediatamente com a pessoa?

Como afirmámos na introdução, a resposta, dramaticamente imediata, é «não»⁽²⁵⁾. É humano o embrião, «in utero» ou «in vitro», como é humano o cadáver, como são humanos os órgãos e tecidos do «homo sapiens», vivo ou morto, dentro do organismo ou numa placa de Petri, sem que lhes seja reconhecido o estatuto de pessoa. A própria personalidade jurídica — reduto jurídico mínimo da pessoa — só se adquire no momento do nascimento completo e com vida, e cessa com a morte.

A imagem mercantil do sujeito de direito, que largamente se difundiu,⁽²⁶⁾ faz parecer que a tutela jurídica é um *prius*, e que a pessoa aparece *depois*. Trata-se de uma formulação equivocada, que se enviou no momento em que admitiu que a pessoa jurídica fosse *um conjunto de atributos*. Este facto é

²⁴ Gonçalo M. Tavares, *Atlas do Corpo e da Imaginação, Teoria, Fragmentos e Imagens*, Alfragide, Editorial Caminho, 2013, especialmente pp. 104 a 111.

²⁵ Ana Elisabete Ferreira, “A Vulnerabilidade Humana e a Pessoa Para o direito — Breves Notas” in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), nº 2, pp. 1023-1053, especialmente pp. 1035 a 1044.

²⁶ Vide Bernard Edelman, *La personne en danger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 113 e ss.

sobejamente evidenciado, paradigmaticamente, na conceção de sujeito de direito desnudada por Costas Douzinas, onde aparece como uma espécie de metáfora onde uma série de ideias desgarradas convergem, ou tentam convergir⁽²⁷⁾.

Em nosso ver, a procura pela essência da pessoa jurídica deve iniciar-se na acentuação do seu caráter moral, na sua substância ética. Uma vez assente essa natureza, poderá constatar-se a relação existente entre o ser humano, o sujeito de direito e o ser moralmente digno.

Inicialmente, em *Fundamentos da Bioética*, Engelhardt começa por criticar a pretensão de uma moralidade concreta, que esteja disponível por meio da reflexão racional. O autor começa por censurar, aparentemente, que o único projeto objetivo da filosofia moderna seja o de “descobrir uma moralidade secular essencial que abrangesse diversas comunidades de crenças religiosas e ideológicas”⁽²⁸⁾ e impugna, em geral, a propriedade das propostas apresentadas, afirmando causticamente que “como nem todos são favorecidos pela graça da fé verdadeira ou da apropriada introspecção ideológica, o mundo é explicado por profetas morais e metafísicos concorrentes, e a cacofonia das suas contradições reivindicatórias pode ser ouvida em qualquer grande sociedade”⁽²⁹⁾.

Contudo, parece-nos que Engelhardt vai derrocar-se, precisamente, na tendência que critica, quando afirma a sua própria conceção de *moralidade secular geral*.

Com efeito, o autor começa por operar uma distinção, escrupulosa e importante, entre «amigos morais» e «estranhos morais»: os primeiros partilham uma moralidade essencial, pelo que podem resolver controvérsias recorrendo a um argumento moral *reconhecido* no seio daquela *jurisdição*. Os «estranhos morais», pelo contrário, não partilham premissas ou regras morais suficientes para resolver controvérsias com soluções consensuais.

Esta distinção conjuga-se com a distinção entre comunidade e sociedade: a comunidade é um conjunto de «amigos morais», tal qual foram caracterizados; a sociedade é “uma associação que envolve indivíduos que se encontram em comunidades morais diversas”⁽³⁰⁾. Na sociedade, as controvérsias morais não se resolvem pelo consenso, mas pelo acordo, que se caracteriza pelas cedências das partes em prol de uma resolução *intermédia* do problema⁽³¹⁾.

Engelhardt constata que, nas sociedades atuais, “a diversidade não é atraente”, porque atrai o julgamento⁽³²⁾. E acaba por desaguar, também, numa pretensão universalizante, num modelo de moralidade secular geral, onde as pessoas, e não os humanos, são especiais. Isto porque, para partilhar daquela moralidade secular geral, “é preciso ter a auto-reflexão da autoconsciência”⁽³³⁾. Para o autor, a autoconsciência de um agente moral implica a racionalidade, implica compreender a relação entre as decisões tomadas, o seu significado e as suas consequências. Ou seja, ser capaz de apreciar que as ações próprias se encontram “vinculadas a um sentido de merecimento de acusação ou merecimento de elogio”⁽³⁴⁾.

³⁰ *Idem*, pp. 32 e 33.

³¹ *Ibidem*.

³² H. T. Engelhardt, Jr., *Fundamentos da Bioética*, cit., p. 44.

³³ *Idem*, p. 170.

³⁴ *Ibidem*.

²⁷ Costas Douzinas, *The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000, sobretudo pp. 18 e ss e 173 e ss. Cfr. José Manuel Aroso Linhares, *Entre A Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova Como Um Exercício de «Passagem» Nos Limites da Juridicidade*, Studia Iuridica 59, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 380 e ss, 388 a 399, 449 e ss.

²⁸ H. T. Engelhardt, Jr., *Fundamentos da Bioética*, cit., pp. 29 a 31.

²⁹ *Idem*, p. 55.

Então, cumpre indagar, quem são estes seres humanos que não são pessoas? Engelhardt responde com clareza: são aqueles a quem falta a autoconsciência, “os bebês, os deficientes mentais e outros indivíduos, que não podem determinar por si mesmos a sua própria hierarquia de custos e benefícios”⁽³⁵⁾.

Engelhardt representa o expoente máximo da *conceção psicológica ou asubstancialista* de pessoa, e a sua última asserção é criticável de vários prismas. O mais evidente, sumamente analisado por João Loureiro⁽³⁶⁾, é o de se mostrar incompatível com as exigências do princípio da igualdade, à luz do qual a discriminação entre seres humanos é insustentável. Contudo, em nosso parecer, ainda que esta distinção fosse compatível com as exigências daquele princípio normativo, a tese de Engelhardt continuaria desprovida de sentido. Para que se compreenda a nossa perspectiva, basta ponderar refletidamente nos exemplos que o próprio bioeticista aventa.

Começemos pelas crianças, incluindo aqui os bebês, relativamente aos quais gostaríamos de salientar dois aspetos: por um lado, 1) a presença inequívoca de uma moralidade inata nos recém-nascidos, que se vai aprimorando com o crescimento, com a convocação de estudos recentes que demonstram a capacidade apresentada pelos bebês, mesmo que muito pequenos, para formular juízos morais, bem como a evidência que contesta que sejam desprovidos de autoconsciência e de auto-reflexão⁽³⁷⁾. Estes estudos recentes mostram que os

bebês pré-falantes são já capazes de discernir boas e más ações, e de reagir de acordo com elas, mesmo quando nenhum interesse próprio esteja em causa; do mesmo modo, mostram sinais de preocupação com o próximo e são sensíveis aos gestos, meneios faciais e manifestações de humor daqueles que os rodeiam. O mesmo é observável, por exemplo, nos chimpanzés, sendo certo que os chimpanzés não terão sido formatados moralmente pela civilização alfabetizante⁽³⁸⁾. Estes estudos corroboram, como é evidente, que não nascemos como tábuas rasas, e que a moralidade, ao menos na sua formulação mais básica, é inata.

Por outro lado, 2) é bom lembrar a proteção jurídica da personalidade, em particular da integridade moral das crianças, os seus fundamentos e o seu significado. Ainda que convenhamos em que a integridade moral, no seu sentido jurídico clássico, não consubstancia uma proteção da moralidade «tout court», mas antes dos aspetos “não físicos” da personalidade, parece-nos que o quadro de valores pessoal não está completamente ausente, uma vez que a proteção da integridade moral inclui direitos como a honra, o bom nome, a imagem ou a identidade genética, onde questões de cariz eminente-

New York Times, May 5, 2010, disponível em <http://www2.econ.iastate.edu/classes/econ362/hallam/NewspaperArticles/MoralLifeBabies.pdf>, acessado pela última vez em 17-02-2016. No âmbito mais alargado dos primatas, Emily Esfahani Smith, “As Babies, We Knew Morality” in *The Atlantic*, November 18, 2013, disponível em <http://www.theatlantic.com/health/archive/2013/11/as-babies-we-knew-morality/281567/>, acessado pela última vez em 17-02-2016.

³⁸ Emily Esfahani Smith, “As Babies, We Knew Morality”, cit. Os chimpanzés demonstraram, por exemplo, ser capazes de cuidar de crias alheias cujas progenitoras se encontram temporariamente impossibilitadas para o efeito, devolvendo-as depois. Bem assim, numa experiência em que foram colocados frente a frente dois chimpanzés, em jaulas, e em que, cada vez que o chimpanzé A comia um alimento, de imediato chimpanzé B sofria um pequeno choque elétrico, verificou-se que o chimpanzé A se manteve 14 dias sem se alimentar, só voltando a fazê-lo quando foi retirado o aparelho de choques elétricos da jaula do chimpanzé B. Este último exemplo é notavelmente desenvolvido em Frans De Waal, *Primates and Philosophers...*, cit., pp. 54 e ss.

³⁵ H. T. Engelhardt, Jr., *Fundamentos da Bioética*, cit., p. 177.

³⁶ Assim em João Carlos Loureiro, “Pessoa e Doença Mental”, cit., p. 161.

³⁷ Vide J. Kiley Hamlin, Karen Wynn & Paul Bloom, “Social Evaluation by Preverbal Infants” in *Nature*, Vol 450, 22 November 2007, pp. 557 a 560; Paul Bloom, “The Moral Life of Babies” in *The*

mente ético se colocam com a maior acuidade.

Engelhardt afirma que a razão pela qual alguns doentes não são pessoas, se prende com o facto de não poderem *determinar-se por si*, mas apenas, eventualmente, mediante representação de outrem, estando tal representação *contaminada* com a moralidade própria do representante, em detrimento da moralidade do representado⁽³⁹⁾. Esta asserção acarreta o ónus de pensar o instituto da representação e o seu real significado no nosso contexto jurídico.

E quanto a este aspeto, apraz-nos sublinhar o seguinte: a representação legal tem por fundamento e medida os interesses do representado, e consubstancia uma forma autêntica de *agência* deste. Ou seja, o representante, ao agir, não o faz por si ou para si, mas autenticamente pelo indivíduo representando, em função dos interesses e valores deste e o ato é tido, juridicamente, como se fosse praticado pelo incapaz. Negar que a representação consubstancie, ainda, uma manifestação da autonomia do representado, equivaleria a afirmar que, em contexto forense, e quando o patrocínio judiciário seja obrigatório, as partes representadas teriam perdido a sua autonomia, uma vez que lhes é legalmente vedado representarem-se a si mesmas em juízo. O que, na senda de Engelhardt, levaria a concluir que as partes ou sujeitos processuais representados por advogado, porque não podem agir por si e representar-se a si mesmas, deixariam de ser, pelo menos nesse contexto, seres morais... e pessoas. Este antilogismo é a consequência natural de supor que a representação não manifesta os valores e interesses do representado.

O que vem de ser dito quanto à representação legal vale para as crianças como também para os doentes que se encontram em coma ou em esta-

do vegetativo, e para os denominados deficientes e doentes mentais graves. Todavia, com estas *nuanças*:

Um primeiro dado a ter presente é o de que os doentes que se encontram numa situação impedi-dente de manifestar autonomamente a sua vontade ou mesmo de compreender a sua situação — como é o caso do doente em estado de coma ou vegetativo, ou daqueles que sofrem de patologias mentais muito graves — *não têm um problema de (falta de) autoconsciência*. Poderão ter um problema ao nível da capacidade da linguagem e, em consequência, ao nível das faculdades da comunicação, mas a consciência não poderá estar ausente, sob pena de não poderem sobreviver, e não há qualquer evidência científica de que o «eu» esteja ausente, embora possa estar condicionado⁽⁴⁰⁾. A incapacidade de comunicar e interagir não deve ser confundida com a ausência de consciência.

A *autorreflexão*, por seu turno, apresenta níveis muito díspares, mesmo no quotidiano das pessoas não doentes. Ninguém se atreveria a afirmar, supomos, que um ser humano no pleno das suas faculdades mentais, mas que se encontre a dormir, é um ser «não moral» nesse momento em que dorme, muito embora seja evidente que a sua *autoconsciência* e a sua *autorreflexão* se encontram aí num nível mínimo. Todos os seres humanos, independentemente daquelas faculdades mentais, apresentam um grau, ainda que ínfimo, de autorreflexão, uma vez que ele é necessário para perceber a fome, a sede e a dor. Uma vez mais, as condições de expressão das necessidades não podem ser confundidas com a ausência de percepção dessas necessidades.

Importa também transmitir que estes constrangimentos no usufruto do mundo, particularmente quando sejam *acidentais* — como sucede com parte

das patologias e distúrbios psiquiátricos e com as demências — em nada afetam a *narrativa moral* ou o rasto existencial que o doente deixou no mundo, em particular junto dos mais próximos, que reproduzirão o seu quadro de valores e as suas expectativas. Isto é muito evidente em contexto hospitalar, onde os profissionais de saúde buscam o *consentimento presumido* do doente a partir da história que lhes é contada, indo de encontro àquilo que o paciente presumivelmente desejaria para si — e não o que os seus familiares ou amigos entendem melhor, e independentemente das convicções pessoais destes. O doente mantém-se, assim, um agente moral ativo, vivo na sua história, que reflete os seus padrões morais, nomeadamente quanto aos cuidados de saúde que deseja ou não receber, em função das suas convicções filosóficas, religiosas ou ideológicas.

Situações haverá ainda, e já não são incomuns no nosso ordenamento jurídico, em que o doente que não se encontra capaz de se manifestar diretamente no momento presente, se encontra, contudo, munido de um *testamento vital*, um documento onde previamente expressou, através de diretivas de vontade, as suas expectativas morais. E, nestes casos, é ainda a voz própria do doente, e o eco da sua autonomia, o que se faz ouvir e o que vai determinar o seu contexto particular, enquanto aquela doença incapacitante for o seu *modo de vida* presente. Aqui, através do testamento vital, o doente continua a ser um agente moral direto, que não carece de representação mas que, pelo contrário, impõe a sua vontade⁽⁴¹⁾ e os seus valores, sem intermediários.

Neste sentido, ao passo que a representação através de mandato, ou por sentença judicial, ou a atuação no contexto de simples «gestão de negócios», cobre significativamente os condicionamentos do doente em gerir a sua esfera patrimonial, o testamento vital velará esta parte fundamental da esfera pessoal, garantindo-se assim uma atuação moral direta do doente, apesar de ele se encontrar impossibilitado de a exprimir no presente.

Temos, pois, que a autonomia e os valores morais se podem exprimir de modos variados, não estando ausentes quando a comunicação está condicionada.

O último aspeto que gostaríamos de salientar neste breve diálogo com a conceção de pessoa de Engelhardt, é que o conceito de (in)capacidade e o conceito de doença, em particular de doença mental, são fracos argumentos e um mau critério para justificar a dignidade moral⁽⁴²⁾. O conceito de doença, volátil e em permanente transformação, é fruto perecível da sua época, função de circunstâncias e interesses que nada têm que ver com a pessoa⁽⁴³⁾. A História mostra-nos, de modo clarividente, que certos conceitos e preconceitos sobre a capacidade e sobre a doença justificaram as piores atrocidades contra as pessoas, e que os doentes foram — e continuam a ser — os mais vulneráveis de entre os vulneráveis⁽⁴⁴⁾ a experimentos e violações grosseiras da sua integridade física e moral.

⁴² Inultrapassável, António Maria de Sena, *Os Alienados Em Portugal. I — História E Estatística; II — Hospital Do Conde De Ferreira*, Lisboa, Ulmeiro, 2003, especialmente pp. 114 e ss.

⁴³ Recente, Anne Rogers & David Pilgrim, *A Sociology Of Mental Health And Illness*, New York, Open University Press, 2005, pp. 44 a 60, 84 a 97 e 192 a 209.

⁴⁴ Como defendemos no nosso “A Assunção Jurídica da Vulnerabilidade — Os Grandes Debates Do Final Do Século XIX à Primeira República” in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 2 (2013), nº 4, pp. 2847-2897, e também no nosso “A Vulnerabilidade Humana e a Pessoa Para o Direito — Breves Notas” in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa,

⁴¹ No nosso ordenamento jurídico, as diretivas antecipadas de vontade têm carácter inequivocamente vinculativo, como resulta claro do artigo 6.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. O respeito pelas diretivas antecipadas de vontade é uma imposição do artigo 9.º da Convenção de Oviedo — *Convenção para a Protecção dos direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina* — que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em dezembro de 2001.

³⁹ H. T. Engelhardt, Jr., *Fundamentos...*, cit., pp. 170 a 178.

⁴⁰ Cfr. António Damásio, *O Sentimento de Si*, cit., pp. 228 e ss.

A “psiquiatrização” da vida quotidiana a que hoje assistimos não é fenómeno particular ou caso isolado. A *medicalização*⁽⁴⁵⁾ da vida é ocorrência muito abrangente e que podemos referir à medicina em geral⁽⁴⁶⁾.

Embora o fenómeno seja frequentemente relacionado com o *fisicalismo* e com o *cientificismo*⁽⁴⁷⁾, que terão tomado conta de um conjunto de saberes teóricos basilares, estamos em crer que tal fundamentação é equivocada. Parece-nos que uma motivação mais plausível se encontra no facto de o aceleração informacional, ao qual não é alheio também o sucesso urbano e industrial, ter acarretado consigo um vazio de respostas que possam considerar-se autênticas e, nessa medida, a frustração da *falta*⁽⁴⁸⁾ permanente, no sentido laciano, do nunca chegar.

É uma forma de segregação do eu relativamente ao mundo, que Manuel Quartilho exemplarmente retrata e que nos dispensa de maiores explicações. “Deveríamos talvez abandonar a ideia de que”, diz-nos Quartilho, “por detrás do sintoma, por detrás da dor, do cansaço ou da incapacidade,

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), nº 2, pp. 1023-1053.

⁴⁵ João Carlos **Loureiro**, “Pessoa e Doença Mental”, cit., pp. 164 e 165.

⁴⁶ *Medicalização da vida*, que concorre com a *juridificação* de aspetos que configuravam tradicionalmente problemas próprios da medicina, ambos fenómenos de *domesticação*. Cfr. Stefano **Rodotà**, “Il Corpo Giuridificato” in *Trattato Di Biotritto. Il Governo Del Corpo* (Stefano Rodotà, Paolo Zatti, eds.), Milano, Giuffrè Editore, Tomo I, p. 51 — 76.

⁴⁷ Veja-se, por todos, a dissertação de Doutoramento de Sofia **Miguens**, “Uma Teoria Fisicalista do Conteúdo e da Consciência, D. Dennett e os debates da filosofia da mente”, Porto, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2001, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/simple-search?query=miguens>, pp. 487 a 500; e ainda Sofia **Miguens**, *Compreender a Mente e o Conhecimento*, Porto, Faculdade de Letras da Universidade do Porto (ed.), 2009, pp. 315 a 350.

⁴⁸ Vide Donald L. **Carveth**, “Some Reflections on Lacanian Theory in Relation to Other Currents in Contemporary Psychoanalysis” in *The Journal of Psycho-Social Studies*, vol. 1 (2007), pp. 1 — 38, especialmente, pp. 13 a 20.

habitam necessariamente perturbações médicas ou psiquiátricas à espera de reconhecimento. Pelo contrário, (...) podemos conceber as queixas clínicas como uma expressão primária de um compromisso relacional entre o indivíduo, os seus objectivos de vida e o seu ambiente local. Ou seja, *os sintomas podem constituir uma forma comunicativa mediante a qual o doente dá conta de que os seus objectivos pessoais, no seu mundo particular, não podem ser concretizados, por razões pessoais ou ambientais*⁽⁴⁹⁾.

3. Por Uma Conceção Naturalista de Pessoa

Estas razões que aventámos para justificar que uma tese como a de Engelhardt — ou, em geral, uma concepção “psicológica” de pessoa — não seja aceitável, não devem branquear esta constatação: qualquer tese que se funde numa incompreensão da autoconsciência, como qualquer tese que presuma que a moral é um adquirido cultural — ou, em suma, qualquer doutrina que suponha o ser humano como uma *tábua rasa* — desaguará, com grande probabilidade, nesta conclusão de que nem todos os seres humanos são pessoas. Qualquer enunciação que funde a sua observação em características, hábitos ou atributos manifestados ou confirmados *depois do nascimento* de um ser humano particular corre o mesmo risco. Pelo que, na nossa perspetiva, apenas uma tese *naturalista* da pessoa pode garantir, intacta, a sua dignidade fundamental. E num duplo sentido: porque permitirá identificar a pessoa com o ser humano e impedir, assim, a aceção de pessoas, e porque sobreviverá aos vários modos de manifestação de ceticismo moral, tornando *pir-*

⁴⁹ Manuel João Rodrigues **Quartilho**, *Cultura, Medicina e Psiquiatria*, Coimbra, Quarteto, 2001, pp. 42 e 43, realce nosso.

ronismos e não-cognitivismos⁽⁵⁰⁾ — que encontramos imbuídos, por certo, na tentação hodierna de uma *epistemologia amoral*, que permita tolerar a multiplicidade de tendências — perfeitamente indiferentes para a construção moral da pessoa.

E que tese *naturalista* seria esta? Que sentido tem falar-se em naturalismo quando se propõe uma aproximação à pessoa como titular de dignidade ética? O que é que faz d(e todo)o ser humano uma pessoa? É o que pretendemos expor, imediatamente.

Em abstrato, a tese naturalista da pessoa pressupõem-na como um ser natural, *parte do mundo vivo e do universo físico*⁽⁵¹⁾. Na sua forma extrema, correntemente designada como *integral*, o naturalismo parece implicar uma posição materialista e ateísta⁽⁵²⁾; porém, grandes pensadores naturalistas não adotaram esta posição, como pode constatar-se, por exemplo, nos escritos de Descartes e de Newton⁽⁵³⁾, que sempre se afirmaram crentes, não vendo nisso um impedimento ao naturalismo.

Ao contrário do que frequentemente se afirma, o naturalismo não tem as suas raízes no iluminismo, nem filiação no racionalismo moderno. A génese do naturalismo, encontramos-la na antiguidade clássica, sobretudo com Demócrito e Epicuro, cuja

⁵⁰ Variedades de ceticismo moral apresentadas na tese de Walter **Sinnott-Armstrong**, *Moral Skepticisms*, Oxford, Oxford University Press, 2006, especialmente pp. 9 a 15 e 130 a 134.

⁵¹ Acompanhamos, neste ponto, os eticistas Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella**, *As Concepções do Ser Humano — Teorias e Problemáticas*, Lisboa, Instituto Piaget, 2013, trad. Rui Lopo, especialmente pp. 119 a 216.

⁵² Veja-se John van **Wyhe**, “Was Charles Darwin an Atheist?” in *The Public Domain Review*, Jun 2011, disponível em <http://publicdomainreview.org/2011/06/28/was-charles-darwin-an-atheist/>, acedido pela última vez em 16 de janeiro de 2016. “One point is abundantly clear, all the surviving evidence contradicts the assertion that Darwin was an atheist”.

⁵³ Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella**, *As Concepções do Ser Humano*, cit., p. 123.

base de pensamento é a filosofia atomista⁽⁵⁴⁾. Nesta senda, a herança naturalista configura o mundo e os seus fenómenos como resultado de movimentos da matéria⁽⁵⁵⁾.

A mente e a consciência são compreendidas da mesma forma, sendo a *alma* uma substância física identificada com a atividade mental. Em *De Rerum Natura*, Lucrécio Caro condensou sumamente esta conceção, que optamos por transcrever:

“A alma nasce com o corpo, com ele se desenvolve e com ele partilha a velhice. As crianças têm um corpo tenro e delicado, o passo incerto e um pensamento que participa dessa debilidade. Com a idade, as forças aumentam, a inteligência cresce, o espírito adquire poder. De seguida, os duros assaltos do tempo quebram as forças do corpo, as capacidades amolecem e os membros curvam-se; o espírito fraqueja, a língua desvaira, o pensamento vacila, tudo se abate, tudo falha simultaneamente. É então necessário que a alma, em sua própria substância, se dissipe como fumo...”⁽⁵⁶⁾.

É comumente referido que o pensamento naturalista terá sido interrompido na Idade Média, entre o século IV e o século XIII D.C., tendo depois sido progressivamente retomado, e atingindo um novo apogeu com Galileu Galilei e a implementação do método epistemológico empirista, nos séculos XVI e XVII. Como bem se sabe, o método empirista, baseado na experiência, viria a cunhar definitivamente

⁵⁴ Sylvia **Berryman**, “Ancient Atomism” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), First published Tue Aug 23, 2005; substantive revision Fri Nov 18, 2011), disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/atomism-ancient/>, acedido pela última vez em 19-02-2016.

⁵⁵ Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella** em *As Concepções do Ser Humano*, cit., p. 126.

⁵⁶ **Lucrécio**, *De La Nature*, Livro terceiro, Paris, GF Flammarion, 1964, p. 98, trad. Para o francês por Henri de Clouard, apud Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella**, *As Concepções do Ser Humano*, cit., pp. 127 e 128.

vamente a filosofia moderna, sobretudo com John Locke e David Hume⁽⁵⁷⁾.

A filosofia naturalista do alto renascimento e do pré-modernismo está eminentemente comprometida com a elaboração do método experimental, o que lhe permitiu assentar novas bases de investigação⁽⁵⁸⁾ e *vislumbrar uma ordem predeterminada das coisas*⁽⁵⁹⁾. Se o determinismo não era então uma ideia *nova* — pois que também já se constataria no pensamento helenístico pré-socrático — agora a sua integração no pensamento filosófico e epistemológico vai assentar-se cabalmente.

Um indicador do momento histórico em que o determinismo se considera já amplamente assumido na filosofia e na ciência é o que corresponde à enunciação da lei da gravitação universal de Newton, em 1682. A obra editada por Stephen Hawking e Werner Israel em 1987⁽⁶⁰⁾, intitulada *Three Hundred Years of Gravitation*, enalteceu a atualidade de Newton, desfazendo alguns mitos pejorativos ao seu trabalho, e deixando a claro que a gravitação é um dos mais fortes argumentos do determinismo mais radical, designadamente, na sua formulação incompatibilista⁽⁶¹⁾.

A visão naturalista do mundo e o determinismo matemático das leis imutáveis atinge o seu auge com Pierre-Simon, Marquês de Laplace, cujas capacidades intelectuais, método e assertividade lhe va-

leram a imortalidade científica. O génio de Laplace e o modo clarividente como expôs o determinismo causal a partir da matemática são um marco histórico fundamental na tese naturalista, que permite afirmar que as bases do naturalismo atual só vêm a estabelecer-se definitivamente no século XIX, pois só aqui “pela primeira vez, foi produzida uma enorme quantidade de *conhecimento de ordem crítica sobre a vida*, aplicável à resolução das grandes questões relativas à *especificidade humana* assim como à origem e ao destino da espécie humana”⁽⁶²⁾.

O criacionismo clássico era um paradigma esgotado sob as acusações de fixismo, vale dizer, da insistência nas formas de vida isoladas e sem nexos entre si, numa visão de que todas as espécies teriam sido criadas como as conhecemos, e permaneceriam imutáveis. Os estudos de Laplace, nomeadamente sobre o sistema solar, abriram as portas para a mais grave de todas as oposições ao criacionismo fixista: o evolucionismo⁽⁶³⁾. As teorias da evolução biológica, paradigmaticamente de Lamarck e de Darwin, propõem-se constatar que os seres vivos que atualmente existem “nem sempre existiram, nem sempre tiveram a mesma forma e nem sempre existirão”⁽⁶⁴⁾.

A tese forte de Lamarck era a de que, constrangidos pelo meio ambiente, os organismos vivos lutavam para se adaptar e sobreviver, nomeadamente mudando de hábitos, e alterando padrões de uso e não uso de certos órgãos, o que acarretaria o seu sobredesenvolvimento ou a sua atrofia⁽⁶⁵⁾.

A importância *major* desta asserção é a de que, mais de duzentos anos passados, a tese contida é

⁶² Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella**, cit., p. 145.

⁶³ Assim em Diogo **Meyer** & Charbel Niño **El-Hani**, *Evolução — O Sentido da Biologia*, São Paulo, Editora UNESP, 2005, pp. 16 a 19.

⁶⁴ *Idem*, p. 18.

⁶⁵ *Idem*, pp. 22 e 23.

ainda parcialmente corroborada (com importantes nuances) pelos estudos da primatologia, bem como pelos estudos das neurociências. Com efeito, o uso e o não uso de órgãos, células, membros do corpo⁽⁶⁶⁾ ou zonas do cérebro pode determinar o seu avantajamento ou a sua depauperação. Charles Darwin levou esta tese mais longe, ao introduzir a variante da *seleção natural* — esta sim, perfeitamente atual.

Primeiramente influenciado pela tese malthusiana sobre a população⁽⁶⁷⁾, segundo a qual a capacidade de reprodução dos seres humanos se apresenta muito superior à capacidade do seu *habitat* natural, em espaço como em recursos, Darwin procura compreender o que determinaria que uma parte substancial dos seres nascidos não sobreviva até à idade de procriar. A sua observação culminou na tese da seleção natural para a explicação do processo evolutivo dos seres vivos, tese segundo a qual são transmitidas hereditariamente as características mais favoráveis à sobrevivência, em detrimento das que o não são.

O advento e a incrementação da genética, no início do século XX, veio introduzir um novo elemento na equação da seleção natural, quando afirmou o polimorfismo genético. Com efeito, se todos os indivíduos de uma espécie tivessem o mesmo genótipo, nenhuma seleção seria possível. O que acontece é que todas as espécies são geneticamente polimórficas, ou seja, apresentam mutações do genoma, que podem produzir-se espontaneamente e não constituem, «ab initio», uma forma de adaptação ao meio⁽⁶⁸⁾. Da ação do ambiente sobre essas

características hereditárias que os genótipos representam, e que espontaneamente se mutam, resultará o fenótipo, enquanto conjunto de caracteres morfológicos, químicos e fisiológicos de um organismo ou de uma espécie⁽⁶⁹⁾.

A conjugação do pensamento darwiniano clássico sobre a seleção natural e os estudos da genética atual originam um campo de estudos prosaicamente apelidado de *neodarwinismo*. No esquema neodarwinista os grupos vivos representam sempre um equilíbrio precário, contrabalançado entre uma reserva genética que oferece ao grupo determinadas potencialidades, e a pressão ecológico-ambiental, cuja ação permanente favorece a difusão de alguns genes e desfavorece a de outros⁽⁷⁰⁾. É a este equilíbrio que nos referimos quando falamos em adaptação, no prisma da qual “cada indivíduo constitui um sucesso parcial”⁽⁷¹⁾, um *meio caminho* entre uma combinação perfeita (teoricamente possível) e um fracasso natural que lhe teria ditado a extinção.

O que é, então, o homem natural? Uma síntese de André Langaney⁽⁷²⁾ percorre há duas décadas os manuais escolares de biologia e de antropologia, provavelmente pela erudição da sua simplicidade. Nessa síntese, o homem natural é analisado enquanto ser vivo, enquanto ser sexuado, enquanto vertebrado, enquanto mamífero e enquanto primata. Na qualidade de ser vivo, emerge submetido às mesmas leis elementares da biologia, que operam para as bactérias como para os seres mais complexos; enquanto ser sexuado, encontra-se dividido

⁶⁹ Por todos, Richard **Dawkins**, *The Extended Phenotype — The Long Reach of The Gene*, Oxford, Oxford University Press, 1999, sobretudo pp. 195 a 209.

⁷⁰ Nas palavras de Jacques **Ruffié** em *De la Biologie à la Culture*, vol. I, Paris, Éditions Flammarion, 1983, p. 53.

⁷¹ *Idem*, pp. 87 e 88.

⁷² André **Langaney**, *Les Hommes. Passé, Présent, Conditionnel*, Paris, Armand Collin, 1988, pp. 10 e 11.

⁵⁷ Roger **Emerson**, “The Contexts of The Scottish Enlightenment” in *The Cambridge Companion to The Scottish Enlightenment* (Alexander Broadie, ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 9 a 30; e também Alexander **Broadie**, “The Human Mind and Its Powers, in *idem*, pp. 60 a 76.

⁵⁸ Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella** em *As Condições do Ser Humano*, cit., p. 142.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Three Hundred Years of Gravitation* (Stephen Hawking & Werner Israel, eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

⁶¹ Em síntese, Steven **Weinberg**, “Newtonianism and Today’s Physics”, in *idem*, pp. 5 — 16.

em duas categorias que precisam juntar-se para que haja reprodução hereditária; enquanto vertebrado, é dotado de um esqueleto interno, de uma orgânica anatómica definida, e de um sistema nervoso; enquanto mamífero, beneficia de uma longa gestação que o protege do ambiente exterior e lhe permite nascer num estágio de alta complexidade, além de ver o seu sistema imunitário reforçado pelo aleitamento materno e as suas competências de aprendizagem e a sua maturação muitíssimo incrementadas pelo contacto com a progenitora; finalmente, enquanto primata, caracteriza-o o facto de usar as mãos, viver em sociedades complexas, organizadas e com diferentes formas de hierarquia, e poder votar a maior parte do seu tempo a atividades de exploração do meio.

Em cada uma destas dimensões, ademais, o ser humano distingue-se dos restantes indivíduos do seu grupo, nomeadamente por força da anatomia do seu cérebro, da sua constituição neuronal e da sua compleição genética, que já analisámos.

Na medida em que a sua experienciação do mundo é mais alargada e mais profunda, pode afirmar-se também que o ser humano é um ser *mais cultural* do que os restantes. Há duas condições antropológicas fundamentais que o determinam: a postura ereta permanente e a libertação dos membros anteriores. A postura ereta permanente não tem uma explicação acabada, embora seja praticamente consensual que apresenta uma relação com a descida das árvores para o solo, no intento de aumentar as oportunidades de conseguir alimento, mas também com um objetivo termo-regulatório. A postura ereta permitiu também descortinar melhor certos predadores e chegar a locais inacessíveis, o que alargou muito os horizontes mentais e sociais dos primeiros homínidos. A libertação dos membros anteriores determinou que ficassem

livres para executar gestos voluntários progressivamente mais minuciosos e complexos, permitindo procurar e experienciar texturas, objetos e sensações a que só os primatas bípedes poderiam aceder⁽⁷³⁾.

A propósito desta forma particular de interagir com o meio, que supõe a posição ereta e a liberdade dos braços, Changeux notou que ela terá contribuído significativamente para uma organização neuronal cada vez mais complexa, que determina que o encéfalo praticamente se *renove* a cada geração, apesar da lenta evolução do património genético⁽⁷⁴⁾. Assim, na senda de Gerald Edelman, os neurocientistas atuais persistem em afirmar que podemos e devemos concatenar a investigação biológica do cérebro com as disciplinas que refletem a atividade mental no plano sociocultural, embora devamos fazê-lo sem perder a objetividade, vale dizer, sem nos tornarmos «dualistas das propriedades»⁽⁷⁵⁾.

Com efeito, existe uma diferença entre estar *programado para fazer* e estar *programado para aprender*. O facto de o «homo sapiens» se situar na segunda modulação biológica reflete que os comportamentos não sejam absolutamente — nem sejam sobretudo — estereotipados, apesar de predeterminados em vários aspetos importantes⁽⁷⁶⁾.

Um cérebro maior e mais bem apetrechado de vias de conhecimento permite ao homem refletir mais sobre a melhor forma de resolver novos problemas, ou resolver diferentemente problemas an-

⁷³ Assim em Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella**, *As Condições do Ser Humano*, cit., pp. 168 e 169.

⁷⁴ Jean-Pierre **Changeux**, *L'Homme Neuronal*, Paris, Pluriel, 2012, pp. 330 e 331.

⁷⁵ Expressão de Edelman, *apud* Bruno **Leclerc** & Salvatore **Pucella**, *As Condições do Ser Humano*, cit., p. 188. Veja-se, no mesmo sentido, Jesse J. **Prinz**, *The Conscious Brain: How Attention Engenders Experience*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 52 e ss.

⁷⁶ Cfr. Edward O. **Wilson**, *O Sentido da Vida Humana* (Prémio Pulitzer), Lisboa, Clube do Autor, trad. Paulo Rêgo, 2014, p. 149.

tigos. Não é coisa de somenos importância, pois evidencia que o que atualmente se sabe sobre o cérebro humano desafia a contradição clássica entre determinismo e livre arbítrio, ao colocar o homem como criador de soluções novas, com ferramentas antigas. Isso faz do cérebro humano um cérebro diferente que, sem dúvida, é uma componente essencial desta conceção de humano-pessoa.

“A vasta estruturação do cérebro”, diz-nos Gazzaniga, “é feita por mecanismos genéticos, os quais podem igualmente controlar, de forma quase independente, as especificações de o que é que se liga ao quê, mas os pormenores da ordenação cortical poderão ser delegados aos efeitos experienciáveis”⁽⁷⁷⁾. Numa palavra, “o cérebro humano é mais maleável e está menos destinado a ser aquilo que o genoma lhe diz para ser”⁽⁷⁸⁾. Note-se, contudo, que os efeitos experienciáveis sobre o adquirido biológico são ainda atividade cerebral, física e química — materialidade do cérebro. *Não são necessariamente informação codificada proveniente do ambiente*⁽⁷⁹⁾. Pelo que seria errado menosprezar a dimensão biológica do homem em favor de tais aspetos da experiência cultural⁽⁸⁰⁾.

Não obstante a densificação científica que acompanha, tradicionalmente, as explicitações do humano, a conceção naturalista mais radical pretende ser bastante *ingénua*, neste sentido: quando se afirma que a pessoa é o humano, a identificação entre este humano e o corpo é imediata; não pressupõe uma explicação científica dessa identificação. E porquê? Porque assume como Entralgo — na linha de Zubiri — que a visão do homem

como conjunto de elementos (segundo a tradição da filosofia grega e até ao final do século XIX) é uma visão equivocada⁽⁸¹⁾. O humano, e o seu corpo, não são um conjunto de elementos ou substâncias, materiais ou imateriais. O corpo humano é *um campo*, o que decorre da reinterpretação da gravidade operada por Einstein que subsiste correta.

Por outras palavras, o homem é o seu corpo: “os chamados corpos físicos que existem no interior do campo produzem amolgaduras da superfície desse campo esférico proporcionais à sua massa. A gravidade não é uma ação causal de alguns elementos físicos sobre outros, mas a relação funcional entre os diferentes momentos do campo. (...) [Assim é em] Zubiri: a realidade não é «substância» (...) mas «substantividade», quer dizer, campo de momentos funcionalmente relacionados. Por conseguinte, o ser-humano tao pouco é a união substancial ou conjuntual de dois elementos, o corpo e a alma, mas uma estrutura clausurada de momentos ou notas.”⁽⁸²⁾

4. Problemas e Desafios da Conceção Naturalista de Pessoa. A Autonomia, em Particular

Com todos estes dados novos, e tendo definido uma posição, já depois de encararmos o desafio da tese de Engelhardt, outra prova dura falta ainda enfrentar. Tal prova é a que corresponde à análise da conceção de *pessoa-sujeito de direito*, a partir da formulação de Castanheira Neves, que aqui selecionamos pela sua abrangência problemática, relacionando tal análise com o problema da autonomia do sujeito nas *visões naturalistas*.

⁷⁷ Michael S. **Gazzaniga**, *O Passado da Mente — Como O Cérebro Constrói a Nossa Experiência*, Lisboa, Instituto Piaget, 2000, trad. Pedro Filipe Henriques, p. 64.

⁷⁸ *Idem*, p. 65.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Idem*, p. 67.

⁸¹ Diego **Gracia**, “Prólogo” in Pedro Laín **Entralgo**, *Corpo e Alma*, Coimbra, Edições Almedina, 2003, trad. Miguel Serras Pereira, pp. 37 e 38.

⁸² *Ibidem*.

A *pessoa para o direito* é uma preocupação central e constante ao longo de toda a obra de Castanheira Neves, nas últimas décadas. Em cada tema, em cada problematização, desde os dilemas seculares do direito⁽⁸³⁾ até ao confronto das propostas contemporâneas que o pensamento jurídico vai ousando colocar no mercado das ideias, sempre. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”⁽⁸⁴⁾ elabora uma síntese dos aspetos fundamentais desta conceção de pessoa, cuja total abrangência, por certo, só poderia compreender-se numa análise integral da obra do autor. É, todavia, um arcobotante fundamental dessa ideia, na medida em que aí se expõem as suas traves mestras. E por aí iniciaremos.

Primeiro, gostaríamos de salientar um aspeto que nos parece fundamental: que a conceção de *pessoa para o direito* apresenta preocupações que a ideia de *pessoa moral* não tem. Desde logo, na sua vertente pragmática, porque a pessoa jurídica exprime um conceito eminentemente *operativo* que, ao contrário do que acontece com a ideia moral de pessoa, terá efetivamente de exprimir, de *oferecer*, na prática, aquilo que *prometer*, expondo-se a ser testado até aos limites da sua elasticidade e da sua significação mais profunda. O *mundo da vida* pode perdoar as derivas dos conceitos morais, mas não as dos conceitos jurídicos, que todos os dias são experimentados na expectativa da resolução práti-

ca de problemas relevantes.

Dito isto, analisemos a douda explicitação da pessoa patrocinada por Castanheira Neves, e vejamos em que se aproxima ou afasta de uma *conceção natural* de pessoa.

A conceção de pessoa apresentada pelo eminente jusfilósofo da Escola de Coimbra assenta numa distinção aí considerada *imprescindível*, entre o sujeito (*o homem-sujeito*) e a pessoa (*o homem-pessoa*), sendo o primeiro uma *entidade antropológica* e o segundo uma *aquisição axiológica*. Esta distinção pressupõe, como logo se compreende, que o ser humano e a pessoa são entidades diferentes. Para Castanheira Neves, o homem é sujeito enquanto é *novidade* — um começo novo no mundo, um autor. O homem autor “é aquele que pode falar e agir em nome próprio, assumindo-se como um *eu*, já perante si próprio na *ipseidade*, já perante os outros na *identidade*”⁽⁸⁵⁾. Este homem-sujeito, contudo, não existe isolado, mas antes sobrevém como parte de um *nós*; ele é um «ser com os outros», e essa situação no mundo plural é sua *condição de existência*, sua *condição empírica* e, ainda, sua *condição ontológica*⁽⁸⁶⁾. Por outras palavras, o autor afirma que o ser humano não pode considerar-se senão na sua dimensão social, pois é como ser social que ele emerge, sendo o seu «ser com os outros» condição de possibilidade da sua existência.

Ainda que sem intenção expressa, o que naturalmente se concede, Castanheira Neves definiu assim, inexoravelmente, a essência do *homo sapiens*. Com efeito, o primatologista Frans De Waal afirma rigorosamente o mesmo: que a natureza da nossa espécie é eminentemente social⁽⁸⁷⁾; que o homem

⁸⁵ *Idem*, p. 149.

⁸⁶ *Idem*, p. 150.

⁸⁷ Frans De Waal, *Primates and Philosophers — how morality evolved*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 3.

não pode compreender-se senão nessa sua condição integrada⁽⁸⁸⁾ e que, verdadeiramente, “o nosso cérebro foi projetado para apagar a linha entre *o eu* e o outro, trata-se de um circuito neuronal ancestral verificável em todos os mamíferos, desde o rato ao elefante”⁽⁸⁹⁾. Aqui, portanto, não existe uma discrepância fundamental.

A diferença relevante existirá, a um segundo nível, onde Castanheira Neves pretende superar o *aqui e agora* do sujeito de direito — que, como o próprio autor concede adiante, se identifica com um plano antropológico do indivíduo⁽⁹⁰⁾ — projetando-o eticamente para a pessoa.

Efetivamente, em Castanheira Neves é afirmado, explicitamente, que a pessoa não se confunde com o ser humano, porquanto apenas a primeira seja titular de iminente dignidade ética, dignidade essa que “*não se infere de qualquer caracterizadora especificação humana*, apenas emerge e é susceptível de afirmar-se pelo «respeito» ou pelo «reconhecimento»”⁽⁹¹⁾.⁽⁹²⁾ Diz-nos, pois, o autor, usando das palavras de Arthur Kaufmann, que “*as criaturas humanas só se personalizam quando elas se reconhecem reciprocamente como pessoas*”⁽⁹³⁾.

Não se trata de excluir do *estatuto ético de pes-*

soa⁽⁹⁴⁾ todos aqueles que não podem *ascender à axiologia*⁽⁹⁵⁾ que os faz participantes de *um «reino dos fins» do mundo dos valores*⁽⁹⁶⁾, nem *responder àquela interpelação ética dos outros perante ele e tornar-se responsável*⁽⁹⁷⁾. O que justifica esta afirmação é o facto de Castanheira Neves estar, desde o primeiro momento, a referir-se ao *sujeito de direito*, e nunca ao *sujeito de per se*. Esta interpretação, a confirmar-se, desagua na constatação de que o *homo humanus*, na sua natureza biológica, na sua *anima sola*, não representa nenhum grau nesta construção; é dado que não consta nesta equação de pessoa. Castanheira Neves parte já do sujeito jurídico enquanto premissa, a partir do qual, e de modo eminentemente cultural e historicamente radicado, a pessoa é um artefacto próprio do direito.

Por outro lado, a referência de Castanheira Neves à *criação*⁽⁹⁸⁾ é também ela uma perspetivação do homem em circunstância — e em circunstância jurídica — como resposta a um problema de diferendo, como *ultima ratio*, se quisermos, da solução para o problema da partilha do mundo⁽⁹⁹⁾. Assim sendo, não se vislumbra um litígio entre esta cons-

⁹⁴ A. Castanheira Neves, “Pessoa, direito e responsabilidade”, cit., p. 152.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Segundo a qual o reconhecimento da pessoa se faz “na graça de aquele outro reconhecimento provindo do Amor absoluto que nos chamou ad imaginem et similitudinem Suam e que, simultaneamente libertador do autêntico em cada um de nós e vinculante em cada um de nós à vocação iniludível do outro, nos faz irmãos na comunhão e partilha do mesmo mundo” versão da pessoa assenta, cabalmente, no versículo vigésimo sétimo do capítulo primeiro do Génesis, onde pode ler-se “E Deus criou o homem à sua imagem e semelhança...”. *In ibidem*. Cfr. Ronald Dworkin, *Justiça para Ouriços*, Coimbra, Edições Almedina, 2012, trad. Pedro Elói Duarte, p. 37: “As grandes teorias metafísicas sobre que tipo de entidades existem no universo nada podem ter a ver com a questão”.

⁹⁹ A. Castanheira Neves, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito”... cit., pp. 34 e ss.

⁸³ Desde a distinção entre questão de facto e questão de direito, elaborada na dissertação de doutoramento (*Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma repositiva crítica*, Coimbra, Livraria Almedina, 1967) até à problematização da questão das fontes do direito (por exemplo, “Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º especial - Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz (1983)), passando pelo problema da interpretação jurídica (paradigmaticamente, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003).

⁸⁴ A. Castanheira Neves, “Pessoa, direito e responsabilidade” in *Digesta — Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 3.º volume, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 129 a 158.

trução ética da pessoa e uma concepção naturalista de pessoa; constata-se, outrossim, que o discurso de Castanheira Neves denota uma ampla preocupação com o problema da autonomia pessoal, indispensável à pessoa-sujeito de direito, que de seguida iremos abordar.

Antes, contudo, há uma constatação subtil na tese do autor que entendemos dever ter em conta, e que é esta: “o «dado» capital da pessoa, na sua absoluta implicação ético-axiológica, não encontra o seu fundamento em qualquer natureza, que apagara *inclusive* a compreensão da sua «individualidade irreduzível»...”⁽¹⁰⁰⁾. Trata-se aqui de uma aproximação a um mito secular, segundo o qual a visão do homem como *ser natural*, como membro animal da sua espécie, apagara a sua individualidade, a sua subjetividade, tornando a paisagem do coletivo humano idêntica a uma matilha de cães-pastores, um cardume de peixes-palhaço ou uma capela de orangotangos.

Esta afirmação é fundamentalmente falsa. E é falsa *fundamentalmente*, porque o paradigma naturalista não apenas exalta a individualidade irreduzível de cada ser humano como, verdadeiramente, a clarifica melhor do que qualquer tentativa teórica ou filosófica de o conseguir. Individualidade irreduzível que se manifesta logo geneticamente, na afirmação do polimorfismo genético⁽¹⁰¹⁾, como neurologicamente, na constatação da formação neuronal única e impar de cada exemplar humano⁽¹⁰²⁾, bem como na subsistência indefetível da subjetividade da interpretação do mundo, que pelas anteriores se exprime, na asserção de que “uma *dor* é sempre

a dor de alguém...”⁽¹⁰³⁾.⁽¹⁰⁴⁾ Repare-se que, mesmo numa construção de pessoa a partir do sujeito de direito (e não do sujeito nu), não deixam de ser atribuídas à pessoa características que só a presença do humano podem garantir: como poderia a pessoa ser uma entidade moral, se não houvesse um cérebro humano para pensar, interpretar e decidir como aplicar padrões morais de conduta? Como poderia a pessoa ser uma entidade digna, axiologicamente radicada, se não houvesse antes de si um conjunto de seres da espécie *sapiens* para construir e reconhecer aquela dignidade? O que seria a pessoa, afinal, se não houvesse um ser humano para a ser?

E a que é que tudo isto nos remete, em síntese, de uma perspectiva naturalista? Sem dúvida, para o facto, para nós incontestável, de que todas as construções conceptuais da pessoa radicam — e a nossa, também — na pressuposição de uma teoria da mente. E é a inexistência ou, pelo menos, a inverificabilidade — de uma teoria da mente que vai, num passo seguinte do raciocínio, excluir do estatuto de pessoa aqueles que não detêm uma teoria da mente; a saber, os seres humanos não nascidos, os cadáveres, os órgãos ou partes do corpo humano, os animais não humanos e, para já, os produtos da inteligência artificial.

Outro ponto importante a ter em conta, contudo, é o que respeita à questão da autonomia ou autodeterminação do sujeito, e do papel que ela desempenha na construção da pessoa. Afirmar que a pessoa se identifica com uma visão holística e natural do «homo sapiens», e que a pessoa o é desde

¹⁰⁰ A. Castanheira Neves, “Pessoa, direito e responsabilidade”, cit., p. 151.

¹⁰¹ Richard Dawkins, *The Extended Phenotype — The Long Reach of The Gene*, Oxford, Oxford University Press, 1999, sobretudo, pp. 195 a 209.

¹⁰² Jean-Pierre Changeux, *L'Homme de Vérité*, cit., pp. 123 e ss.

¹⁰³ Manuel Curado, *Luz Misteriosa...*, cit., p. 73.

¹⁰⁴ Cfr. Luís Moniz Pereira, *A Máquina Iluminada, Cognition e Computação*, Porto, Fronteira do Caos, 2016, pp. 34 e 35: “Quando fazemos introspecção, não estamos a fazer uma descrição bioquímica do que se passa no cérebro. Abstraímos e utilizamos uma certa linguagem de intenções e desejos para descrever algo que não tem nada a ver com aquilo que se passa por lá realmente.”

a sua fundação humana e independentemente de uma sua visão cultural e ética constituída, sugere um problema a este nível: com efeito, o decesso do livre arbítrio e a afirmação de que a pessoa não é uma *tábua rasa*, que é determinada biologicamente na sua constituição inata e nem sempre pode auto-determinar-se a agir de forma eticamente robusta, parece ameaçar a pessoa na sua face mais louvável e até a desqualificá-la na sua dignidade. Pelo que aquela reconciliação que almejamos impõe, de modo necessário, que esta reflexão se faça.

Como bem nota Axel Honneth⁽¹⁰⁵⁾, duas correntes intelectuais do século XX levaram a uma *crise do sujeito humano* na perspectiva da sua autonomia. A primeira corrente intelectual é a que está associada a Freud e que avança que o inconsciente conduz e motiva a ação individual, razão pela qual o ser humano não pode ser *transparente para si mesmo*, no sentido do pleno controlo do que está a fazer⁽¹⁰⁶⁾. A segunda corrente é a que deriva da investigação de Wittgenstein e Saussure, que propugnam uma crítica linguística ao sujeito, colocando a dependência do discurso do indivíduo relativamente a um sistema pré-dado de significações linguísticas, e assim invalidando a ideia de autonomia no sentido de *autoria do sujeito*⁽¹⁰⁷⁾.

Estas duas correntes de pensamento, diz-nos Axel Honneth, destroem a ideia de autodeterminação de duas formas: a crítica psicológica vê nas forças libidinais algo de externo mas necessário à

ação humana; a desconstrução linguística-filosófica da subjetividade afirma que existem sistemas linguísticos que precedem a intencionalidade. Ambas as dimensões, o inconsciente e a linguagem, referem-se a forças ou poderes operativos em toda a ação individual, sem que o sujeito possa controlá-los ou sequer, em boa parte, aperceber-se da sua atuação. “Estas conclusões”, diz-nos o filósofo da Escola de Frankfurt, “embora perturbadoras para o narcisismo do sujeito, são largamente aceites atualmente”⁽¹⁰⁸⁾.

Contudo, “ainda que os resultados destas linhas intelectuais se tenham tornado autoevidentes para todos nós, a questão da crise do sujeito não pode mais ser remetida para o valor ou falta de valor destes modos de *descentrar* o sujeito”⁽¹⁰⁹⁾.

Em consequência, Honneth diagnostica três vias de resposta nas quais importa atentar:

A primeira via de resposta possível é aquela que opera uma radicalização da descentração do sujeito. É, paradigmaticamente, a via do pós-estruturalismo, onde as forças anónimas são exaltadas ao ponto de se emanciparem e individualizarem como *o outro do sujeito*⁽¹¹⁰⁾.

Uma segunda via de resposta, por sua vez, consiste na *manutenção inflexível da ideia clássica de autonomia*, embora — paradoxalmente — reconhecendo os resultados daqueles processos de desconstrução do sujeito, que se impõem empiricamente.

Uma terceira via de resposta, finalmente, passa por considerar a autodeterminação, não em oposição às forças contingentes que iludem o autocontrolo, mas como *uma forma particular de organização que elas tomam*⁽¹¹¹⁾. Nas palavras de Honneth, “...

¹⁰⁸ *Idem*, p. 262, trad. nossa.

¹⁰⁹ *Ibidem*, trad. e realce nossos.

¹¹⁰ *Idem*, pp. 262 e 263.

¹¹¹ *Ibidem*, trad. e realce nossos.

decentering the subject does not force us to abandon the idea of autonomy, but rather to decenter this idea itself.”⁽¹¹²⁾

Como bem escarpeliza Thomas E. Hill, Honneth distingue, ao longo da sua obra, três filões de significado do conceito de autonomia, concluindo pela afirmação de que a ideia de autonomia pessoal entendida como autodeterminação sem constrangimentos precisa ser teoreticamente reformulada⁽¹¹³⁾. Por conseguinte, apresenta um modelo de pessoa baseado numa *teoria da intersubjetividade*, procurando construir um novo conceito de autonomia “de modo a que a psicanálise ou a linguagem não possam acusá-lo de idealismo”⁽¹¹⁴⁾.

Neste novo conceito, Axel Honneth procura conciliar as forças e motivações *não transparentes* que constituem a potência subjetiva que guia o sujeito com a sua experiência consciente, de um modo profundo: se o sujeito humano é produto de uma interação social, os seus estados mentais, conscientes ou inconscientes, são também *habilitados* por essa condição primordial⁽¹¹⁵⁾. A participação num “evento transcendente”, seja ele um evento de linguagem ou um inconsciente coletivo, acontece numa “comunidade comunicativa extensa” que, porém, não impede a emergência de uma outra subjetividade, a do ego, onde a autonomia individual é procurada e conseguida através de um *processo de individualização*.

Esta construção, este processo de individualização no desenvolvimento de habilidades específicas em relação aos nossos impulsos, a organização da nossa própria vida, as demandas morais do nosso contexto, é a construção de uma “coerência nor-

mativa de vida”⁽¹¹⁶⁾, de escolhas e contrastes, intersubjetiva e, nessa medida, livre.

Embora Honneth não o refira, a teoria por si adotada é claramente inspirada no *princípio da individualização* da psicanálise de Carl Jung, como de imediato comprovaremos. Em Jung, a *individualização* é, precisamente, o processo psicológico e intersubjetivo “que está sempre em maior ou menor oposição à norma coletiva, pois é separação e diferenciação do geral e formação do peculiar, não uma *peculiaridade* procurada, mas que já se encontra fundamentada *a priori* na constituição natural do sujeito. Esta oposição, no entanto, é aparente; exame mais acurado mostra que o ponto de vista individual não está orientado *contra* a norma coletiva, mas apenas de *outro modo*”⁽¹¹⁷⁾.

A *norma* a que se refere Carl Jung é o *inconsciente coletivo* — «ensemble» de símbolos, significações e constrangimentos do meio e das narrativas anteriores ao sujeito⁽¹¹⁸⁾, que correspondem a um *modo coletivo de manifestação* da *totalidade das imagens primordiais*⁽¹¹⁹⁾ — e ela surge como *totalidade de caminhos individuais*⁽¹²⁰⁾. Dentro desta totalidade (anterior e pré-determinada) de caminhos é que o indivíduo realizará escolhas, aí demarcando os seus. Trata-se de uma construção das *linhas individuais do ego* “que não poderiam ser adquiridas pelos caminhos prescritos pelas normas coletivas”⁽¹²¹⁾. Para o psicanalista, a individualização tem muitos aspetos,

¹¹⁶ *Vide, in idem*, pp. 267 a 269.

¹¹⁷ Carl Gustav Jung, *Tipos Psicológicos*, Petrópolis, Editora Vozes, 1991, Coleção Obras Completas de C. G. Jung, vol. 6, trad. Lúcia Orth, p. 468. Como nota Jung, o princípio foi também trabalhado na filosofia, particularmente por Nietzsche e Schopenhauer — *idem*, pp. 512 e ss.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 205 e ss.

¹¹⁹ *Idem*, p. 233.

¹²⁰ *Idem*, p. 468.

¹²¹ *Ibidem*.

¹¹² *Idem*, p. 264.

¹¹³ *Idem*, p. 266.

¹¹⁴ *Idem*, pp. 266 e 267.

¹¹⁵ *Ibidem*.

sendo a transcendência ou as demandas espirituais da alma uma fase particularmente importante desse percurso reflexivo⁽¹²²⁾.

Assim encontramos em Jung esta constatação, que Honneth parece ter recuperado: a autonomia reside num processo em que o sujeito se distingue, operando escolhas do que quer para si, intersubjetivamente, de entre um conjunto herdado de modos ou possibilidades de ser. E nisto reside a sua autonomia. “... o sujeito é colocado entre uma determinante exterior e uma interior, *surgindo então a possibilidade da escolha e a relativa liberdade do sujeito*”⁽¹²³⁾.

A proximidade entre o *princípio da individualização* em Honneth e o *princípio da individualização* em Jung fica ainda mais clara se atentarmos em “The I in We”⁽¹²⁴⁾, onde Honneth escarpeliza os paradoxos da individualização e as forças que a agitam até que a autonomia do sujeito se evidencie: a individualização é um processo observável e objetivo, *que jaz numa ambivalência precária*, “because it refers both to the external fact of increasing personal qualities and the inner fact of the subject’s increasing individual achievements”⁽¹²⁵⁾. Num processo paradoxal e penoso, não isento de limitações e de *encenações* — “once they began to interpret their lives (...) compelled from all sides (...) subjects are [sometimes] forced to choose between staging originality for strategic reasons and pathologically shutting down”⁽¹²⁶⁾.

O que nos parece já suficiente para afirmar que uma conceção naturalista de pessoa, biologicamente ratificada, não afeta o indispensável reduto da

autonomia pessoal, que se constrói intersubjetivamente. Todavia, com esta nota importante: apesar da evidência de um *princípio da individualização* e desse *modo de liberdade* que ele implica, há que salvaguardar que tal individualização acontece, ou pode acontecer, em graus distintos, ou talvez mesmo não acontecer em alguns seres humanos. Não devemos correr o risco de ceder ao mito da tábua rasa para salvaguardar a autonomia pessoal, o que implica que admitamos que, para que a individualização seja um processo bem-sucedido, é necessário que o indivíduo possua *forças naturais* que permitam um *relacionamento coletivo intenso e abrangente*⁽¹²⁷⁾: “a planta que deve atingir o máximo desenvolvimento de sua natureza específica deve, em primeiro lugar, poder crescer no chão em que foi plantada”⁽¹²⁸⁾.

Note-se, por outro lado, que esta conceção naturalista da pessoa apresenta ainda o proveito de estar perfeitamente de acordo com o paradigma atual de personalidade jurídica, que é seu elemento operativo no universo jurídico. Como magistralmente nota Capelo de Sousa, “a pré-compreensão da realidade humana subjacente à ideia da tutela ou do direito geral de personalidade terá de tomar em conta as aquisições e as metodologias das ciências da natureza relativas à *Physis* do homem (...) que nos dêem (...) a fenomenologia das relações humanas”⁽¹²⁹⁾. E com esta nota fundamental: a de que a nossa lei não tutela um arquétipo normal ou dominante de pessoa — justamente, aquele ser racional, eticamente comprometido, autónomo, que figura na consciência geral como uma pessoa *normal* — mas antes “cada homem em si mesmo, concretizado na sua específica realidade física e na

¹²² Sobre esta questão, Deldon Anne McNeely, *Becoming: An Introduction to Jung’s Concept of Individuation*, Carmel, Fisher King Press, 2010, pp. 53 e ss.

¹²³ Carl Gustav Jung, *Tipos Psicológicos*, cit., p. 252, realce nosso.

¹²⁴ Axel Honneth, *The I in We — Studies in the Theory of Recognition*, Cambridge, Polity Press, 2012, trad. Joseph Ganahl, pp. 184 e ss.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Idem*, pp. 198 a 200.

¹²⁷ Carl Gustav Jung, *Tipos Psicológicos*, cit., p. 468.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 18.

sua particular realidade moral, o que, incluindo a sua humanidade, abrange também (...) o seu direito à diferença e à concepção e actuação moral próprias⁽¹³⁰⁾. Isto é, todos os seres humanos, independentemente das suas características físicas ou morais, independentemente do seu estado de saúde circunstancial, das suas limitações e das suas deficiências, independentemente da sua capacidade de reflexão e de compromisso ético e social. Vivemos, felizmente, no contexto de um sistema jurídico *igualitário*, em que a personalidade humana é igual para todos os homens⁽¹³¹⁾.

Tudo o que nos leva a manter a necessidade de uma reconciliação com um paradigma naturalista, que identifique sem resistência o ser humano com a pessoa, ou seja, que assuma diametralmente que todo e cada ser humano, independentemente dos seus atributos e da sua situação no mundo, independentemente das suas habilidades comunicacionais ou da sua auto e hetero inteligibilidade, é uma pessoa, sendo-o, sem dúvida, axiologicamente, mas de uma axiologia ou substrato ético imanente à sua natureza de «homo sapiens», maravilhoso e singular, como parte de uma espécie que, em todos os aspetos sociais e intelectuais importantes, evoluiu no sentido de ultrapassar todas as outras. E evoluiu nesse sentido, sobretudo, por força da sua condição eminentemente moral — por ser, «ab initio» um ser moral; porque o comportamento de cada uma dessas ínfimas unidades que o compõem, dos genes

¹³⁰ *Idem*, p. 116.

¹³¹ *Idem*, p. 119. Embora ainda com esta nota: não basta ser humano. Ao elemento humano é necessário juntar o elemento *vida*. É, com efeito, a vida humana que se tem por inviolável, e é ao ser humano vivo que se refere a tutela da personalidade. Acrescentar este elemento «vida» é que tem permitido balizar, com largo consenso, a personalidade jurídica ou condição de sujeito de direito a partir do nascimento completo e com vida e até à morte. Não obstante se votar alguma proteção ao nascituro, tal como ao cadáver, tal não é justificado com a premissa de serem sujeitos de direito — cfr., *in idem*, pp. 360 a 367.

aos neurónios, apresenta um comportamento moral, sem o qual o único destino seria a extinção — *caring is a ground-floor function of nervous systems*⁽¹³²⁾. E, em jeito de ponte para o que se avizinha, digamo-lo ainda nas palavras de um Mestre superior, Ernst Mayr:

“When it was realized that apes had been man’s ancestors, some authors went so far as to state “Man is nothing but an animal.” However, this is not at all true. *Man is indeed as unique, as different from all other animals, as had been traditionally claimed by theologians and philosophers*. This is both our pride and our burden.”⁽¹³³⁾

5. Reflexões finais:

A Pessoa a Partir das Neurociências — o Homem Moral Natural

Os seres humanos não são tábuas rasas, portanto. Não são telas em branco ou páginas pautadas a ser preenchidas pela cultura e pela interpessoalidade; não são bestas malévolas que a cultura domesticará; não são esponjas ou recetáculos universalmente abertos ou aptos; não são uma potência ecuménica para aprender o que houver para ser aprendido. O que *são* então os seres humanos, que justifique o modo como pensam e agem na maior parte do tempo, de modo moralmente comprometido?

Encontramos uma resposta cabal, aturada e minuciosa na conjugação das obras mais recentes de Frans De Waal⁽¹³⁴⁾, de Christopher Boehm⁽¹³⁵⁾ e de

¹³² Patricia **Churchland**, *Braintrust...*, cit., p. 27.

¹³³ Ernst **Mayr**, *What Evolution Is*, London, Phoenix, 2002, p. 279, realce nosso.

¹³⁴ Referimo-nos a *Primates and Philosophers...*, cit. e *The Bonobo and The Atheist...*, cit.

¹³⁵ *Moral Origins — The Evolution of Virtue, Altruism and Shame*, New York, Basic Books, 2012.

Patricia Churchland⁽¹³⁶⁾ sobre este problema.

No que concerne à emergência da moral, sublinha-se que a moralidade, para o que nos interessa, é abordada como parte fundamental da vida coletiva, da vida em grupo. Nada do que o seguidamente se afirma pode ser compreendido se não como uma análise da dinâmica de vida dos grupos animais. Alargando a perspetiva a toda a ordem dos primatas (e poderíamos mesmo recuar à classe dos mamíferos, ao menos aos da infraclasse *eutheria*), compreendemos a nossa dependência *fatal* do outro, vale dizer, a impossibilidade prática de sobreviver quando se é deixado ao absoluto abandono. É, pois, neste pressuposto, que a presente análise deve ser compreendida.

O facto de nascermos numa atmosfera cooperativa, com centenas de milhares de anos de sedimentação, é um elemento chave para a compreensão da emergência da moral. Um sentimento de pertença, com consequências ampliadas e até *negativas* (como o medo, o castigo, a punição), subjaz ao que De Waal denominou «community concern»⁽¹³⁷⁾. A pressão social provém da dependência dos indivíduos face a outros indivíduos, mas também face à própria comunidade com um todo, que o *normaliza* e o protege face a outras comunidades com características diferentes. Assim, mesmo quando o indivíduo pode, autonomamente, sustentar-se e subsistir por si, as pressões agregadoras da comunidade, os seus recursos, haveres e utilidades, tornam difícil perspetivar a possibilidade de viver fora dela⁽¹³⁸⁾.

A vida comunitária dos primatas e, em particular, dos humanos, pode ser analisada de modos muito variados, consoante a tónica assente na cooperação, nas atividades recoletoras, no cuidado

¹³⁶ *Braintrust...*, cit.

¹³⁷ Frans **De Waal**, *Primates and Philosophers...*, cit., pp. 54 e 55.

¹³⁸ Christopher **Boehm**, *Moral Origins...*, cit., pp. 111 a 113.

infantil, etc. Não obstante, é possível agregar, ou padronizar, determinados comportamentos que, segundo os autores que privilegiámos, estarão na base da emergência natural da moralidade. Neste sentido, destacam-se o *cuidado* («caring»), os *valores familiares* («family values»), as *relações conjugais* («mate attachment»), a *cooperação e a confiança* («cooperation and trust»), e o *castigo* ou punição («punishment»)⁽¹³⁹⁾.

O *cuidado* é, provavelmente, o aspeto basilar mais complexo da moralidade. A pergunta pelo papel que assume na emergência da moral pode colocar-se assim: como é que o cérebro detém plataformas para os valores? Ou, como é que o cérebro *se importa com alguma coisa*⁽¹⁴⁰⁾?

A resposta começa com uma só palavra: autopreservação. Com efeito, e como já vimos em Damásio, os sistemas nervosos encontram-se organizados para cuidar da sobrevivência do corpo⁽¹⁴¹⁾. Esta constatação, aliás, está na base da tese do *gene egoísta* de Dawkins, cuja preservação e subsistência são o único objetivo programado e concreto. Para que um animal — qualquer animal — possa sobreviver é necessário que os sistemas nervosos detem inabiscindamente as suas necessidades e os perigos que o cercam. A sede, a fome, as necessidades fisiológicas e os alertas relativos a ameaças, constituem emoções primordiais, como lhes chama Maria Denton, cujo propósito é manter o corpo vivo e em equilíbrio ou homeostase. Nas palavras de Churchland, “in the most basic sense, therefore, caring is a ground-floor function of nervous systems. Brains are organized to seek well-being, and

¹³⁹ Assim em Patricia S. **Churchland**, *Braintrust...*, cit., pp. 27 a 94.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 27.

¹⁴¹ António **Damásio**, *O Livro da Consciência*, cit., pp. 53 a 76.

to seek relief from ill-being.”⁽¹⁴²⁾

Estamos, pois, biologicamente determinados para tomar conta de nós. Graças ao sentido de pertença a uma comunidade, por um lado, e à nossa constituição hormonal, por outro, estamos também predeterminados para tomar conta de outros. A dor, na sua manifestação física ou psicológica, é um estado de que somos impelidos a fugir. A solidão, paradigmaticamente, é capaz de gerar uma espécie de dor que impele às relações, faz suportar sacrifícios pessoais, e promove reconciliações. Como nota De Waal, “a good illustration of the thoroughly social nature of our species is that, second to the death penalty, solitary confinement is the most extreme punishment we can think of. It works this way only, of course, because we are not born as loners.”⁽¹⁴³⁾

As relações familiares, especialmente as que se estabelecem entre pais e filhos, são também um lugar privilegiado de geração de valores morais⁽¹⁴⁴⁾. Para a generalidade dos mamíferos placentários e marsupiais, a dependência materna nos primeiros meses ou anos de vida é quase total. Nos primatas superiores, que em geral detêm um sistema de locomoção sofisticado dependente do treino muscular — e, portanto, têm inicialmente dificuldade em locomover-se — esta dependência parental é mais profunda.

A cooperação, a lealdade e a punição para os infratores são valores transversais no mundo dos mamíferos⁽¹⁴⁵⁾. A punição é também um aspeto fundamental na cultura da responsabilidade perante o

outro⁽¹⁴⁶⁾, a que já Freud, aliás, votava uma atenção profunda⁽¹⁴⁷⁾, e que Boehm retoma, defendendo que é o castigo, enquanto censura social o que, verdadeiramente, inicia uma consciência moral nos animais⁽¹⁴⁸⁾. Nas palavras de Boehm, “morality began with having a conscience and that conscience evolution began with systematic but initially *non-moralistic* social control by groups”⁽¹⁴⁹⁾.

O aspeto particular da relação conjugal e todas as variáveis implicadas no acasalamento podem trazer uma perspetiva especialmente rica, evidenciando que as relações de longo termo estão claramente relacionadas com a produção de determinadas hormonas, como a ocitocina e o estrogénio, já referidas.

Longe de ser um aspeto particular dos humanos, a seletividade sexual e os relacionamentos longos, as noções de compromisso e de *fidelidade*, e dos deveres inerentes a essa condição, são comuns a mais de 3% dos mamíferos. Curiosamente, as relações de longo termo são comuns a 90% das espécies de aves, mas já não à generalidade dos grandes símios⁽¹⁵⁰⁾ (embora, em geral, estes reconheçam bem a *família*, mesmo quando formam várias), o que está intimamente ligado às funções sociais ancestrais dos machos de uma e de outra classe, que os faz ter uma postura necessariamente diferente perante as relações de longo termo.

Todos estes fatores tidos em conta — a socialidade necessária, a cooperação e a lealdade, o cuidado de si e pelo outro, as relações familiares e o acasalamento e a necessidade da punição — estamos em condições de compreender as origens

naturais da moralidade, origens essas que se apresentam como decorrência necessária da evolução dos neurónios, do determinismo genético e do determinismo endócrino, e que não têm, inicialmente, um substrato cultural. Pelo contrário, a cultura — enquanto conjunto de práticas, crenças e normas, associada a padrões de educação, símbolos e costumes — aparece aqui, autenticamente, como uma *segunda* natureza, no sentido em que só se manifesta *mais tarde*, quando o contexto propiciador já está assente. Deste modo, a moralidade não nasce com a cultura, com a educação ou com a domesticação; aí, apenas se molda de uma determinada forma, precária e fungível.

Bibliografia

- Aroso Linhares, J. M.**, *Entre A Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova Como Um Exercício de «Passagem» Nos Limites da Juridicidade*, Studia Iuridica 59, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- Berryman, S.**, “Ancient Atomism” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), First published Tue Aug 23, 2005; substantive revision Fri Nov 18, 2011), disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/atomism-ancient/>.
- Boehm, C.**, *Moral Origins — The Evolution of Virtue, Altruism and Shame*, New York, Basic Books, 2012.
- Capelo de Sousa, R.**, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- Carveth, D. L.**, “Some Reflections on Lacanian Theory in Relation to Other Currents in Contemporary Psychoanalysis” in *The Journal of Psycho-Social Studies*, vol. 1 (2007), pp. 1 — 38.
- Castanheira Neves, A.**, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito” in *Digesta — Escritos Acerca do direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 3.º volume, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 9 — 41.

Castanheira Neves, A., “O Direito como Alternativa Humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito” in *Digesta. Escritos acerca do direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Castanheira Neves, A., “Pessoa, direito e responsabilidade” in *Digesta — Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 3.º volume, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Changeux, JP., *L’Homme Neuronal*, Paris, Pluriel, 2012.

Churchland, P., *Braintrust — What Neuroscience Tells Us About Morality*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

Curado, M., *Luz Misteriosa — A Consciência no Mundo Físico*, Famacão, Quasi Edições, 2007 (1.ª edição).

Damásio, A., *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente*, Lisboa, Temas e Debates, 2010, trad. Luís Oliveira Santos, 2010.

Damásio, A., *O Sentimento de Si — O Corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência*, Lisboa, Publicações Europa-América, 2008, 16.ª edição.

Dawkins, R., *The Extended Fenotype — The Long Reach of The Gene*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

De Waal, F. *The Bonobo and The Atheist — In Search of Humanism Among The Primates*, New York, Norton & Company, 2013.

De Waal, F., *Primates and Philosophers — how morality evolved*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

Dennett, D., “Conditions of Personhood” in *What is a Person* (Michael F. Goodman, ed.), Clifton, Humana Press, 1988, pp. 145 — 168.

Douzinis, C., *The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

Dworkin, R., *Justiça para Ouriços*, Coimbra, Edições Almedina, 2012, trad. Pedro Elói Duarte,

Edelman, B., *La personne en danger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

Einstein, A., & **Freud, S.**, *Porquoi La Guerre?*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2005, trad. do alemão por Blaise Briod.

Emerson, R., “The Contexts of The Scottish Enlightenment” in *The Cambridge Companion to The Scottish Enlightenment* (Alexander Broadie, ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

¹⁴² Patrícia S. **Churchland**, *Braintrust...*, cit., p. 30.

¹⁴³ Frans **De Waal**, *Primates and Philosophers...*, cit., p. 5.

¹⁴⁴ Cfr. Martha C. **Nussbaum**, *Upheavals of Thought — The Intelligence of Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 (1st edition), especialmente, pp. 181 a 184.

¹⁴⁵ Patrícia S. **Churchland**, *Braintrust...*, cit., p. 68 e ss.

¹⁴⁶ Vide Christopher **Boehm**, *Moral Origins...*, cit., pp. 16 e 17.

¹⁴⁷ Albert **Einstein** & Sigmund **Freud**, *Porquoi la guerre?*, cit., p. 43.

¹⁴⁸ Christopher **Boehm**, *Moral Origins...*, cit., pp. 15 e ss.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 16.

¹⁵⁰ Vide Devra G. **Kleiman**, “Monogamy in Mammals” in *Quarterly Review of Biology*, no 52, n.º 1 (1977), pp. 39 — 69.

- Engelhardt**, H. T. Jr.: *The Foundations of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Entralgo**, P. L., *Corpo e Alma*, Coimbra, Edições Almedina, 2003, trad. Miguel Serras Pereira.
- Ferreira**, A. E., “A Assunção Jurídica da Vulnerabilidade — Os Grandes Debates Do Final Do Século XIX à Primeira República” in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 2 (2013), n.º 4, pp. 2847-2897.
- Ferreira**, A. E., “A Vulnerabilidade Humana e a Pessoa Para o Direito — Breves Notas” in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), n.º 2, pp. 1023-1053.
- Freeman**, J., **Rule**, N., and **Ambady**, N., “The cultural neuroscience of person perception” in *Progress in Brain Research*, Vol. 178, 2009, pp. 191 — 201.
- Gazzaniga**, M. S., *O Passado da Mente — Como O Cérebro Constrói a Nossa Experiência*, Lisboa, Instituto Piaget, 2000, trad. Pedro Filipe Henriques.
- Gonçalves**, D. C., *Pessoa e Direitos de Personalidade — Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Edições Almedina, 2008.
- Gracia**, D., “Prólogo” in Pedro Laín **Entralgo**, *Corpo e Alma*, Coimbra, Edições Almedina, 2003, trad. Miguel Serras Pereira.
- Hamlin**, K., **Wynn**, K. & **Bloom**, P., “Social Evaluation by Preverbal Infants” in *Nature*, Vol 450, 22 November 2007, pp. 557 a 560; Paul **Bloom**, “The Moral Life of Babies” in *The New York Times*, May 5, 2010, disponível em <http://www2.econ.iastate.edu/classes/econ362/hallam/NewspaperArticles/MoralLifeBabies.pdf>.
- Honneth**, A., “Decentered Autonomy: The Subject After the Fall” in *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*, Cambridge, Polity Press, 2007, trad. Para o inglês de John Farrell.
- Honneth**, A., *The I in We — Studies in the Theory of Recognition*, Cambridge, Polity Press, 2012, tad. Joseph Ganahl.
- Jung**, C. G., *Tipos Psicológicos*, Petrópolis, Editora Vozes, 1991, Coleção Obras Completas de C. G. Jung, vol. 6, trad. Lúcia Orth.
- Kleiman**, D. G., “Monogamy in Mammals” in *Quarterly Review of Biology*, no 52, n.º 1 (1977), pp. 39 — 69.
- Langaney**, A., *Les Hommes. Passé, Présent, Conditionnel*, Paris, Armand Collin, 1988.
- Leclerc**, B. & **Pucella**, S., *As Concepções do Ser Humano — Teorias e Problemáticas*, Lisboa, Instituto Piaget, 2013, trad. Rui Lopo.
- Loureiro**, J. C., “Pessoa e Doença Mental” in *Boletim da Faculdade de Direito* n.º 81 (2005), Coimbra, Universidade de Coimbra, pp. 145 — 187.
- Mayr**, E., *What Evolution Is*, London, Phoenix, 2002.
- McNeely**, D., *Becoming: An Introduction to Jung's Concept of Individuation*, Carmel, Fisher King Press, 2010.
- Meyer & El-Hani**, *Evolução — O Sentido da Biologia*, São Paulo, Editora UNESP, 2005.
- Miguens**, S., “Uma Teoria Fisicalista do Conteúdo e da Consciência, D. Dennett e os debates da filosofia da mente”, Porto, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2001, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/simple-search?query=miguens>.
- Miguens**, Sofia, *Compreender a Mente e o Conhecimento*, Porto, Faculdade de Letras da Universidade do Porto (ed.), 2009.
- Moniz Pereira**, L., *A Máquina Iluminada, Cognição e Computação*, Porto, Fronteira do Caos, 2016.
- Nussbaum**, Martha C., *Upheavals of Thought — The Intelligence of Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 (1st edition).
- Ohlin**, J. D., “Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights?” in *Columbia Law Review*, vol. 105 (2005), pp. 209-249.
- Pardo**, M. S. & **Patterson**, D., *Minds, Brains and Law, The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Parga**, M. O., “Reconocimiento legal del valor dignidad” in *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), vol. 79 (2003), pp. 437 — 461.
- Prinz**, J. J., *The Conscious Brain: How Attention Engenders Experience*, New York, Oxford University Press, 2013.
- Quartilho**, M. J., *Cultura, Medicina e Psiquiatria*, Coimbra, Quarteto, 2001.
- Reis Marques**, M., “A dignidade humana como prius axiomático” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (Manuel da Costa Andrade, Maria João

- Antunes, Susana Aires de Sousa, org.), vol. IV, *Studia Iuridica* 101, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 541 — 566.
- Reis Marques**, M., “Um olhar sobre a construção do «sujeito de direitos»” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita* (org. Diogo Leite de Campos), vol. II, *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 95 — 110.
- Rodotà**, S., “Il Corpo Giuridificato” in *Trattato Di Biodiritto. Il Governo Del Corpo* (Stefano Rodotà, Paolo Zatti, eds.), Milano, Giuffrè Editore, Tomo I, p. 51 — 76.
- Rodotà**, S., *Il Diritto di Avere Diritti*, Bari, Laterza, 2012.
- Rogers**, A. & **Pilgrim**, D., *A Sociology Of Mental Health And Illness*, New York, Open University Press, 2005.
- Rolian**, C., **Lieberman**, D. and **Hallgrímsson**, B., “The Coevolution Of Human Hands And Feet” in *Evolution* vol 64-6, jun 2010, pp. 1558–1568.
- Rorty**, R., “Wittgenstein, Heidegger, and the reification of language” in *The Cambridge Companion to Heidegger* (Charles Guignon, ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 337 — 357.
- Ruffié**, J., *De la Biologie à la Culture*, vol. I, Paris, Éditions Flammarion, 1983.
- Sena**, A. M., *Os Alienados Em Portugal. I — História E Estatística; II — Hospital Do Conde De Ferreira*, Lisboa, Ullmeiro, 2003.
- Sinnott-Armstrong**, W., *Moral Skepticisms*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Sloterdijk**, *Regras para o Parque Humano*, Coimbra, Angelus Novus, 2008.
- Smith**, E. E., “As Babies, We Knew Morality” in *The Atlantic*, November 18, 2013, disponível em <http://www.theatlantic.com/health/archive/2013/11/as-babies-we-knew-morality/281567/>.
- Tavares**, G. M., *Atlas do Corpo e da Imaginação. Teoria, Fragmentos e Imagens*, Alfragide, Editorial Caminho, 2013.
- Wilson**, E. O., *O Sentido da Vida Humana*, Lisboa, Clube do Autor, 2014, trad. Paulo Rêgo.
- Wyhe**, J., “Was Charles Darwin an Atheist?” in *The Public Domain Review*, Jun 2011, disponível em <http://publicdomainreview.org/2011/06/28/was-charles-darwin-an-atheist/>.
- Zaluski**, W., “The Concept of Person in The Light of Evolutionary Theory and Neuroscience” in *New Approaches to the Personhood in Law. Essays in Legal Philosophy* (T. Pietrzykowski, B. Stancioli, eds.), Frankfurt am Main, Peter Lang, 2016, pp. 35 — 46.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Jéssica Soares Viana ⁽¹⁾ Luciana Fernandes Berlini ⁽²⁾

PALAVRAS-CHAVE: *Violência Obstétrica; Responsabilidade Civil; Dano Médico.*

KEYWORDS: *Obstetric Violence; Civil liability; Medical Damage.*

Resumo: *O presente trabalho tem por intuito verificar a possibilidade da responsabilização civil do médico em casos de violência obstétrica. De acordo com a Organização Mundial de Saúde — OMS, a violência obstétrica tem por definição a prática de abusos, desrespeito, maus-tratos, negligência, falta de obtenção do consentimento esclarecido, entre outras ações ocorridas durante a realização dos partos. O que se observa é que os limites da violência obstétrica e o exercício regular da atuação médica são muito tênues, gerando polêmicas e dificuldades no momento de aplicabilidade da responsabilização civil. Ademais, a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal está vinculada a uma obrigação de meio, não assumindo o médico qualquer tipo de obrigação de resultado, salvo em casos de cirurgia plástica estética. No entanto, o profissional da saúde assume o dever de prestar um serviço de qualidade, conforme sua especialidade, aplicando a melhor técnica e sempre de forma respeitosa, de acordo com o consentimento livre e esclarecido do paciente. Sem desconsiderar que fatores externos podem interferir no resultado. Neste sentido, o trabalho tem por escopo aplicar a responsabilidade civil às hipóteses de violência obstétrica. Para tanto, serão analisados os requisitos essenciais*

para aplicação da responsabilidade civil (dano, nexo de causalidade e conduta culposa), que geram o ato ilícito, trazido pelo artigo 186 do Código Civil Brasileiro e pelo artigo 187, conjugados com o artigo 927 da referida codificação. Assim, por se tratar de prestação de serviço, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, §4º e o artigo 951 do Código Civil estabelecem a responsabilidade subjetiva do médico. Dessa forma, para apuração da responsabilidade do obstetra será verificado o elemento subjetivo: dolo ou culpa. Nos casos de violência obstétrica, as hipóteses mais comuns observadas na jurisprudência referem-se à negligência, quando há, por exemplo, dano em razão da demora injustificada no atendimento. Ou quando há uma descon sideração da vontade da paciente em relação à opção pela forma de parto sem justificativa médica. Bem como nas hipóteses em que o médico deixa de obter o consentimento livre e esclarecido da gestante, o que em tese deve ser prestado muito antes do trabalho de parto. Realiza-se também uma análise da violência obstétrica como um abuso do direito. Desta forma, o presente trabalho visa analisar a incidência da responsabilização médica obstétrica, a partir da legislação, doutrina e jurisprudência, estabelecendo seus limites e parâmetros.

Abstract: *The present study aims to verify the possibility of civil liability of the medic in cases of obstetric violence. According to the World Health Organization (WHO), obstetric violence is defined as the practice of abuse, disrespect, mistreatment, neglect, lack of informed consent, and other actions taken during childbirth. What is observed is that the limits of obstetric violence and the regular exercise of medical practice are very tenuous, generating polemics and difficulties at the moment of applicability of civil liability. In addition, the civil liability of the medic, as a liberal professional is bound to an obligation of means, not assuming the physician any type of obligation of*

¹ Universidade Federal de Lavras; Bacharela em Direito; Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Especialista em Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil. Advogada. anajessicaviana@hotmail.com.br;

² Universidade Federal de Lavras; Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; lucianaberlini@gmail.com

result, except in cases of aesthetic plastic surgery. However, the health professional assumes the duty to provide a quality service, according to his specialty, applying the best technique and always in a respectful way, according to the free and informed consent of the patient. Without ignoring that external factors can interfere in the result. In this context, the purpose of this study is to apply civil liability to the hypothesis of obstetric violence. In order to do so, the essential requirements for the application of civil liability (damage, causal link and culpable conduct), which generate the illicit act, brought by Article 186 of the Brazilian Civil Code, in conjunction with article 187 and 927 of said codification, will be analyzed. Thus, because it is a service provision, the Code of Consumer Protection in its Article 14, §4 and Article 951 of the Civil Code establish the subjective responsibility of the physician. In this way, to determine the responsibility of the obstetrician will be verified the fault, in one of its modalities: recklessness, negligence and / or malpractice. In cases of obstetric violence, the most common hypotheses observed in the case-law refer to negligence, when, for example, there is damage due to unjustified delay in care. Or when there is a disregard of the patient's will be regarding the option for the form of delivery without medical justification. As well as in the cases in which the doctor fails to obtain the free and informed consent of the pregnant woman, which in theory should be provided long before labor. In this way, the present study aims to analyze the incidence of obstetric medical liability, based on legislation, doctrine and jurisprudence, establishing its limits and parameters.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo debater o cabimento jurídico de indenização por danos morais em face do médico na hipótese de violência obstétrica.

Para tanto, aborda-se primeiramente a violência obstétrica, sua conceituação e abrangência, conceituá-la a fim de conhecer as hipóteses de ocorrência e como tal prática atinge a esfera da personalidade das mulheres, bem como a outros direitos assegurados em âmbito constitucional.

Assim, verifica-se o cometimento de um ato ilícito, a prática de violência obstétrica, capaz de

ensejar a responsabilização civil, mas o grande desafio é verificar quando se trata da violação de um dever legal médico e quando se trata do exercício regular de um direito na prática da obstetrícia. Dessa forma, será necessário investigar a autonomia, o consentimento e o princípio da beneficência, para só então debater a incidência ou não da responsabilização civil pelos danos acarretados.

Nesta seara, discute-se a função da responsabilidade civil hodierna, bem como a possibilidade de aplicação com base em seus requisitos: conduta, culpa, dano e nexo causal, quando subjetiva e enquanto abuso do direito. Discussão essa que perpassa pela análise da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Da Violência Obstétrica

A tendência de se transferir a realização dos partos para instituições de saúde, iniciou-se, no Brasil, no século passado. Com isso transferiu-se essa incumbência ao médico, o que gerou diversas modificações na seara social, influenciando também a seara jurídica. Apesar dos avanços na medicina, todos os dias, cerca de 800 mulheres morrem de causas relacionadas à gravidez e ao parto em todo o mundo, principalmente nos países em desenvolvimento.⁽³⁾

De acordo com a Organização Mundial de Saúde — OMS a violência obstétrica tem por definição a prática de abusos, desrespeito, maus-tratos e negligência durante a realização dos partos nas instituições de saúde pública ou privada.

Por meio do documento divulgado pela OMS, denominado de Prevenção e eliminação de abusos,

³ AASEN, Henriquette Sindig. *Maternal mortality and women's right to health*. In HELLUM, Anne, AASEN, Henriquette Sindig. *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 292.

desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde, a organização trouxe alguns atos e os caracterizou como violência obstétrica:

Relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde incluem violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, graves violações da privacidade, recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto, por incapacidade de pagamento. Entre outras, as adolescentes, mulheres solteiras, mulheres de baixo nível socioeconômico, de minorias étnicas, migrantes e as que vivem com HIV são particularmente propensas a experimentar abusos, desrespeito e maus-tratos.

Desta forma, a violência obstétrica pode ser compreendida como a apropriação do corpo da mulher, no qual os profissionais de saúde geram danos a mulher durante a gestação através de ações ou omissões que se materializam em abuso. Contudo, a violência obstétrica também pode ocorrer durante a gestação, e em situações de interrupção da gravidez.

Sabe-se que o Sistema Único de Saúde — SUS, deve garantir atendimento pré-natal, assistência ao parto, ao puerpério e ao recém-nascido, sendo considerados como direitos inalienáveis à cidadania pela Portaria 569 de 2000⁽⁴⁾, que instituiu o programa de humanização no pré-natal e nascimento no âmbito do SUS, trazendo uma série de disposições. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 8º, assegura a todas as mulheres o atendimento pré e perinatal e pós natal por meio do SUS.

⁴ Disponível em: <http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/sau.delegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>.

Contudo, sabe-se que ainda existe a negação ao atendimento à mulher, negligência no atendimento, bem como imposições de dificuldades no atendimento no momento do pré-natal. Essas práticas também caracterizam violência obstétrica, mesmo que não ocorram no momento do parto, pois decorrem da condição de gestante.

Conforme relatório da OMS denominado “*Causas Globais de morte materna*”, verifica-se que complicações no abortamento é a quarta causa de morte materna no mundo⁽⁵⁾, o que demonstra a importância do tema. Assim, a demora no atendimento a estas mulheres, sua recusa e eventuais questionamentos acerca da causa da interrupção, ameaças, culpabilização da mulher e violação do dever de sigilo médico são consideradas também como violência obstétrica em razão do atendimento médico prestado à gestante.

De acordo com a pesquisa realizada com 177 profissionais da saúde no Hospital Materno Infantil de Brasília a fim de analisar as percepções e práticas sobre o abortamento legal, 65% por cento dos profissionais entrevistados disseram que jamais atuariam nesta situação e 28% informaram atuar no serviço de referência para interrupção da gestação⁽⁶⁾. Assim, verifica-se, que a recusa no atendimento ainda é presente na sociedade e pode acarretar em morte e complicações que se refletem na saúde destas mulheres.

Especificamente sobre a violência obstétrica durante o parto, tem-se a dor do parto como

⁵ *Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis*. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/pdfs/journals/langlo/PIIS2214-109X\(14\)70227-X.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/langlo/PIIS2214-109X(14)70227-X.pdf)>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

⁶ ROCHA, Wesley Braga da; SILVA, Anadely Castro da; LEITE, Solange Maria de Lacerda; CUNHA, Thiago. *Percepção de profissionais da saúde sobre abortamento legal*. Revista Bioética. V. 23, n. 2, 2015, p. 390. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1048/1270. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

parte da construção do pensamento social e cultural. Possui a ideia de castigo e de subordinação da parturiente⁽⁷⁾, balizada em sua condição de mulher. Sabe-se que a cultura judaico-cristã, em virtude de ensinamentos bíblicos leciona que a dor do parto é natural e deve ser suportada em virtude do castigo concedido à mulher desde o gênesis. Com o advento da modernidade, a criação das universidades dentre outros aspectos trouxe a ideia de que a ciência é a “única forma de conhecimento válida e rigorosa”.⁽⁸⁾ No que tange ao parto, este que era visto como algo natural, passou a ser um ato médico. Assim, houve a transformação de um ritual feminino, no qual assegurava-se um momento íntimo, com a presença de outras mulheres que auxiliavam neste momento para um ato científico, fazendo com que a autonomia e as necessidades da parturiente muitas vezes fiquem em segundo plano.

Verifica-se que essas condições acarretam uma situação em que a própria parturiente não possui uma percepção sobre a violência que lhe acomete.

Neste ínterim, retirou-se a autonomia feminina na hora de parir e transferiu-se essa autonomia para a figura do médico, colocando em evidência seu poder-saber. Isso se verifica com a elevação nos números de partos cesarianos no Brasil.⁽⁹⁾ Em consonância, o imaginário popular do castigo e da

subordinação da mulher — que se dá em diversas searas da sociedade e sendo o momento do parto mais um reflexo social, faz com que o responsável por zelar pelos cuidados médicos, atue de forma a não observar a autonomia, o consentimento, o respeito à vulnerabilidade, violando a dignidade da pessoa humana.

Não obstante, por meio do princípio da beneficência, o médico deve dirigir seus esforços de forma a limitar eventuais danos, jamais prejudicando o paciente.⁽¹⁰⁾ Contudo, essa não é a realidade de diversas mulheres no momento de dar à luz, tendo em vista que são recorrentes os casos de violência obstétrica no Brasil, que acarretam prejuízos físicos e psicológicos.

Assim, ainda existem percalços no momento do parto, que se materializam por meio de intervenções e práticas médicas que não possuem evidências científicas de que haja um verdadeiro auxílio para a parturiente, sendo, portanto, práticas desnecessárias.

As intervenções médicas desnecessárias abarcam a própria cesárea, pois, conforme a Organização das Nações Unidas - ONU, o excesso de cesáreas, além do limite proposto pela organização em sua maior parte ocorrem de forma desnecessária. Outras práticas corriqueiras são a episiotomia, que é o corte na região do períneo, a raspagem dos pelos pubianos, chamado de tricotomia, além do uso da ocitocina sintética que é um hormônio destinado a acelerar as contrações, entre outras práticas.

Especificamente sobre a episiotomia, ela é considerada pela literatura médica desnecessária

⁷ AGGIO, Cristiane de Melo; ANDRADE, Briena Padilha. *Violência Obstétrica: a dor que cala*. In: Simpósio Gênero e Políticas Públicas, 3., 2014, Londrina/PR. Anais eletrônicos. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014, p. 2. Disponível em: <http://www.uel.br/ eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2018. Acesso em: 22 de fevereiro de 2018.

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004#back1>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2018.

⁹ OLIVEIRA, Virgínia Junqueira. *O sensível e o insensível na sala de parto [manuscrito]: interdiscursos de profissionais de saúde e mulheres*. 159 f. Tese (doutorado): Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Enfermagem. Belo Horizonte: 2016, p. 15.

¹⁰ SOUZA, Iara Antunes de. LISBOA, Natália de Souza. *Princípios bioéticos e biojurídicos: uma visão baseada nos direitos humanos*. In: SA, Maria de Fátima Freire de. NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto, SCHEITINI, Beatriz. *Novos Direitos Privados*. Belo Horizonte: Arcaes. 2016, p. 09

na maior parte das vezes, por não demonstrar que sua prática de fato auxilie no parto. Contudo, essas práticas são incentivadas nos ambientes hospitalares com intuitos educacionais a fim de se obter experiência, mesmo quando tal prática não se mostra necessária.⁽¹¹⁾

Notadamente, no contexto brasileiro, faz-se necessário analisar o caso que foi decidido pelo comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher da CEDAW, sobre mortalidade materna que, em decorrência da ausência de cuidados médicos bem como negligência no tratamento, Alyne Pimentel padeceu por horas sem que a equipe médica lhe prestasse o devido acesso aos serviços médicos, o que acarretou em seu óbito, que poderia ser evitado caso Alyne tivesse acesso aos serviços de saúde. Assim, o Estado brasileiro foi condenado e responsabilizado civilmente tendo em vista os danos acarretados.⁽¹²⁾

Este caso foi de suma importância para o reconhecimento dos direitos reprodutivos femininos em todo o mundo. Além disso, ao Brasil recomendou-se a adoção de medidas gerais para garantir os direitos reprodutivos das mulheres, reconhecendo a importância de se assegurar o acesso a serviços médicos de qualidade às parturientes. Estas recomendações estão em consenso com a Recomendação Geral nº 24, editada pela ONU em 1999, e ensejou na criação da Rede Cegonha. Este caso é de extrema relevância, tendo em vista ser o primeiro caso acerca da mortalidade materna decidido por um órgão internacional de direitos humanos.

¹¹ HOTIMKY, Sonia Nussenzeig. *A formação em obstetria: competência e cuidado na atenção ao parto*. 361f. Tese (doutorado) Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007. 361f, p. 272. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-14112007-082030/pt-br.php>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2018.

¹² Comitê CEDAW. *Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, § 21, Documento da ONU: CEDAW/C/49/D/17/2008, 2011.

O Ministério da Saúde por sua vez, em 2005, por meio da portaria 1.067⁽¹³⁾ instituiu que os serviços de saúde da parturiente devem ocorrer com observância à sua autonomia e dignidade sempre com suporte no consentimento livre e esclarecido, a fim de humanizar todos os procedimentos que envolvem a gestação. Assim, a supracitada portaria, determinou que se deve evitar procedimentos desnecessários, bem como direcionar suas ações a fim de acolher a parturiente e o recém-nascido como sujeitos de direito.

3. Da Responsabilidade Civil:

A prática da violência obstétrica viola diversas legislações e princípios que garantem direitos à mulher em face de sua condição de gestante e parturiente, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção sobre eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, além de portarias do Ministério da Saúde.

Percebe-se ainda, que em âmbito constitucional, assegura-se à dignidade da pessoa humana — fundamento da República, previsto no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira, à integridade física e psicológica, o direito à saúde - previsto no artigo 196, bem como o direito à vida, previsto no artigo 5º, caput, ambos extraídos do diploma constitucional.

Assim, a prática de violência obstétrica pode ferir algum dos direitos humanos e fundamentais expostos acima, além da possibilidade de violar direitos da personalidade, tal como a honra. Para além, tal prática acarreta ainda violação aos direitos

¹³ http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_espeelho_consulta.cfm?id=4014987&highlight=&tipoBusca=post&slcOrigen=0&slcFonte=0&slcTipoNorma=&hdTipoNorma=&buscaForm=post&bkp=pesqnorma&font=0&origem=0&sit=0&assunto=&qtd=10&tipo_norma=&numero=1067&data=%20%20%20&dataFim=&ano=&pag=1

reprodutivos e o direito ao corpo da mulher, sendo, portanto, uma violação aos direitos humanos. Os direitos sexuais e reprodutivos passam de uma compreensão apenas de direitos individuais para uma compreensão que abarca os direitos sociais, pois influenciam toda a sociedade.

Em consonância, a prática de tais ações é ilícita, por violar diversas disposições, mesmo que não haja uma regulação específica sobre a responsabilidade civil dos profissionais de saúde no exercício de suas funções, a aplicação deste instituto é indubitável, devendo ser feita com base nas peculiaridades do tema em tese.

Sabe-se ainda, que a violência obstétrica pode acarretar danos materiais quando geram a necessidade de gastos financeiros para reparar o dano sofrido, como por exemplo, a necessidade de fisioterapia, de acompanhamento psicológico, dentre outros. Além disso, o Código Civil Brasileiro estabelece em seu artigo 948 que, em caso de morte, o causador do dano deve arcar, além dos danos materiais, com as custas do funeral e com pensão alimentícia para aqueles que o *de cujus* era mantedor. Isso não exclui ainda, a reparação do dano causado pelos familiares com base no que se chama de dano reflexo.⁽¹⁴⁾ Porém, para além dos danos materiais, a violência obstétrica atinge a esfera personalíssima da mulher, tendo seus direitos da personalidade violados.

Assim, o presente trabalho tem por escopo analisar a responsabilidade civil do médico, sem, contudo, tratar da responsabilidade civil do hospital, tendo em vista que esta é objetiva. Portanto, a responsabilidade civil do médico será analisada pela perspectiva da prestação pessoal dos serviços médicos.

Para tanto, é necessário primeiramente realizar breves considerações sobre a evolução da Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a nova roupagem trazida pela incidência dos direitos fundamentais de forma horizontal, o instituto da responsabilidade civil ganhou uma nova perspectiva por meio da busca efetiva em reparar o dano. Isso se demonstra pelas hipóteses legais de responsabilidade objetiva, bem como o seu alargamento nas relações consumeristas.

Assim, este instituto tem por escopo trazer segurança ao lesado, garantir a paz social, bem como o equilíbrio das relações existentes na sociedade, pois passa a ser compreendido como solidarismo social e não vingança pessoal, tal como era outrora.⁽¹⁵⁾

Neste interim, a percepção clássica francesa entende que a responsabilidade civil tem como função apenas a reparação do dano ao patrimônio de outra pessoa, aplicando-se aos contratos e ao direito de propriedade no qual buscava-se o reequilíbrio patrimonial.⁽¹⁶⁾ Contudo, esta percepção deve ser ampliada, abarcando também o dano extrapatrimonial. Para além, a doutrina contemporânea, ancorada na constitucionalização do direito civil brasileiro traz uma nova roupagem para a responsabilidade civil compreendendo a existência de novas funções para o antigo instituto.

A primeira função que é a função clássica de reparação visa garantir o direito daquele que foi lesado à segurança. Assim, deve-se fazer o possível para que o *status quo ante* seja restabelecido. Ou seja, o autor das lesões deve retornar à situação an-

¹⁵ POLI, Leonardo Macedo. *Ato Ilícito*. In: Fiuza, César (Coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: IOB Thomson, 2007, v.1, 307.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol 3. 4ª. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017 ,p.63.

terior daquele, vítima das lesões, caso seja possível. Contudo, nos casos de violência praticada contra a gestante não é possível retornar à situação anterior à violência, pois trata-se de violação à sua esfera personalíssima, atingindo sua integridade física e/ou moral, cabendo, no entanto, uma compensação pelo dano extrapatrimonial suportado.

Para além da função de reparar os danos, tem-se ainda a função punitiva que visa punir o sujeito infrator pela sua conduta. Atualmente a doutrina dispõe que a tendência da Responsabilidade Civil é deixar de privilegiar a culpa no momento de punição do sujeito, o que é perceptível quando se analisa as teorias objetivas que tem por base risco da atividade⁽¹⁷⁾, tal como é perceptível no caso da responsabilização dos hospitais, que está baseada na teoria do risco. Tem-se ainda a função preventiva que tem por escopo dissuadir toda a sociedade da prática destas condutas por meio de ações preventivas, de cuidado e de observância ao dever legal.

Desta forma, para que seja possível a incidência do instituto da responsabilidade civil por danos morais, é necessária a ocorrência de uma ação ou omissão que gere dano à personalidade - e que exista um nexo entre a ação e o dano para que se configure o dano moral — o que gera o ato ilícito,⁽¹⁸⁾ conforme preleciona o artigo 186 do Código Civil Brasileiro. Mais especificamente sobre o erro médico, para ser culpável é necessário a ocorrência de um dano —normalmente à saúde, vida ou integridade do paciente.

Em consonância, o artigo 927 do supracitado Código também determina a obrigação de reparar,

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 50.

¹⁸ FIUZA, César. *Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade e do ilícito*. In: Fiuza, César (Coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: IOB Thomson, 2007, v.1, p. 284.

quando por ato ilícito o sujeito cause dano a alguém. Sabe-se ainda, que é possível que a responsabilidade civil decorra de um ato lícito, contudo, quando se fala em violência, mesmo de difícil aferição, quando há dolo ou culpa, sempre decorre de um ato ilícito. Dentre os elementos necessários para a ocorrência do ato ilícito, nos casos de responsabilidade civil do profissional da saúde, é o nexo causal a maior problemática dentre os elementos.

Observa-se que os limites de um dano médico e o exercício regular da atuação médica são muito tênues, gerando polêmicas e dificuldades no momento de aplicação da responsabilização civil. Sabe-se que é possível a existência de dano na relação médico-paciente sem caracterizar erro médico, tendo em vista que existem lesões decorrentes do procedimento médico que são previstas e esperadas, tais como as cicatrizes resultantes de uma cirurgia cesariana, por exemplo. Existem também, lesões que são previsíveis, porém não são esperados. Essas ações são decorrentes do exercício regular da profissão, tendo em vista que a medicina não é uma ciência exata.

Exatamente por isso, o mesmo tratamento aplicado a dois pacientes que estão acometidos pela mesma doença pode apresentar uma reação para um e outra reação diversa para outro. O que demonstra a dificuldade de se responsabilizar o médico no caso concreto.

Assim, há uma dificuldade em saber se a violação à integridade física ou até mesmo o resultado morte foi decorrente exclusivamente da conduta médica, se foi em razão da conduta hospitalar, laboratorial, de enfermeiros ou se foi em decorrência da culpa exclusiva do paciente.

Desta forma, verifica-se a importância de assegurar à parturiente, tendo em vista sua condição de vulnerabilidade, o direito a presença de um

acompanhante. Principalmente na seara obstétrica, onde, conforme já exposto, muitas vezes a mulher não tem consciência da violência que lhe é acometida, o acompanhante possui o papel de garantir que não ocorram violações, auxiliar a mulher no momento do parto, além de reforçar os laços afetivos familiares. Nesta toada, em 2005 foi sancionada a Lei 11.108, popularmente conhecida de Lei do Acompanhante⁽¹⁹⁾, que assegura esse direito a fim de trazer melhores condições a parturiente, maior segurança, acolhimento e apoio.

O médico, enquanto profissional liberal, não se compromete com resultados, com exceção do médico que atua com cirurgias plásticas estéticas. Contudo, o médico se compromete em prestar seus serviços da melhor forma possível, atentando pelo fato de atuar diretamente com diversos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, a integridade física e a saúde. Assim, o médico deve atuar de forma atenta e utilizando as melhores técnicas científicas disponíveis.

Desta forma, o resultado final das intervenções médicas não depende apenas da conduta médica, pois fatores externos e aleatórios podem interferir no tratamento médico, quando, por exemplo, o paciente não faz uso da medicação recomendada. Verifica-se, neste íterim, que a obrigação médica é de meio, e não de resultado.

A responsabilidade civil subjetiva é a regra para a responsabilização civil do médico, desta forma, faz-se necessário a análise do elemento culpa e sua aferição nos casos de violência contra a parturiente.

Cabe ainda ressaltar que a responsabilização civil do médico que agiu com violência contra a parturiente não exclui a eventual necessidade de

responsabilização penal ou administrativa, podendo o mesmo fato repercutir nas três esferas, tendo em vista a independência entre estas esferas, com as ressalvas do artigo 935 do Código Civil.

4. Da Culpa:

A responsabilidade civil do médico, diferentemente da responsabilidade civil dos hospitais se baseia na análise do elemento culpa. Conforme o artigo 951 do Código Civil Brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, em seu artigo 14, trazem como forma de aferição da culpa a ocorrência de imprudência, negligência e imperícia aos profissionais liberais.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o disposto no artigo 14, bem como com base nas determinações do artigo 2º que conceitua consumidor, como quem utiliza produto ou serviço como destinatário final. Assim, o paciente faz uso da prestação de serviço médico como destinatário final.

Para verificar a responsabilidade civil do médico é necessário que se verifique a vontade de agir do médico ou a omissão decorrente da não observância de um dever de agir. Na responsabilidade civil, a ação eivada de dolo tem a mesma consequência da ação com culpa. O dolo se ancora na vontade de praticar um ato ilícito, enquanto a culpa se ancora na ausência de diligência.⁽²⁰⁾

Assim, a conduta do médico, para que gere responsabilização civil deve violar a vida, acarretando a morte do paciente, ou a integridade física e/ou psicológica bem como outros direitos da personalidade, tal como a honra. Nesta toada, o dano na esfera dos cuidados médicos se dá quando ocorre

um agravamento ou uma lesão em decorrência de sua atuação. Já o nexo de causalidade é a relação entre a conduta médica e o dano acarretado.

Por se tratar de uma situação que envolve vulnerabilidade e culminar com a incidência do Código de Defesa do consumidor, é possível que para facilitar a defesa dos direitos se inverta o ônus da prova, o que se demonstra razoável em face da peculiaridade da situação da parturiente em uma situação de hipervulnerabilidade, que se caracteriza como uma situação fática e objetiva na qual o consumidor tem sua vulnerabilidade ampliada, no caso em tese, por circunstâncias pessoais e conhecidas do prestador de serviços.⁽²¹⁾

Além disso, sabe-se também da complexidade até para o magistrado no momento da análise do caso concreto, pois quando se trata de uma especialidade técnica, tal qual é a medicina, é de difícil aferição se a conduta do médico foi a responsável pelo dano acarretado ao paciente. Neste íterim, como a responsabilização se dá com base na extensão do dano é de suma importância que haja a inversão do ônus da prova.

De tal modo, conforme exposto, é mais fácil ao médico ter o encargo de provar que utilizou todos os meios adequados, conforme o exercício regular da profissão e conforme a boa técnica, não agindo de forma a acarretar o dano. Logo, verifica-se que é imprescindível, no caso em tese, que haja a inversão do ônus da prova, desde que haja o cumprimento de dois requisitos: parturiente em situação de hipervulnerabilidade e alegação convincente da vítima. Desta forma, corrobora ainda a situação de hipervulnerabilidade da parturiente, tanto tecnicamente quanto economicamente, o fato de o Código

do Consumidor prever a responsabilidade objetiva ao hospital.

Para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva do médico é necessário ainda discutir o elemento culpa.

No que tange a caracterização da culpa, essa se dá mediante três modalidades que se baseiam na conduta que se pode esperar do homem médio. Nesta seara, caracteriza a doutrina que existem três modalidades culposas, onde a negligência é a mais comum no que tange aos erros médicos.

A negligência, a seu turno, diz respeito a uma conduta indolente e preguiçosa, que se afasta do *standard* médio, que implica em postura mais diligente, isto é, não desidia ou desleixada. A doutrina habitualmente conecta a conduta negligente a atos culposos omissivos. Já a imperícia passa pelo agente que se predispõe a atuar profissionalmente sem estar plenamente apto ou qualificado para função, seja por não dominar a melhor técnica na prática, seja por desconhecer ou não compreender a teoria.⁽²²⁾

Isso se revela mediante a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça que na maior parte dos casos, trata o erro médico nos casos de violência obstétrica como conduta negligente. É o que se verifica pelos REsp 1673051 / SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08/06/2018; REsp 1579954/MG Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 18/05/2018.

Contudo, em diversos casos que envolvem violência obstétrica, existe a vontade deliberada do médico em causar prejuízo, como por exemplo quando há xingamentos, ou quando o obstetra realiza a episiotomia apenas para fins educacionais, sem necessidade e sem o consentimento da parturiente. Na responsabilidade civil, a hipótese da prática deliberada de dano não é trabalhada.

Verifica-se então, que os casos de violência obstétrica têm sido tratados como erro médico,

¹⁹ BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm.

²⁰ BERLINI, Luciana Fernandes. *A Lei da Palmada: uma análise sobre a violência doméstica infantil*. Belo Horizonte: Arraes Editora. 2014, p. 115.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2012, p. 188.

²² SANTOS, Leonardo Vieira *Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a questão da culpa no Direito Brasileiro*. Jus Podivm, 2008, p. 72.

contudo, o erro médico pode ocorrer juntamente com uma prática culposa, ou seja, é possível que o erro se dê por negligência, imperícia e imprudência no qual se caracteriza violência obstétrica como também é possível que a conduta seja voluntária, dolosa, e podem também ocorrer concomitantemente, pois verifica-se que a violência obstétrica é mais uma forma de violência institucionalizada de gênero que ocorre em âmbito público.

O artigo 12 da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em que o Brasil é signatário assegura que os Estados-parte desenvolveram medidas para evitar qualquer forma de discriminação contra a mulher nos cuidados médicos. Contudo, verifica-se que a convenção não trata de forma explícita da violência médica contra a mulher.

Assim, sabe-se que os efeitos do dolo e da culpa na responsabilidade civil são os mesmos, porém, quando se trata de práticas deliberadas de violência, faz-se necessário tratar conforme o termo jurídico adequado e não como práticas negligentes, imperitas ou imprudentes quando não o são.

Essa necessidade de trazer uma nova roupagem a responsabilidade civil no que tange a não compreender a violência apenas como erro médico é fundamental para fortalecer a luta das mulheres, a igualdade de gênero em todos os ambientes e atrair a atenção da sociedade a fim de se buscar políticas públicas e medidas de saúde eficazes. Assim, o que para alguns pode parecer uma conceituação simbólica pode ser fundamental para assegurar direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, uma alteração na seara jurídica pode oferecer um subsídio maior, pois sabe-se que a responsabilidade civil é realizada pela extensão do dano e não pela extensão da conduta. Ou seja, uma prática imperita, imprudente ou negligente

produz o mesmo efeito que o dolo. Assim, compreender a violência obstétrica não como erro médico, mas como violência institucionalizada que viola diversos direitos e garantias pode sensibilizar o magistrado verificando um dano que muitas vezes é normalizado na sociedade, produzindo efeitos no quantum indenizatório.

Essa medida, além de reparar o dano, poderia ainda reforçar a função punitiva em que o médico tomando consciência da prática violenta, não o faria mais, sob pena de ser mais uma vez responsabilizado civilmente, bem como afetaria de modo fundamental a comunidade médica, que, por meio da função da prevenção da responsabilidade civil, prestaria um serviço de modo a não violar o princípio da beneficência, o dever de cuidado e estaria mais atento a prestar um serviço mais humano e menos degradante.

Em contrapartida, em recente acórdão no Superior Tribunal de Justiça- STJ, uma parturiente alegou fístula retovaginal em decorrência de episiotomia realizada no parto, no qual o Egrégio Tribunal concluiu nos embargos infringentes que não houve prova do nexo causal entre o dano e a conduta. Além disso, o juiz de primeira instância negou a inversão do ônus da prova e o STJ concluiu:

(...) não haver sequer indício de imperícia na realização da episiotomia pelo obstetra, bem como inexistente elemento comprobatório de que o procedimento adotado pelo cirurgião geral foi contrário ao que era indicado para a paciente. Dessa forma, para confrontar essas conclusões com a afirmação recursal de que é incontroversa a existência da lesão durante a realização do parto, ocorrendo a fístula retovaginal, bem como o agravamento da lesão por procedimento inadequado do cirurgião geral.⁽²³⁾

²³ Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72036268&num_registro=201602956971&data=20170525&tipo=91&formato=PDF.

Verifica-se, portanto, que, mesmo a episiotomia não sendo um procedimento eficaz na maior parte dos casos, conforme já exposto anteriormente, é considerado normal. O acórdão não discute ainda se tal procedimento foi realizado ou não com a autorização da parturiente, apenas que não foi comprovado se ele foi realizado de forma contrária ao indicado a paciente.

Desta forma, com a influência da boa-fé objetiva, presente de forma expressa no Código Civil Brasileiro, no qual deve ser preponderante nas relações privadas, onde se espera um comportamento probó, independente de análises subjetivistas.⁽²⁴⁾ Assim, de igual modo, por meio dos comportamentos standarts e deveres anexos — tais como o dever de informar, deve-se relativizar a culpa quando se verifica uma ausência de boa-fé na relação médico-paciente.

Verifica-se ainda que o elemento culpa, em suas modalidades, ao invés de se vincular de forma mais contundente a boa-fé objetiva, encontra-se respaldada no caráter moral e psicológico do instituto⁽²⁵⁾, o que, conforme já explicitado no presente trabalho, dificulta de forma tamanha a responsabilização dos médicos, tendo em vista a abstração e tecnicidade de suas práticas.

O direito civil hodierno, com base na solidariedade e com fulcro na dignidade da pessoa humana, deve se adequar a fim de que a responsabilização civil do médico não seja mais um obstáculo para a reparação dos danos existenciais da mulher vítima de violência obstétrica. Deve-se, portanto, analisar o comportamento médico conforme os princípios

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.16.

basilares e constitucionais de todo ordenamento jurídico, com base na repersonalização do direito civil e em suas cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva. Além do mais, para além da análise da culpa, deve-se analisar o cumprimento dos princípios bioéticos, no qual deve ancorar a relação médico-paciente.

O instituto da responsabilidade civil, trazendo novos contornos mediante a constitucionalização do direito civil vem trazendo por meio de sua principiologia uma perda de importância dos elementos tradicionais da reparação civil com base na dinâmica social. O presente trabalho buscou demonstrar esse novo paradigma aplicado à violência obstétrica, adotando como critério a análise dos comportamentos específicos que se esperam da conduta médica.

Assim, para se falar em responsabilização médica, esta deve ser baseada na responsabilidade subjetiva, mesmo com a tendência da erosão dos filtros tradicionais que acarretam na flexibilização da culpa e do nexo de causalidade, tendo em vista que estão sendo mitigados no ordenamento jurídico brasileiro. Neste interim, é fundamental considerar a situação de hipervulnerabilidade da paciente, só devendo ser admitidas as excludentes de responsabilidade médica em razão do exercício regular de um direito após a verificação do respeito à autonomia da mulher, colhida em adequado termo de consentimento livre esclarecido.

5. Do Abuso do Direito:

Conforme já exposto de forma exaustiva, a responsabilidade civil do médico é pautada pela análise do elemento subjetivo. Contudo, sabe-se que a parturiente, na maior parte das vezes, escolhe o médico obstetra por uma relação de confiança. O artigo 187 do Código Civil Brasileiro dispõe que comete ato ilícito o titular de um direito que o

prática com excesso, ultrapassando os limites estabelecidos pela boa-fé, pela função social ou pelos bons costumes.

Desta forma, a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, pois trata-se de um abuso comportamental, no qual um ato que inicialmente era lícito, passa a ser ilícito pelo excesso. Assim, é possível que o médico exceda, seja contrariando a boa-fé objetiva, seja contrariando os bons costumes e, embora *não contrariando a lei, acabe por cometer um ilícito civil.*

O que se observa é que o abuso do direito deve ser compreendido como ação ou omissão cujo comportamento ultrapasse o regular exercício de um direito, a fim de acarretar prejuízos a outrem, utilizando de forma abusiva o direito legítimo.⁽²⁶⁾ *Não obstante, um dos princípios do direito médico é a beneficência, que obriga o médico a não prejudicar o paciente. Desta forma, o assédio moral e sexual, a humilhação no momento do parto, o comprometimento da confiança, do dever de informar, a quebra do sigilo, podem caracterizar o abuso do direito médico.*

Por esta razão, o exercício regular da medicina que não demonstre utilidade, pode ser compreendido como um abuso do direito, que se pauta no descumprimento do dever jurídico imposto ao médico com base na confiança concedida pela parturiente.

6. Considerações Finais:

A responsabilidade civil do médico em casos de violência obstétrica é um desafio a ser enfrentado

pelo Direito. Isto porque, embora o momento do parto seja compreendido como um momento delicado e que por circunstâncias naturais seja um procedimento de risco e dor, é preciso entender que esta pré-compreensão não autoriza o desrespeito à autonomia da mulher, a violação ao seu consentimento, o agravamento da dor, a adoção de procedimentos desnecessários ou a não incidência da responsabilidade civil quando ocorrem danos em razão do cometimento do ato ilícito.

Por esta razão, é preciso verificar no caso concreto se a conduta médica ultrapassou os limites do exercício regular de um direito, causando dano à parturiente, seja na modalidade de ato ilícito geral, seja na modalidade de ato ilícito por abuso de direito, para que se possa falar em responsabilização civil do médico.

Assim, conclui-se que é possível a responsabilização civil médica, pelos danos causados à vítima parturiente, estabelecendo-se os limites da responsabilidade civil quando há violência obstétrica, comprovando-se a ocorrência de danos, não abrangidos pelo exercício normal da prestação do serviço de saúde o médico deverá ser responsabilizado, de modo a reparar e/ou compensar os danos sofridos pela parturiente.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol. 3. 4ª. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 462.

DIÁLOGO(S) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BIOMÉDICO

André Gonçalo Dias Pereira⁽¹⁾ Eduardo António da Silva Figueiredo⁽²⁾

Palavras-Chave: *Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Concordância Prática; Interrupção Voluntária da Gravidez; Judicialização da Saúde; Geração de Substituição; Experimentação em Seres Humanos.*

Sumário: *No presente artigo, os autores procuram ter algumas considerações acerca do modo como, no âmbito do Direito Biomédico, a importante tarefa de busca pela “concordância prática” entre valores e direitos fundamentais em colisão tem sido levada a cabo pelos vários operadores jurídicos. Nesse sentido, analisaremos alguns “hard cases” — a interrupção voluntária da gravidez, a experimentação em pessoas humanas, a geração de substituição ou o fenómeno (ocorrido na esfera jurídica brasileira) da “judicialização da saúde” — e refletiremos, de forma crítica, sobre como essa harmonização jusfundamental foi, tem sido ou deverá futuramente ser concretizada.*

1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: algumas considerações preliminares

Não existe, no ordenamento jurídico português (e tampouco no brasileiro) uma noção legal de Direitos Fundamentais, nem de Direitos Humanos. Por essa razão, coube à doutrina levar a cabo esforços para delimitar estas duas categorias dogmáticas

que, embora coincidentes em muitos aspetos — o que justifica que, não raras vezes, vários autores mobilizem ambas as expressões de forma indistinta —, apresentam alguns traços diferenciadores que lhes conferem autonomia científica.

Assim, quando aludimos a Direitos Humanos estamos a referir-nos ao conjunto de direitos de que o ser humano é titular pelo simples facto de o ser e que se impõem (no essencial) a todas as autoridades públicas⁽³⁾, que estão encarregues, por um lado, de os respeitar e, por outro lado, de os efetivar através da tomada de medidas adequadas para assegurar o seu gozo por todos e cada um dos indivíduos. Assim sendo, esta categoria dogmática — que floresceu nos sécs. XVII e XVIII, com a passagem de uma “sociedade holística” para uma “sociedade atomística” ou individualista⁽⁴⁾ — surge com a principal finalidade de proteger o ser humano contra toda e qualquer “[usurpação] do arbítrio estatal”, permitindo-lhe viver uma “vida digna desse nome”⁽⁵⁾.

¹ Presidente do Centro de Direito Biomédico Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Membro do CNECV . andreper@fd.uc.pt

² Investigador do Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra efigueiredo.1995@hotmail.com

³ Cfr. MARTINS, Ana Maria, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, 2016, pp. 83-84.

⁴ Vide, para maiores desenvolvimentos, MARQUES, Mário Reis, “A hipertrofia do presente no direito da era da globalização”, in *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, n.º 12, 2009, p. 123.

⁵ Cfr. HAARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Instituto Piaget, 1997, p. 13.

Deste modo, é possível associar a estes direitos várias características como a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a interdependência e a universalidade e assumir como seu fundamento último a dignidade da pessoa humana, hoje entendida como verdadeiro étimo axiológico-valorativo dos ordenamentos jurídicos pós-modernos⁽⁶⁾.

Pela importância que lhe é reconhecida, a sua consagração tende a levar-se a cabo no plano internacional e supranacional — por exemplo, por via de Declarações, Convenções ou Pactos —, sendo efetivados e protegidos através de verdadeiros sistemas transfronteiriços, quer de âmbito universal⁽⁷⁾, quer regional⁽⁸⁾.

Por fim, a doutrina tem procurado, com base na sua origem histórica e natureza, agrupar os vários direitos em “gerações”. Olhemos, de forma breve, para cada uma delas.

A primeira geração de direitos inclui os direitos civis e políticos⁽⁹⁾, hoje presentes em todas as Constituições dos Estados democráticos. São os chamados “direitos de liberdade”, tendo por titular o indivíduo e traduzindo-se em faculdades ou atributos da pessoa oponíveis ao Estado, exigindo a sua

⁶ Vide MONIZ, Ana Raquel, *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância*, Coimbra Jurídica - Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 68 e ss.

⁷ Destaca-se, neste sentido, o chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, assente, no plano global, na triade constituída pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966).

⁸ Estes foram, progressivamente, construídos através da notável obra de várias entidades, como o Conselho da Europa, a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos, a União Africana, a Liga Árabe e a Associação de Nações do Sudeste Asiático. Para maiores desenvolvimentos, recomendamos a leitura de BOU FRANCH, Valentín/CASTILLO DAUDÍ, Mireya, *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Valencia: Tirant Monografias, 930, 2014.

⁹ É o caso do direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, à propriedade, à igualdade perante a lei, entre outros.

não intervenção ou abstenção⁽¹⁰⁾.

Por sua vez, a segunda geração reclama do Estado um conjunto de ações positivas. São os chamados “direitos da igualdade”, abraçando um conjunto de direitos económicos, sociais e culturais. Estes buscam diminuir as desigualdades sociais e promover a proteção dos sujeitos mais fracos e debilitados.

Já os direitos de terceira geração, nas palavras certas de BONAVIDES, tendem “a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”⁽¹¹⁾. São, pois, direitos de solidariedade e fraternidade, protegendo bens trans-individuais (*rectius*, coletivos) e movendo-se num contexto global, ao procurarem solucionar problemas que nenhum Estado pode, só de *per se*, resolver. São exemplos o direito ao ambiente, à paz, ao desenvolvimento e ao respeito pelo património comum da humanidade⁽¹²⁾.

Por fim, alguns autores têm começado a referir-se a uma “quarta geração” de Direitos Humanos. Por exemplo, BONAVIDES pontua que “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão da máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano

¹⁰ A natureza individualista dos direitos de primeira geração valeu-lhe fortes críticas, nomeadamente por KARL MARX ao escrever, na sua obra “A Questão Judaica” (1843), que estes se apresentam como “direitos de um homem egoísta e uma autêntica separação da sociedade”.

¹¹ Cfr. BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 18.ª edição, S. Paulo: Malheiros, 2006, pp. 563-564.

¹² Vide MORAES, Alexandre de, *Curso de Direito Constitucional*, 19.ª edição, S. Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

de todas as relações de convivência”⁽¹³⁾. Ainda de acordo com esta corrente doutrinal, a estes direitos poderão somar-se outros “novíssimos direitos” em construção, com o intuito de minimizar os turbulentos impactos derivados da ascensão da nova sociedade científico-tecnológica, inundada por peculiares desafios impostos pela chamada “Quarta Revolução Industrial”⁽¹⁴⁾.

Por sua vez, os Direitos Fundamentais são, na síntese de JORGE MIRANDA, “direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”⁽¹⁵⁾. Estes podem ser encarados a partir de várias perspetivas distintas, seja vislumbrando-os como verdadeiros *iura connata* — perspetiva filosófica ou jusnaturalista —, como direitos reconhecidos, num determinado lapso espaço-temporal, por um ou vários Estados — perspetiva estadual ou constitucional —, ou como direitos essenciais das pessoas em todos os lugares ou regiões do mundo — perspetiva universalista ou internacionalista⁽¹⁶⁾.

Estes surgiram com o nascimento do constitucionalismo moderno, no pós-revoluções liberais oitocentistas, passando as Leis Fundamentais, numa primeira fase, a consagrar um conjunto de direitos civis e políticos que, visando proteger o indivíduo face ao arbítrio estatal, impõem um con-

¹³ Cfr. BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, obra cit., p. 571.

¹⁴ Sobre este conceito, vide, em geral, SCHWAB, Klaus, *A Quarta Revolução Industrial*, LEVOIR, 2017.

¹⁵ Cfr. MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Almedina, 2017, p. 11.

¹⁶ Quando analisados sob esta última perspetiva, não se pode negar que existe uma tendencial equivalência entre ambas as categorias dogmáticas que, *hic et nunc*, analisamos. Cfr. ANDRADE, José C. Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, 2016, pp. 15-36; e ainda o nosso estudo, PEREIRA, André Dias / FIGUEIREDO, Eduardo, “O Direito Civil, a Constituição e os Direitos Humanos”, in *Revista Fórum de Direito Civil* — RFDC, n.º 17 (Janeiro/abril), Belo Horizonte, 2018, pp. 143-160.

junto de condutas de abstenção ao poder público em ordem a efetivá-los; mais tarde, são os direitos económicos, sociais e culturais que conquistam o seu lugar nos textos constitucionais⁽¹⁷⁾. A sua proteção e garantia opera-se, neste quadro, através dos diversos sistemas nacionais de Justiça Constitucional — que, entre nós, assume uma natureza mista, *pari passu* concentrada e difusa⁽¹⁸⁾.

Note-se, igualmente, que a nossa *Lex Superior* assumiu uma atitude de grande abertura face ao Direito Internacional, mormente o relativo ao reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos. Por um lado, essas normas são recebidas na nossa ordem jurídica como parte do direito internamente aplicável, uma vez verificadas certas condições constitucionalmente previstas (vide o art. 8.º), e, por outro lado, esta deixa claro que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” e que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos” (vide o art. 16.º)⁽¹⁹⁾.

Ora, tendo em conta as múltiplas semelhanças entre ambos os conceitos, é compreensível a posição de quem entenda que a sua distinção é meramente terminológica. No entanto, por nos-

¹⁷ Não obstante se reconheça, em alguns casos, eficácia horizontal (“*Drittwirkung*”) a certos direitos fundamentais. Para uma breve síntese da questão, vide LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, pp. 286-287; e ainda, para uma abordagem da questão à luz do direito comparado, v. SILVA, Suzana Tavares, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 35 e ss.

¹⁸ Cfr. CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, Almedina, 2016, p. 113 e ss.

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, vide PEREIRA, André Dias / FIGUEIREDO, Eduardo, “O Direito Civil, a Constituição e os Direitos Humanos”, artigo cit., pp. 146-148.

sa parte, continuamos a defender que as duas categorias dogmáticas devem ser autonomizáveis, quer no plano científico, quer no plano prático, na medida em que apresentam notas (de índole histórica, formal e mesmo material) que lhes conferem identidade própria. Apesar disso, somos forçados a admitir que o “recente” fenômeno da internormatividade⁽²⁰⁾ possa conduzir à diluição dessas idiosincrasias, aproximando, no futuro, estas categorias entre si⁽²¹⁾.

2. Dialética(s) de Direitos Fundamentais

A Constituição da República Portuguesa (CRP) divide os Direitos Fundamentais em “Direitos, Liberdades e Garantias” (que, *mutatis mutandis*, abrangem os direitos civis e políticos) e “Direitos Económicos, Sociais e Culturais”. Ambas as categorias se encontram numa profunda e constante dialética, que apresenta como pano de fundo aquilo a que a doutrina chama de “unidade de sentido” dos direitos fundamentais⁽²²⁾.

Em primeiro lugar, cumpre deixar claro que nenhuma destas categorias de direitos deve ser encarada de forma segmentada e totalmente autónoma. A verdade é que existe uma “necessária e natural osmose e interligação” entre elas⁽²³⁾. Assim, por

²⁰ Sobre este fenómeno, vide CANOTILHO, J. J. Gomes, “Brançosos” e *Interconstitucionalidade — Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.ª Edição, Almedina, 2012, p. 261 e ss.

²¹ Cfr. PEREIRA, André Dias/ FIGUEIREDO, Eduardo, “O Direito Civil, a Constituição e os Direitos Humanos”, cit., p. 145.

²² Essa “unidade de sentido” no âmbito do conjunto de direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição decorre, desde logo, do seu fundamento comum (a dignidade da pessoa humana), embora não se esgote nele. Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, ela significa “a possibilidade de uma construção normativa coerente, capaz de integrar num quadro geral a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais respetivos”. Cfr. ANDRADE, José C. Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, obra cit., p. 100.

²³ O mesmo acontece entre as várias gerações de Direitos Hu-

exemplo, os direitos de natureza económica, social e cultural não negam, e tampouco excluem, os direitos civis e políticos⁽²⁴⁾; antes, a estes se somam (e vice-versa). Tal significa que não é possível, *a priori*, estabelecer qualquer hierarquia entre categorias de direitos e/ou entre os direitos de uma mesma categoria, atribuindo a uns uma importância acrescida face aos demais. Aliás, o próprio Tribunal Constitucional português, no seu Ac. n.º 107/88, de 31 de Maio, apontou nesse sentido ao deixar bem claro que “todos os bens gozam de igual proteção, devendo as normas ser interpretadas de forma a que todos eles recebam um grau idêntico de proteção jurídica, sem compressões ou reduções que possam afetar o seu conteúdo essencial em caso de conflito prático”⁽²⁵⁾.

Esta reflexão assume particular importância agora que nos reportaremos, ainda que de forma breve, à muito discutida questão da colisão de direitos fundamentais. De acordo com VIEIRA DE ANDRADE, esta existirá “sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética). [Assim,] a esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersetar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional”⁽²⁶⁾. Coloca-se, portanto, a questão de saber como solucionar este conflito jusfundamental, procurando a melhor so-

manos. Essa classificação dos mesmos é levada a cabo, exclusivamente, com base na sua evolução histórica e na sua natureza, não tendo subjacente qualquer hierarquia ou premissa axiológico-valorativa que determine a prevalência imediata de uns face aos demais. Cfr. MARQUES, Mário Reis, *Introdução ao Direito — I*, 2.ª Edição, Almedina, 2012, p. 223.

²⁴ Sem prejuízo das conhecidas e múltiplas divergências histórico-filosóficas identificáveis entre ambas as categorias.

²⁵ Cfr. QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais — Teoria Geral*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 323.

²⁶ Cfr. ANDRADE, José C. Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, obra cit., p. 299.

lução para o caso concreto sem que tal implique que algum desses direitos conflituantes seja totalmente anulado a favor do outro.

Há quem, neste âmbito, defenda que se aplique a norma constante do art. 335.º do Código Civil, relativa à “colisão de direitos” e que dispõe que “havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes” (n.º 1) e que “se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior” (n.º 2).

Ora, a solução prevista no n.º 2 do artigo — que reclama uma resolução dos conflitos de direitos de forma sistemática, com recurso a uma *preferência abstrata*⁽²⁷⁾ — não deve ser, na nossa opinião, transposta para o domínio jus-constitucional, desde logo porque parte do pressuposto erróneo de que existe uma hierarquia pré-estabelecida entre valores jus-fundamentais. Ora, essa não é, como deixámos claro *supra*, a nossa opinião. Assim sendo, não se deve, no seio de uma ordem constitucional, hierarquizar, em abstrato e *a priori*, os bens constitucionalmente protegidos, admitindo o sacrifício automático de alguns a favor de outros. E não se leia nas nossas palavras a adesão à posição extremada e ingénua de que todos os direitos apresentam, irremediavelmente, o mesmo exato valor. É óbvio que “nem todos os direitos podem valer exatamente o mesmo”, desde logo “porque eles se referem com intensidades diversas ao fundamento comum da dignidade da pessoa humana”⁽²⁸⁾. Assim sendo, o que aqui criticamos é o recurso à opção metodológica de tentar resolver colisões de direitos através de uma hierarquização estanque, não casuística e previamente estabelecida

²⁷ Cfr. *Idem*, p. 300.

²⁸ Cfr. *Idem*, p. 300.

dos mesmos — que, aliás, digamo-lo de novo, não reputamos compatível com uma ordem jurídico-constitucional como a nossa.

Resta, portanto, que se respeite o sentido unitário da Constituição, procurando harmonizar, da melhor forma possível, os preceitos constitucionais divergentes, e sempre à luz do caso concreto que invoca a sua mobilização.

Nesse sentido, GOMES CANOTILHO, na esteira de KONRAD HESSE, apela à chamada “harmonização ou otimização dos direitos fundamentais”: de acordo com o princípio da concordância prática (“*Praktische Konkordanz*”), impõe-se uma “combinação e coordenação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”⁽²⁹⁾. Esta coordenação mútua tem como objetivo último a otimização (ou “alcance da efetividade”) de ambos os direitos conflituantes⁽³⁰⁾.

Mas como é que, na prática, se logra esta concordância prática? Há que recorrer a um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito. Assim sendo, em primeiro lugar, o sacrifício de cada um dos direitos em colisão tem de ser adequado para salvaguardar os demais. Além disso, por força do critério da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, a preferência concreta (*id est*, à luz do caso) deve fazer-se de modo a que se comprimam o menos possível os valores em causa, “segundo a intensidade e a extensão com que a sua compreensão no caso afeta a proteção que a cada um deles é constitucionalmente concedi-

²⁹ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, 2003, p. 1225.

³⁰ Basta relembrarmos as palavras de KONRAD HESSE, ao afirmar que “ambos os bens devem ser limitados para que possam gozar todos eles de uma virtualidade ótima”. A citação do autor foi encontrada na obra de QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais — Teoria Geral*, obra cit., p. 335.

da”³¹). Só assim se consegue salvaguardar o núcleo essencial de cada um dos direitos em colisão.

Embora este entendimento não seja consensual no seio da doutrina constitucional portuguesa, é a partir dele que acreditamos que os casos de conflitos ou colisão de direitos devem ser solucionados no âmbito da resolução dos chamados “*hard cases*”. Vejamos, pois, ainda que de forma breve, alguns dos casos que floresceram no âmbito do Direito Biomédico e que, pela sua complexidade e delicadeza, implicaram (e continuam a implicar) que se leve a cabo essa concordância prática de valores jus-constitucionais em incessante tensão.

3. Direito Biomédico: Breves considerações sobre alguns “*hard cases*” ...

1.1. ... envolvendo (essencialmente) “Direitos, Liberdades e Garantias”.

1.1.1. A Proteção de Fetos e Embriões e a Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG)

Algumas das questões que, no âmbito do Direito Biomédico, apresentam como apanágio um caráter polémico e altamente delicado — e que, por isso, constituem autênticos *hard cases* — são aquelas que dizem respeito aos trilhos sempre incertos da vida e da morte.

Assim, por um lado, muito se tem discutido sobre as questões relacionadas com o início da vida e o estatuto do feto e do embrião, por exemplo acerca da possibilidade de se recorrer aos mesmos para fins de investigação científica ou sobre a admissibilidade ético-jurídica da Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG, também vulgarmente designada

por “aborto”). Por outro lado, colocam-se pertinentes questões concernentes ao fim da vida, ao discutirem-se temáticas como a eutanásia e o suicídio assistido, hodiernamente colocadas na vanguarda do debate ético e jurídico nacional. Vamos, *hic et nunc*, focar-nos na questão da IVG.

A interrupção voluntária da gravidez (ou, como lhe prefere chamar VAZ RODRIGUES, a “cessação voluntária da gravidez”³²) dá aso a intensos debates éticos, estimulados, por um lado, pela pulsão de vida de *Eros* — que reclama um respeito pela vida humana e a proteção do embrião — e, por outro, a pulsão de morte de *Tanatos* — defensora dos interesses das mulheres e dos casais no exercício da sua sexualidade, mais especificamente no que diz respeito à autodeterminação da mulher sobre o seu próprio corpo. Todos estes valores representam partes constituintes, igualmente legítimas, da *tela axiológico-valorativa* sobre a qual o nosso ordenamento jurídico — próprio de um Estado de Direito Democrático — vai sendo desenhado.

Por essa razão, coloca-se, desde já, a questão de saber se deve o Estado legislar sobre esta matéria e, em caso afirmativo, se essa atividade legiferante deve ser levada a cabo no âmbito do Direito Penal, Civil ou da Saúde: (1) no domínio penal, a principal questão que se tem colocado é a de saber se deve criminalizar-se, e em que termos, a conduta da interrupção voluntária da gravidez, atentando, nomeadamente, à natureza específica de *ultima ratio* deste ramo do Direito; (2) por sua vez, no domínio juscivilístico, colocam-se, no essencial, questões relativas ao consentimento, mormente ao serem tomados em consideração os potenciais interesses do progenitor masculino. Assim, será que

deve bastar o consentimento da mulher para que o aborto seja realizado, ou, no caso específico de o progenitor masculino se opuser a tal, deve esta ser obrigada a seguir até ao fim com a gravidez³³?; (3) por fim, no âmbito do Direito da Saúde, o problema tende a colocar-se como uma questão de saúde pública, exigindo cuidada regulação das condições de exercício desta prática, tendo em conta os riscos que lhe estão intrinsecamente associados.

Olhando, agora, e ainda que de relance, para o direito comparado, podemos concluir que, não obstante a legislação seja muito diversa, o aborto a pedido da mulher, nos vários países europeus, tende a ser permitido até, pelo menos, às 12 semanas de gravidez³⁴/³⁵, vigorando um modelo de prazos. Em Portugal, no entanto, a lei só admite o aborto, por opção da mulher, quando realizada até às 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado³⁶, rompendo, assim,

com aquela que é a tendência europeia ao prever um prazo relativamente mais curto.

Vejamos, por fim, o avanço histórico da IVG em Portugal, quer no plano legislativo, quer prático, verificando como é que se alcançou a já mencionada concordância prática entre a proteção da vida intrauterina, por um lado, e os direitos reprodutivos negativos e de disposição da mulher sobre o seu próprio corpo, por outro (tomando em consideração a conhecida discussão em torno do estatuto jurídico do embrião³⁷).

Áustria, Bélgica, Bulgária (12 semanas), Itália (90 dias), Espanha (14 semanas), Suécia (18 semanas), Reino Unido e Holanda (24 semanas). Cfr. RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Virgílio, “Los supuestos de interrupción del embarazo actualmente en España”, in *Lex Medicinæ*, n.º 16, 2011, p. 39.

³⁷ Colocando de parte as discussões de natureza biológica, filosófica e cognitivista (Cfr. MOURA, Maria da Conceição Ferreira, “O estatuto do embrião humano: perspectiva das ciências cognitivas”, in *Revista Portuguesa da Bioética*, n.º 14, 2011, pp. 145-160), tentaremos sumarizar a resposta que tem sido dada pelo nosso ordenamento jurídico à questão de saber qual o estatuto do embrião.

De acordo com o Código Civil português, a personalidade jurídica (*id est*, a “aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas — Cfr. PINTO, Carlos Mota (por MONTEIRO, A. Pinto e PINTO, Paulo M.), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 200 — e, por conseguinte, para se ser titular de direitos e obrigações) adquire-se, nos termos do art. 66.º/1, “no momento do nascimento completo e com vida”. Assim sendo, só a partir do momento do nascimento é que os sujeitos se tornam, efetivamente, titulares de direitos e de obrigações, excluindo-se a personalidade jurídica de fetos e embriões. Tal não implica, porém, que o ordenamento jurídico não dispense proteção jurídica considerável aos mesmos.

Por sua vez, no domínio penal, o legislador fez questão de deixar clara a distinção entre os bens jurídicos “vida humana” e “vida humana intrauterina”, autonomizando-os e conferindo-lhes proteção de forma separada, em atenção às suas idiossincrasias — Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo (ed.), *Comentário Conimbricense do Código Penal — Tomo I — Parte Especial*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 148 e ss.

Acresce uma rica e determinante jurisprudência do Tribunal Constitucional português sobre o tema (Ac. TC n.º 25/84, de 23 de abril; Ac. TC n.º 85/85, de 29 de maio; Ac. TC n.º 288/98, de 17 de abril; Ac. TC n.º 617/2006, de 15 de novembro; Ac. TC n.º 101/2009, de 3 de março), que sintetizaremos no seguinte excerto do segundo acórdão supramencionado: “entende-se que a vida intrauterina compartilha da proteção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, enquanto valor constitucional objetivo), mas não pode gozar da proteção constitucional do direito à vida propriamente dito, que só cabe às pessoas, podendo, portanto, aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos. (...) Qualquer que seja a sua na-

³³ A maioria da doutrina tende a considerar que os interesses do progenitor masculino não devem prevalecer sobre a vontade da mulher em realizar o aborto.

³⁴ As exceções são Malta — sendo o aborto proibido em qualquer circunstância — e a Polónia — país no qual este apenas é permitido em caso de violação, incesto, risco de morte ou para a saúde física da mulher ou risco de malformação do feto. Na Irlanda, o aborto encontrava-se proibido constitucionalmente até à realização de um referendo, a 26 de Maio de 2018, que determinou a revogação dessa proibição, ficando o governo irlandês incumbido de criar legislação, até ao final do ano, que possibilite o aborto até às 12 semanas de gravidez, em qualquer circunstância.

³⁵ Embora localizado fora da arena europeia, impõe-se uma brevíssima referência à situação do Brasil. No ordenamento jurídico brasileiro, o aborto é considerado como um crime contra a vida humana pelo Código Penal Brasileiro (vide arts. 124.º a 128.º), exceto nos casos de risco de morte para a mulher causado pela gravidez, em caso de violação ou se o feto for anencefálico (neste último caso, desde a decisão tomada pelo STF a 12 de abril de 2012, na qual se considerou que “cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez (de anencefalos)” — Vide ADPF n.º 54). Nestes casos, o aborto está ao cargo do SUS (Sistema Único de Saúde), devendo ser realizado por médico capacitado.

³⁶ Note-se que este prazo tende a ser superior nos demais países europeus: na Suíça, Noruega, Dinamarca, Grécia, França, Alemanha,

³² Vide RODRIGUES, João Vaz, *A Recusa do Paciente perante Intervenções Médicas*, Tese de Doutoramento apresentada à Universidade de Évora, 2015, p. 98.

³¹ Cfr. ANDRADE, José C. Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, obra cit., p. 303.

O Código Penal de 1886 incriminava o aborto, prevendo, no entanto, como circunstância atenuante aqueles casos em que este “estava destinado a esconder a desonra da mulher”⁽³⁸⁾. E a verdade é

tureza, seja qual for o momento em que a vida principia, a verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser diretamente titular de direitos fundamentais enquanto tal”.

Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) afirma que a CEDH não define, de forma explícita, qual o momento a partir do qual a vida humana deve gozar de proteção. Nesse contexto, os juízes de Estrasburgo têm entendido que “ainda que se reconheça ao não nascido um direito à vida, esse direito não deve ser tomado como absoluto”, porque pode colidir com outros direitos fundamentais, como os da progenitora — Cfr. PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente — Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 294-295. Veja-se, neste contexto, o caso *Vo vs. França* (App. n.º 53924/00), no qual o TEDH não se atreve a afirmar que o bem jurídico “vida intrauterina” exige uma proteção penal em casos de aborto por negligência médica; antes, este entende que esses casos devem ser resolvidos com recurso aos direitos próprios da mãe (integridade física e reserva da vida privada, essencialmente), entendendo-se, ademais, que os Estados não têm, para tal, a obrigação de criar legislação penal nesse sentido, bastando o funcionamento do mecanismo jurídico da responsabilidade civil. Daqui se pode inferir, *inter alia*, que a “vida intrauterina”, não obstante seja encarada como um valor jurídico relevante, goza, porém, de uma menor proteção que a “vida humana”. Esse facto explica o porquê de o mesmo Tribunal nunca ter lançado mão do art. 2.º da CEDH (Direito à vida) para proteger fetos ou embriões, assumindo, deste modo, uma posição congruente com o alastramento pela arena pan-europeia da despenalização da IVG durante as primeiras semanas de gravidez — matéria relativa à qual, aliás, este nunca se pronunciou expressamente. Existem, porém, algumas decisões do Tribunal de Estrasburgo que tendem a arrimar para a justificação da IVG, como se encontra patente no caso *R.R. n. Poland* (App. n.º 27617/04), no qual a Polónia foi condenada por violação do art. 3.º da Convenção (Proibição da tortura, de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes) num caso que envolveu uma recusa, de facto, de levar a cabo um aborto por malformação do feto, dentro dos prazos previstos pela lei interna.

Em conclusão, os fetos e embriões, constituindo “vida humana”, são merecedores de proteção pelo Direito (sem prejuízo do facto de que “a proteção da vida intrauterina não [tenha] que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto, até ao nascimento” — Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vítor, *Constituição da República Portuguesa Anotada — Vol. I*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 449), afirmando-se como verdadeiros bens jurídicos a salvaguardar. Não obstante, porque ainda não têm personalidade jurídica — que só irão adquirir no momento do nascimento —, não se pode afirmar que os mesmos são titulares de direitos e obrigações.

³⁸ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Almedina, 2014, p. 620.

que o novo Código Penal de 1982 manteve este regime, muito embora se realizassem, nos hospitais, inúmeros abortos com a finalidade de salvar a vida da mãe.

Foi a Lei n.º 6/1984, de 11 de Maio, que veio modificar esses artigos do Código Penal, instaurando um modelo misto, que concilia um modelo de indicações e um modelo de prazos⁽³⁹⁾. Assim, o aborto passou a ser permitido: (1) a todo o tempo, em casos de perigo de vida para a mulher; (2) em caso de perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, até às 12 semanas; (3) em caso de malformação ou doença grave congénita, até às 24 semanas; (4) em caso de violação, até às 16 semanas.

Em 2007, 59,25% dos portugueses que votaram no referendo de 11 de fevereiro⁽⁴⁰⁾ entenderam que era admissível a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas dez primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado e independente das causas para tal. Assim, a Lei n.º 16/2007, de 27 de abril, veio acrescentar ao art. 142.º/1 do nosso Código Penal uma nova alínea, que dispõe que: “não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando for realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas de gravidez”⁽⁴¹⁾.

³⁹ Cfr. VILELA, Alexandra, “A interrupção da gravidez ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do art. 142.º do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 16/2007”, in *Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* (coord. por João LOUREIRO, André Dias PEREIRA e Carla BARBOSA), Vol. 5, Almedina, 2016, p. 96.

⁴⁰ A afluência às urnas foi de 43,57% dos portugueses chamados a pronunciar-se no referendo, o que tornou o seu resultado não vinculativo.

⁴¹ O Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 617/2006, de 15 de novembro, pronunciou-se pela constitucionalidade da solução, tendo,

Ora, no entanto, não se creia que esta solução descambou numa absurda diminuição da tutela concedida ao feto e ao embrião, anulando-se, inevitavelmente, o bem jurídico “vida intrauterina” a favor dos demais bens e direitos em jogo. Na verdade, existem um conjunto de garantias procedimentais e institucionais de proteção da mulher grávida e, indiretamente, do feto e do embrião que, de algum modo, equilibram as forças dos bens em colisão. Por um lado, (1) o aborto tem de ser realizado no sistema nacional de saúde ou nos estabelecimentos de saúde privados autorizados; por outro, (2) exige-se um período mínimo de reflexão de, pelo menos, três dias; ademais, (3) exige-se certificação médica, em documento escrito e assinado antes da interrupção por um médico diferente daquele que a irá realizar, de que a gravidez não excede as 10 semanas; além disso, (4) tem de ser garantido à mulher acompanhamento psicológico e por técnico de serviço social ao longo do período de reflexão, quer nos estabelecimentos públicos, quer em clínicas privadas; (5) do mesmo modo, a mulher tem de ser informada das condições de efetuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a sua saúde e das condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade; (6) por fim, é obrigatório o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar⁽⁴²⁾.

São, ainda, identificáveis, inúmeras soluções legais de harmonização e compromisso jusfundamental. Veja-se, por exemplo, o art. 12.º/4 da Por-

taria n.º 741-A/2007, que dispõe que “os estabelecimento de saúde oficiais em que a existência de objetores de consciência impossibilite a realização da interrupção da gravidez nos termos e prazos legais devem garantir a sua realização, adotando, sob coordenação da administração regional de saúde territorialmente competente, as adequadas formas de colaboração com outros estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos e assumidos os encargos daí resultantes”; ou ainda, o art. 8.º do mesmo diploma, ao estabelecer que, para efeitos de estudo, epidemiologia e saúde pública, “todas as interrupções de gravidez, cirúrgicas ou medicamentosas (...) são de declaração obrigatória à Direção-Geral de Saúde” (n.º 1), sendo esses dados anónimos, confidenciais e com a exclusiva finalidade de contribuir para as estatísticas de saúde pública (n.º 3).

Ora, já em tom de conclusão, a progressiva evolução legislativa na matéria — que procurou, ao longo do tempo, uma concordância prática entre os bens jurídicos conflituantes — já conta com algumas conquistas dignas de aplauso, como é o caso da não existência de notícia de mortes de mulheres em razão da realização de abortos clandestinos e a crescente disponibilidade de dados estatísticos e epidemiológicos sobre esta realidade, permitindo a elaboração de planos de ação e de prevenção mais direcionados e a adoção de políticas de saúde pública mais fundamentadas.

Tal não impede, porém, os mais céticos de contestarem uma (alegada) degradação do valor que se atribui ao feto e ao embrião, derivada da desvalorização ética e moral da prática do aborto que, em última instância, pode vir a servir como método de controlo da natalidade, redundando numa inadmis-

posteriormente, voltado a firmar a sua posição no Ac. n.º 75/2010, de 23 de fevereiro, onde conclui pela constitucionalidade da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. Vide VILELA, Alexandra, “A interrupção da gravidez ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do art. 142.º do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 16/2007”, artigo cit., p. 100.

⁴² Estes requisitos podem ser encontrados na Lei 16/2007, de 17 de abril e também na Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de junho.

sível e instrumentalizante “uterização da mulher”⁽⁴³⁾.

Por nossa parte, limitamo-nos a deixar indicação que, em 2017, a Direção-Geral de Saúde revelou “que a quantidade de intervenções diminuiu pelo quinto ano consecutivo, totalizando 15.959 [abortos], o número *mais baixo* desde que a prática foi descriminalizada em 2007 (*itálico nosso*)”⁽⁴⁴⁾. Tal circunstância representa, para nós, o sucesso de um quadro legal que buscou, no plano jurídico, a harmonização dos bens, direitos e liberdades em colisão. E note-se, em nada este regime impede que o sopro de vida que brota do embrião continue a clamar por proteção e respeito, impondo-se uma visão holística do mesmo, que mobilize a sociedade civil, as associações humanistas, de educação e da segurança social e que garanta o respeito pelo pensamento religioso sobre a querela. Afinal de contas, há mais vida para lá do Direito.

1.1.2. A Experimentação em Pessoas Humanas

Outro dos tópicos que diretamente se relaciona com valores fundamentais como a dignidade humana, a vida, a integridade física e a autonomia pessoal é o da experimentação em pessoas humanas⁽⁴⁵⁾.

Assim, se, por um lado, há que tomar em consideração essas premissas onto-axiológicas fundamentais do indivíduo, por outro lado, surgem a li-

berdade de investigação científica⁽⁴⁶⁾ — necessária para a evolução da ciência e da medicina — e a promoção da saúde das gerações futuras, enquanto valores que o nosso ordenamento jurídico também tutela, a demandar a possibilidade de se realizarem ensaios clínicos em pessoas humanas.

Apesar de que a legislação internacional e supranacional seja bastante variada nesta matéria⁽⁴⁷⁾, vamos focar-nos na análise de como é que o legislador parlamentar português procurou, não sem dificuldades, harmonizar os valores juridicamente relevantes que, no seu seio, tendem a entrar em colisão. O diploma normativo que analisaremos, ainda que de forma breve, é a conhecida Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, reguladora da “investigação científica, considerada como todo o estudo sistemático destinado a descobrir ou verificar a distribuição ou o efeito de fatores de saúde, de estados ou resultados em saúde, de processos de saúde ou de doença, do desempenho e, ou, segurança de intervenções ou da prestação de cuidados de saúde” (art. 1.º/1).

Começa o diploma por dar destaque ao facto de os estudos clínicos a realizar deverem respeitar, de forma estrita, o princípio da dignidade da pessoa humana⁽⁴⁸⁾ e os seus direitos fundamentais,

⁴⁶ E note-se, de forma bastante relevante, este direito encontra-se consagrado no rol de “Direitos, Liberdades e Garantias” (vide art. 42.º). Não obstante, num quadro de superação da distinção clássica entre DLG’s e DESC’s, deve entender-se que esta liberdade implica não só a abstenção do Estado ou dos particulares de levarem a cabo atuações que possam condicionar ou limitar (desproporcionadamente) a investigação científica, mas também que se promovam políticas que facilitem e propiciem o exercício do respetivo direito.

⁴⁷ Para uma síntese, vide PEREIRA, André Dias, “Experimentação com Pessoas Humanas e Embriões Humanos: Desafios em Tempos de Terapia Génica”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* — IDIBE, 2017, p. 4, disponível *online* em: <<http://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/experimentacao-com-pessoas-humanas-e-embrioes-humanos-desafios-em-tempos-terapia-genica/>>.

⁴⁸ A invocação do valor fundante da dignidade da pessoa humana é, em todos os *hard cases*, algo usual. Impõe-se, no entanto, um alerta:

prevalecendo os direitos dos participantes sob os interesses da ciência e da sociedade (impedindo, deste modo, a sua instrumentalização em nome do progresso científico⁽⁴⁹⁾). Por outro lado, também se elege, como princípio reitor, a precaução, mormente no que diz respeito à privacidade do indivíduo e à minimização de eventuais danos para os seus direitos de personalidade e para a sua integridade física e mental (art. 3.º). Além disso, impõe-se o respeito pelos vários princípios das boas práticas clínicas, quer durante a conceção, realização, registo e notificação dos resultados dos estudos clínicos (art. 4.º).

É no artigo 6.º do diploma que se preveem um conjunto de condições mínimas de proteção dos participantes, mormente no que diz respeito à imprescindível emissão do seu consentimento esclarecido para a participação nos ensaios⁽⁵⁰⁾.

De um ponto de vista procedimental, o legislador procurou tutelar os bens jurídicos individuais em jogo, ao exigir que a realização de estudos clínicos seja obrigatoriamente precedida de parecer favorável da Comissão de Ética Competente (CEC)⁽⁵¹⁾, devendo este ser emitido no prazo de 30 dias⁽⁵²⁾. Sem a obtenção do respetivo parecer, o es-

do mesmo modo que se deve reconhecer o caráter fundante da dignidade, é necessário não cair na banalização do conceito, sobretudo ao trabalhar-se o seu conteúdo normativo. Por isso, nas palavras certas de SUZANA TAVARES DA SILVA, “parece importante distinguir aqueles [casos] em que o tratamento dado a um indivíduo afeta dimensões básicas do ser humano daqueles em que direitos individuais são violados, mas sem afetar diretamente aquelas dimensões básicas do indivíduo como ser humano e sujeito de direitos”. Cfr. SILVA, Suzana Tavares, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, obra cit., p. 26.

⁴⁹ Nesse sentido, cfr. OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 102.

⁵⁰ Verificando-se a existência de especificidades nos casos em que os participantes sejam menores ou maiores incapazes de prestar o seu consentimento livre e esclarecido — vide os arts. 7.º e 8.º do diploma em análise.

⁵¹ Sobre o conteúdo do parecer a emitir pela CEC, vide o art. 16.º/6.

⁵² O prazo de 30 dias pode ser prorrogado por mais 20 dias no

tudo não poderá ser realizado (art. 16.º).

Além deste parecer, a Lei refere a obtenção de uma autorização para a realização de ensaios clínicos — nos termos do art. 27.º, o pedido deve ser apresentado ao INFARMED, I.P.. Esta autorização, não sendo sempre exigida, é obrigatória em todos os ensaios que envolvam medicamentos de terapia génica, de terapia celular somática, que contenham organismos geneticamente modificados ou de terapia celular xenogénica. Também aí existe possibilidade de prorrogação (n.º 3 e 4) ou inexistência (n.º 5) de prazo para a concessão da autorização, nos mesmos termos apresentados anteriormente (*vide a nota de rodapé n.º 54*). Acresce a proibição absoluta de que sejam realizados ensaios envolvendo terapia génica que possam dar origem a modificações na identidade genética germinal do participante (n.º 6).

Durante todo o procedimento, devem o promotor e o investigador adotar todas as medidas urgentes que se mostrem adequadas à proteção dos participantes contra qualquer risco imediato para a sua segurança (art. 20.º). E note-se, a autorização previamente concedida pela CEC e/ou pelo INFARMED pode ser suspensa ou revogada se “existirem razões objetivas para considerar que deixaram de estar preenchidas as condições em que [fundamentaram] o seu parecer ou autorização ou se [se dispuser] de informação que suscite dúvidas quanto à segurança ou ao fundamento científico do estudo clínico” (art 21.º/1).

Por sua vez, a fiscalização da observância de todos os requisitos legais está a cargo do INFARMED

que respeita a ensaios clínicos que envolvam medicamentos de terapia génica, de terapia celular somática ou que contenham organismos geneticamente modificados. Esse prazo (já estendido) pode ser prorrogado por mais 50 dias, no caso de consulta a grupos ou comité de expertos. É, igualmente, de notar, que o legislador excecionou deste regime os pareceres de estudos clínicos que envolvam medicamentos de terapia celular xenogénica, os quais não sujeita a qualquer prazo.

(art. 44.º), prevendo-se a aplicação de coimas em caso de contraordenação.

Ora, uma vez mais, é patente o esforço do legislador em tentar alcançar uma concordância prática entre os valores e direitos em conflito neste campo tão relevante e delicado do Direito Biomédico (a experimentação em pessoas humanas), prevendo um conjunto de requisitos materiais, formais e procedimentais para a realização dos ensaios clínicos. Não obstante, não é raro que nesta área surjam casos de complexidade e sensibilidade extremas, exigindo-se que o juiz, no exercício da sua atividade de realização judicativo-decisória do Direito, se empenhe na ponderação *in casu* do peso e contrapeso de todos os valores e direitos conflitantes.

1.1.3. A Gestação de Substituição

Na economia deste artigo, também nos parece relevante referir que, recentemente, foi o Tribunal Constitucional português (TC ou “Tribunal”) chamado a pronunciar-se, *inter alia*, sobre uma outra questão, também bastante polémica e delicada: a admissibilidade do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição, nos casos em que o projeto de parentalidade não seja concretizável de outro modo. Esta questão coloca em confronto um conjunto relevante de direitos e valores: de um lado, os direitos reprodutivos positivos dos indivíduos⁽⁵³⁾ (p.e. direito a constituir família) e, do outro, os direitos da criança que vier a nascer. Foi no Ac. n.º 225/2018, de 24 de Maio, que o Tribunal se pronunciou sobre esta questão⁽⁵⁴⁾.

⁵³ Matéria na qual, no futuro, se colocarão novos desafios, como a possibilidade de acesso à gestação de substituição por “mulheres só” e por casais homossexuais masculinos.

⁵⁴ Outra questão abordada neste acórdão foi a do “direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso à dádvia de gâmetas de conhecerem a identidade dos dadores e da gestante”. Relativamente a este assunto, ao contrário do que tinha decidido

Ante a alegação de que a gestação de substituição, só de *per se*, contraria a Constituição, por que violadora do princípio da dignidade da pessoa humana — na medida em que tal prática se traduz numa suposta mercantilização da gestante e da própria criança —, o Tribunal considerou, de forma relevante, que o chamado “Modelo Português da gestação de substituição⁽⁵⁵⁾” não contraria, por si só, a nossa Lei Fundamental. No entanto, isso não significa que os termos em que ela foi regulamentada não possam vulnerar importantes preceitos e valores constitucionais.

Assim sendo, por um lado, entendeu-se que os interesses da gestante não foram suficientemente acautelados ao não se admitir a livre revogabilidade do seu consentimento para lá do momento em que têm início os procedimentos de PMA. Tal limitação representa, nas palavras do TC, uma restrição desproporcional ao seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana — solução que, no seio doutrinário, tanto surge digna de entusiásticos aplausos, como de ferozes críticas⁽⁵⁶⁾.

Por outro lado, considerou-se que a sanção da

há 9 anos atrás, o Tribunal entendeu, face à densificação crescente do direito ao conhecimento das origens genéticas, que a nossa Constituição deixou de comportar a possibilidade de restrição ao mesmo direito plasmada no anterior regime-regra do anonimato do dador de gâmetas. A partir de então, esse direito passou a prevalecer sobre o interesse na manutenção da paz e tranquilidade familiar do dador. Para maiores desenvolvimentos sobre os bens em conflito, recomendamos a leitura de REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Centro de Direito Biomédico/FDUC, Coimbra Editora, 2008.

⁵⁵ Segundo o Tribunal Constitucional, este “Modelo português da Gestação de Substituição” caracteriza-se pelo seu (1) caráter subsidiário e excecional, pela sua (2) natureza meramente gestacional, por (3) pressupor o consentimento autónomo dos interessados, destinado a garantir a sua voluntariedade, e por ter de (4) ser formalizada por via de um contrato a título gratuito, previamente autorizado pelo CNPMA.

⁵⁶ Para maiores desenvolvimentos, vide as Atas do Congresso Internacional “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?”, a publicar brevemente pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

nulidade dos contratos de gestação de substituição que tivessem sido celebrados em contrariedade com a lei não constituía uma boa solução, violando o princípio da segurança jurídica, decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático (art. 2.º da CRP) e o dever do Estado de proteção da infância (art. 69.º/1 da CRP).

Por fim, deixaram os juízes do TC bem claro que a indeterminabilidade do regime dos contratos de gestação de substituição, por falta de identificação clara das condições que se hão-de verificar para que estes sejam aprovados pelo CNPMA, impede a sua futura celebração até intervenção do legislador parlamentar para colmatar essa falha, sem prejuízo da salvaguarda dos contratos que já se encontrem em fase de execução⁽⁵⁷⁾.

Mais uma vez, tal como nos casos que analisámos anteriormente, também aqui se impôs a procura de uma harmonização prática entre valores e direitos em conflito — tendo sido essa a principal intenção do Tribunal Constitucional, independentemente da adequação da sua decisão em cada uma das matérias a que foi chamado a pronunciar-se.

Concluimos, portanto, que este processo de harmonização prática jusfundamental, pela sua delicadeza e importância, e implicando a tomada de decisões que, em certa medida, redesenham o tecido social, deve ser levado a cabo com a maior cautela e prudência, exigindo envolvimento e profunda reflexão por parte de todos os agentes societários, tendo em conta as suas amplas repercussões e implicações éticas, políticas, sociais e culturais. Acreditamos, pois, que é na contraposição de ideias e argumentos, mesmo que opostos, que

⁵⁷ Nesse sentido, limitaram-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade relativamente aos contratos em fase de execução, dado o valor intrínseco de todos os bens em questão, mormente o respeito pela saúde e integridade física de quem já foi objeto dos atos médicos correspondentes à utilização de técnicas de PMA.

se alcançarão soluções mais consensuais e, deste modo, se logrará proteger todos os direitos, liberdades e garantias do(s) indivíduo(s).

1.2. ...envolvendo (essencialmente) “Direitos Económicos, Sociais e Culturais”.

1.2.1. O Fenómeno da “Judicialização da Saúde”

Se até aqui nos focámos na brevíssima análise de casos no âmbito biomédico no seio dos quais tendem a colidir (não exclusivamente, mas maioritariamente) direitos, liberdades e garantias dos indivíduos, parece-nos interessante levar a cabo uma pequena referência a um caso em que entram em conflito direitos económicos, sociais e culturais.

Pelo facto de que pretendemos que este artigo seja, também ele, propulsor de diálogos transatlânticos, abordaremos um fenómeno que tem sido bastante debatido na realidade brasileira: o fenómeno da “judicialização da saúde”.

O art. 6.º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a saúde é um direito social, é uma verdadeira norma programática, isto é, serve de parâmetro para a atuação do legislador e do executivo⁽⁵⁸⁾, exigindo-lhe que sejam adotadas medidas e políticas que protejam a saúde individual e coletiva.

Tratando-se de um “direito de segunda geração”, exige-se que o Estado facilite o acesso da população ao mesmo e promova a sua efetivação prática. Não obstante, estas obrigações positivas estaduais tendem a (e devem) ser restringidas pela chamada “reserva do possível”⁽⁵⁹⁾ — financeira ou

⁵⁸ Cfr. GIRÃO, Filomena/ STIVAL, Sephora, “A Judicialização da saúde: breves comentários”, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* N.º 5, Vol. 2, 2016, p. 142.

⁵⁹ Sobre esta, o Tribunal Constitucional Alemão já veio pronun-

técnica. É que, como bem se sabe, a “saúde” custa dinheiro⁽⁶⁰⁾ e em tempos de crise e de escassez, como são estes em que vivemos, são mais que muitos os constrangimentos orçamentais do Estado em todos os setores, exigindo-se, por isso, a tomada de decisões políticas difíceis, mormente sobre prioridades no domínio da saúde, que garantam a sustentabilidade⁽⁶¹⁾ (a todos os níveis) da máquina estadual.

É no seio deste conflito de valores que floresce a “judicialização da saúde”, traduzida na tendência de o poder judicial chamar a si a concretização e efetivação deste “direito à saúde”⁽⁶²⁾. Todos os dias, por exemplo, cresce o número de ações na justiça brasileira em que são cobrados medicamentos (mesmo aqueles que não estejam previstos nas listas oficiais, sem regulamentação da ANVISA ou

sem confirmação científica^{(63)/(64)}) ou tratamentos médicos não fornecidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde)⁽⁶⁵⁾.

Várias críticas têm sido formuladas pela doutrina, concernentes, por exemplo, ao facto de que (1) a judicialização da saúde interfere, de forma negativa, no planeamento financeiro do Estado, colocando em causa os princípios da igualdade de atendimento e da universalidade do SUS; (2) as falhas estruturais do poder judiciário podem impedi-lo de conceber um adequado acesso à saúde⁽⁶⁶⁾; (3) desta forma, o poder judicial interfere indevidamente nas políticas públicas, não possuindo os seus membros respaldo democrático; (4) a judicialização, ao estabelecer a responsabilidade solidária dos entes da federação nas ações de saúde, desorganiza o SUS; (5) o poder judicial pode ser usado para atender interesses de mercado e não an-

⁶³ Para melhor perceber a dimensão do problema, vide PEPE, Vera *et al.*, “A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica”, in *Ciências & Saúde Coletiva*, n.º 15, Vol. 5, 2010, p. 2407.

⁶⁴ Segundo o Código de Ética Médica brasileiro, deve o médico “indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”. Daqui se pode inferir, nas palavras de CLENIO SCHULZE, que “os médicos não podem prescrever medicamentos, próteses ou tecnologias que não tenham o reconhecimento científico ou que não cumpram a legislação vigente no Brasil”. Cfr. SCHULZE, Clenio Jair, “Aspetos polémicos da Judicialização da saúde”, in *Direito da Saúde em Perspetiva: Judicialização, Gestão e Acesso* (coord. por Clenir AVANZA *et al.*), Editora EMESCAM, 2016, p. 142.

⁶⁵ Esta tendência iniciou-se, segundo a doutrina, no início dos anos 90, com pedidos de medicamentos antirretrovirais para o HIV/SIDA. Cfr. PEPE, Vera *et al.*, “A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica”, artigo cit., p. 2406. Hoje em dia, a média diária de processos chega a 32 e faz o Estado gastar milhões de reais para atender os pacientes.

⁶⁶ Neste âmbito, colocam-se, desde logo, problemas atinentes ao acesso à justiça, que poderão redundar na exclusiva efetivação do direito à saúde de um grupo de indivíduos com maior poder económico, em detrimento dos demais, mormente porque o resultado de ações individuais não se estenderá às demais pessoas que se encontram nas mesmas condições, mas que não tenham meios de aceder ao judiciário. Cfr. *Idem*, p. 2406.

seios sociais; (6) o judiciário desconsidera, nas suas decisões, o já mencionado princípio da reserva do possível⁽⁶⁷⁾ e o valor primordial da sustentabilidade.

Na nossa opinião, tal fenómeno, no quadro de um Estado de Direito Democrático, parece apresentar-se como verdadeiro sintoma de crise do princípio da separação dos poderes (de MONTESQUIEU⁽⁶⁸⁾) ou, pelo menos, da sua profunda transformação⁽⁶⁹⁾. Nesse sentido, tal como referem AVELÁS NUNES e FERNANDO SCAFF, “[o Estado brasileiro] possui vinculação com a Constituição, não significando isso que o Poder Judiciário possa ultrapassar a sua esfera de competência constitucional. Há uma carência na intenção do juiz de querer alterar a lei de orçamento, que foi aprovada pelo Poder Legislativo — composto por membros escolhidos pela população —, não podendo o mesmo obrigar o Executivo a alterá-la para cumprir a condenação. Nenhum poder pode usurpar a competência do outro, nem mesmo nele interferir”⁽⁷⁰⁾. A melhor forma de efetivar o direito à saúde é, pois, permitir

⁶⁷ Vide, para todos, PAULA, Carlos Artiaga/ BITTAR, Cléria, “Judicialização da Saúde e seus Reflexos na Gestão do Sistema Único de Saúde”, in *Revista da Direitos Humanos e Efetividade*, n.º 1, Vol. 3, 2017, p. 21 e ss.; e ainda, SCHULZE/ Clenio e NETO/ João, *Direito à Saúde: Análise à luz da Judicialização*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 154 e ss.

⁶⁸ Sobre o seu conteúdo, vide a síntese de RANGEL, Paulo Castro, *Repensar o Poder Judicial: Fundamentos e Fragmentos*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 107 e ss.

⁶⁹ Há quem, a este propósito, defenda que a judicialização da saúde leva a sério a ideia de “checks and balances”, como “arranjo dinâmico e concreto, em que os poderes mutuamente se controlam”. Cfr. SCHULMAN, Gabriel/ BALLANDE-ROMANELLI, Sandro, “Judicialização da saúde: um remédio amargo? Perspetivas sobre os erros e acertos da atuação do poder judiciário nas demandas de tratamento médico”, in *Direito da Saúde em Perspetiva: Judicialização, Gestão e Acesso* (coord. por Clenir AVANZA *et al.*), Editora EMESCAM, 2016, p. 69. Por nossa parte, e enquanto acérrimos defensores da separação de poderes e do sistema liberal de freios e contrapesos, atrevemo-nos a afirmar que o que se verifica com este fenómeno não é um controlo mútuo e legítimo entre poderes, mas uma verdadeira usurpação, por parte do judiciário, de competências constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado.

⁷⁰ Cfr. GIRÃO, Filomena/ STIVAL, Sephora, “A Judicialização da saúde: breves comentários”, artigo cit., p. 144.

ao poder legislativo — na formulação das políticas públicas — e ao poder executivo — na sua implementação — atuar de forma livre e sem constrangimentos causados por uma duvidosa efetivação judicial destes direitos de forma individualizada⁽⁷¹⁾.

Além disso, parece-nos que este fenómeno traz, pelo menos indiretamente, subjacente a ideia errónea de que o “direito à saúde” é um direito absoluto, que deve sempre prevalecer sobre outros bens jus-constitucionais de relevo. Esta nossa afirmação é confirmada pelo facto de que esta “judicialização” de que vimos falando não tende a verificar-se (pelo menos, com sucesso) para efetivação de outros direitos sociais, como o trabalho, a habitação ou a educação, o que demonstra claramente que nos encontramos ante uma autêntica espécie de *ativismo judicial seletivo*, que ignora a já por nós referida inexistente relação hierárquica entre direitos fundamentais.

Posto isto, na procura da concordância prática entre os valores e direitos em conflito nesta ceara, parece-nos que não se deve perder de vista, de modo algum, o princípio da sustentabilidade, enquanto “conceito represa”, que “logra dimensões operacionalizadoras, capazes de abrirem caminho a tarefas metódicas de otimização e de concretização”^{(72)/(73)}.

⁷¹ Neste sentido, lembre-se as palavras de LUCIANO TIMM, ao referir que “a demanda individual é o pior e mais injusto caminho para implementação de um direito social”. Cfr. TIMM, Luciano, “Direito à Saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspetiva de Direito e Economia?”, in *Direito da Saúde em Perspetiva: Judicialização, Gestão e Acesso* (coord. por Clenir AVANZA *et al.*), Editora EMESCAM, 2016, p. 289.

⁷² Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, “Sustentabilidade — Um Romanço de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 88, 2012, p. 5.

⁷³ Segundo JOÃO LOUREIRO, no âmbito do ordenamento jurídico português e partindo de uma “leitura temporalmente adequada da CRP”, este princípio surge como “dever de ação e também como limite à conformação”. Cfr. LOUREIRO, João, “II — Adeus ao Estado Social?”

ciar-se no sentido de que “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar de uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

⁶⁰ Relembremos as palavras de HOLMES e SUNSTEIN: “Os direitos costumam ser descritos como invioláveis, perentórios e determinados. Todavia, isto é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto”. Cfr. HOLMES, Stephen/ SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, W. W. Norton & Co., 1999, p. 97.

⁶¹ Este conceito acarreta consigo, de forma consensual, duas notas essenciais: a transtemporalidade e a multidimensionalidade. Cfr. LOUREIRO, João, “II — Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não ter”, in *Adens ao Estado Social: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”* (da autoria do mesmo autor), Coimbra Editora, 2010, p. 128.

⁶² Entende o Supremo Tribunal Federal (STF) que o poder judicial tem competência e legitimidade institucional para condenar a União, Estado e Municípios ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não contemplados no SUS. Cfr. GIRÃO, Filomena/ STIVAL, Sephora, “A Judicialização da saúde: breves comentários”, artigo cit. P. 143; e ainda, SCHULZE, Clenio Jair, “Judicialização da Saúde: Novos Paradigmas”, in *Direito da Saúde em Perspetiva: Judicialização, Gestão e Acesso* (coord. por Clenir AVANZA *et al.*), Editora EMESCAM, 2016, p. 15.

Segundo GOMES CANOTILHO, este princípio traz subjacente um verdadeiro imperativo categórico: “*Os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem à custa da natureza, de outros seres humanos [sustentabilidade geracional], de outros povos ou nações [sustentabilidade inter-estatal] e de outras gerações [sustentabilidade intergeracional]*”. E note-se, invocamo-lo numa perspetiva ampla, não apenas ecológica, mas também social e económica⁽⁷⁴⁾.

Assim sendo, decisões judiciais que condenem a administração no fornecimento de cuidados de saúde e medicamentos em nome de uma suposta efetivação (no plano individual) do “direito à saúde” constitucionalmente consagrado, redundam necessariamente no desconsiderar dos princípios da “reserva do possível” e da sustentabilidade, mormente contribuindo para o endividamento público — que, invocando uma vez mais as palavras certas de GOMES CANOTILHO, “só será sustentável quando aos encargos sobre as gerações futuras corresponderem iguais vantagens para estas gerações”⁽⁷⁵⁾.

O fenómeno da judicialização da saúde não procura, portanto, a concordância prática de valores em conflito, mas apenas a mera efetivação individual de um direito fundamental à custa da aniquilação e desconsideração de outros valores jus-constitucionais de relevo.

Consideramos, portanto, que o direito à saúde

previsto na Lei Superior brasileira deve ser visto não como um ponto de partida, mas sim como um ponto de chegada. Não podemos esquecer que a norma constitucional em questão é uma norma programática, que estabelece metas, isto é, resultados a ser alcançados pela sociedade e pelo poder político num determinado lapso espaço-temporal⁽⁷⁶⁾. E a intervenção do judiciário nesse sentido deverá ser levada a cabo, exclusivamente, para se suprir a inanição dos outros poderes — legislativo e executivo —, mas sempre de forma coletiva, e não se limitando a condenar o ente público a “desviar quantias vultosas de dinheiro em prol de um indivíduo específico”⁽⁷⁷⁾.

Só assim se alcançará a tão desejada (e, por nós, religiosamente defendida) concordância prática entre valores jus-constitucionais. Resta, pois, aos juízes brasileiros dar ouvidos a PETER HÄBERLE quando afirma “que é tempo de considerar a sustentabilidade como elemento estrutural típico do Estado que hoje designamos por Estado Constitucional”⁽⁷⁸⁾.

3. Conclusão

Percorrido este interessante caminho, e ante a ausência de dúvidas de que, cada vez mais, os diálogos no campo do Direito Biomédico se vão, no futuro, intensificar, cumpre-nos afirmar que é na procura da concordância prática entre direitos e valores em conflito que se irão encontrar respostas satisfatórias para os novos desafios emergentes.

⁷⁶ Cfr. TIMM, Luciano, “Direito à Saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspetiva de Direito e Economia?”, artigo cit., p. 276.

⁷⁷ Cfr. GIRÃO, Filomena/ STIVAL, Sephora, “A Judicialização da saúde: breves comentários”, artigo cit., pp. 156-157.

⁷⁸ Acrescenta GOMES CANOTILHO que este valor é uma verdadeira “dimensão auto-compreensiva de uma Constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere”. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, “Sustentabilidade — Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática”, artigo cit., p. 4.

Essa tarefa cabe, em primeiro lugar, ao legislador, na feitura das leis, à Administração, na sua execução, e aos juízes, no momento da procura de soluções jurídicas (de preferência, consensuais) para estes *hard cases*. No entanto, não podemos olvidar que todos e cada um de nós também desempenha um papel importantíssimo nesse processo, mormente através da participação democrática e da discussão pública.

Ao longo deste artigo, procurámos, mobilizando temáticas concretas, demonstrar como esses vários operadores se esforçaram (e continuam a esforçar) por otimizar todos os direitos e valores em colisão, mormente em temáticas delicadas, como a interrupção voluntária da gravidez, a experimentação em pessoas humanas e a gestação de substituição; e, ainda, como alguns fenómenos, como a “judicialização da saúde”, partem de pressupostos jurídicos equivocados, falhando na harmonização de princípios e direitos em conflito e, por conseguinte, pondo em causa valores fundamentais de um verdadeiro Estado Constitucional.

Além disso, e tendo em conta a intrínseca complexidade dos vários temas em análise (e de outros que aqui não foram sequer mencionados), rejeitamos qualquer posição que entenda que é (só e

apenas) no plano jurídico que as respostas devem ser procuradas e formuladas. Hoje, mais do que nunca, a transdisciplinariedade fornece um contributo fundamental à procura de soluções mais consensuais e apaziguadoras, justificando-se, por exemplo, que se continue a reconhecer autonomia epistemológica ao Biodireito⁽⁷⁹⁾ e à Bioética⁽⁸⁰⁾.

Todos os diálogos, especialmente aqueles que tocam em questões delicadas, como os ocorridos no âmbito do Direito Biomédico, podem ver-se condicionados pela discórdia de quem os protagoniza. No entanto, como disse o filósofo grego HERÁCLITO, é importante não esquecermos que é “da discórdia [que] surge a mais bela harmonia”.

⁷⁹ Foi a tentativa de enquadramento jurídico das questões bioéticas que veio dar origem ao chamado “Biodireito”. A designação não é, no entanto, consensual no seio da doutrina.

⁸⁰ Rejeitamos, assim, qualquer visão extremada que, por exemplo, vede a um Conselho de Ética que se pronuncie contra uma decisão não inconstitucional do legislador. Uma visão desse género redundaria, sem dúvida, na confusão do papel de uma Comissão de Ética com o papel normalmente atribuído a um Tribunal Constitucional. Assim, na nossa opinião, é impensável que o Direito — mormente Constitucional — condicione absolutamente a reflexão ética em torno destes “*hard cases*”. Deve assumir-se uma visão conciliatória, assente na ideia de que a Constituição se afirma como um repositório de valores, anseios e projetos de uma sociedade politicamente organizada, limitando, desse modo, a Lei. No entanto, ela não deve limitar o pensamento ético, continuando este a fazer-se apontando para soluções concretas e contestando outras hipóteses, mesmo que todas estejam conformes à Constituição. Tal não impede, naturalmente, que um argumento ético que tenha positivamente constitucional veja reconhecido, por essa razão, um valor reforçado.

O insustentável peso do não ter”, artigo cit., p. 128.

⁷⁴ Cfr. *Idem*, p. 6.

⁷⁵ No mesmo sentido apontou, a seu tempo, o Tribunal Constitucional Alemão. Cfr. *Idem*, p. 11. Assim sendo, estará o Estado a agir em conformidade com o princípio da sustentabilidade ao adotar políticas que invistam no desenvolvimento de práticas médicas que tenham o potencial de trazer benefícios para as gerações futuras, mormente em certas áreas como é o caso das doenças infecciosas. Mais complexas são outras questões como a distanásia, isto é, do prolongamento da vida sem qualidade de determinados sujeitos — deixaremos, porém, estas reflexões para desenvolvimento em trabalhos futuros.

ASPECTOS ÉTICOS E LEGAIS DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO O CASO PARTICULAR DA PARTILHA DE INFORMAÇÃO GENÉTICA ENTRE FAMILIARES EM SITUAÇÕES DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS HEREDITÁRIAS

Carla Barbosa ⁽¹⁾

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade
Organização Mundial de Saúde

Quando falamos de diagnóstico genético falamos de informação de saúde ou, mais precisamente informação genética o que deveremos explicitar.

A informação de saúde insere-se numa esfera muito restrita da vida privada de cada cidadão que a Constituição da República Portuguesa, através do seu artigo 26.^o(²), tutela como um direito fundamental(³): *o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.*

É comum dizer-se que o conteúdo deste direito respeita a dados muito sensíveis(⁴) ou

peçoalíssimos, na medida em que neles se encontra envolvido o último reduto da vida privada(⁵).

A propósito destes dados peçoalíssimos, respeitantes à saúde de cada um, convém ter presente, desde já, que o artigo 10.^o da Convenção de Oviedo afirma que “qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde”, ressaltando que “a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada” (n.^o 2), e que “a título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.^o 2” (n.^o 3).

A Convenção de Oviedo, com esta opção, estabelece como regra o direito de informação e acesso aos dados de saúde por parte do titular, admitindo como exceção **aquelas situações em que não seja benéfico aos interesses do paciente o**

¹ Investigadora do Centro de Direito Biomédico; Advogada. cbarbosa@fd.uc.pt

² O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, assim como os outros direitos fundamentais previstos no artigo 26.^o, são direitos concretizadores daquele outro direito mais abrangente que é o respeito pela dignidade humana.

³ Direitos fundamentais que apresentam, como se sabe, como principais características o facto de se aplicarem de forma imediata, vincularem todos os sujeitos de direito (públicos e privados), admitirem apenas restrições impostas por lei e na medida do necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados.

⁴ Romeo-Casabona define os dados sensíveis como “data in connection with which the data subject is more vulnerable when the data is know or used by a third party because of its potential for causing discrimination and other misuse, especially when accessed, used or illicitly disclosed” (Romeo-Casabona, Carlos, “Anonymization and Pseudonymisation: the legal Framework at a european level”, in D. Beyleveld

/ D. Townend / S. Rouillé-Mirza / J. Wright (Edit.), *The data protection directive and medical research across europe*, Ashgate, Hants, 2004, pág. 37).

⁵ A propósito da reserva da vida privada e da protecção de segredo médico poderíamos analisar aqui muitas outras normas nacionais e supranacionais. Não o fazemos de forma consciente pois saberíamos que ao analisar essas normas teríamos de desenvolver o estudo de temas como a privacidade, os dados pessoais e o segredo médico. Como referimos supra não é possível analisar a problemática do acesso ao processo clínico sem tocar estes temas, no entanto apenas pretendemos abordá-los de forma reflexa. Indicamos contudo algumas das normas que versam sobre estas problemáticas: Código Civil (artigo 80.^o), Código Penal (artigo 195.^o), Lei de Bases da Saúde (Base XIII e XIV), Regime Geral dos Arquivos e Património Arquivístico (artigo 17.^o, n.^o 2), Estatuto da Ordem dos Médicos (artigo 13.^o, alínea c) e o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (artigos 85.^o a 93.^o) entre outras.

exercício desses direitos.

Estas opções positivadas cortam com “a velha tradição de paternalismo clínico”⁽⁶⁾. O facto de se reconhecer o direito do doente ao acesso à sua informação de saúde significa cortar amarras com a velha máxima hipocrática de que o doente não tem capacidade para conhecer a sua informação de saúde, e que a mesma só deve estar na disponibilidade e controlo do médico⁽⁷⁾.

Voltando à Constituição da República Portuguesa, mais precisamente ao artigo 35.º, sob a epígrafe “utilização da informática”⁽⁸⁾, dispõe, o seu n.º 1, que “todos os cidadãos têm direito de acesso aos dados informatizados que lhe digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei”. No entanto, os dados relativos à vida privada (que englobam os dados de saúde, como vimos) só poderão ser objecto de tratamento caso o titular desses dados o tenha previamente consentido (artigo 35.º, n.º 3 da C.R.P.).

Em termos de direito da saúde os princípios referidos encontram a sua concretização máxima no postulado essencial à relação médico-paciente que é o da salvaguarda do segredo médico. Uma leitura truncada e imediata levar-nos-ia, pois, a pensar que

sempre que exista comunicação de informação de saúde fora da relação médico-paciente ou equipa de profissionais de saúde-paciente, portanto a terceiros, sem que exista consentimento informado ou autorização legislativa, haveria uma violação do dever ético-jurídico de segredo profissional e conseqüentemente uma responsabilização dos profissionais de saúde. No entanto, necessitamos de fazer uma análise que vá mais além (fazendo, no entanto, salvas a guarda que incidiremos esta análise na própria informação de saúde e não da violação do segredo médico e eventuais causas de justificação para a violação daquele princípio).

No âmbito da informação de saúde encontramos informação muito diferenciada: a informação de saúde *lato sensu* e a informação genética que, não obstante ser informação de saúde, atentas as suas particularidades merece um tratamento especial.

De facto, a informação genética possui particularidades que imprimem uma certa individualidade em relação à restante informação de saúde. A grande quantidade de dados nela compreendidos fornece um considerável volume de informações, levando à ideia de homem “transparente” ou “de cristal” como Carlos Romeo-Casabona tão bem classificou.

A informação genética apresenta, assim, diversas características que a diferenciam: é única; é estrutural; é preditiva; é hereditária. E é esta última característica — da hereditariedade — que aqui verdadeiramente nos interessa nas situações de diagnóstico genético em doentes com patologias oncológicas com características hereditárias.

Estas particularidades acabadas de referir imprimem uma enorme relevância à informação genética que, também por esse motivo, ao longo de diversas décadas, tem sido objeto de tratamento diferenciado e mais rígido por parte de inúmeros dispositivos de *soft e hard law*.

Seja a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos na UNESCO que nos afirma que os “dados genéticos humanos têm uma especificidade resultante do seu carácter sensível e podem indicar predisposições genéticas dos indivíduos e que essa capacidade indicativa pode ser mais ampla do que sugerem as avaliações feitas no momento em que os dados são recolhidos; que esses dados podem ter um impacto significativo sobre a família, incluindo a descendência, ao longo de várias gerações (...)”^{(9)/(10)}.

Seja o sistema legal português que define a informação genética como “a informação de saúde que ver-se as características hereditárias de uma ou várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo, excluindo-se desta definição a informação derivada de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gémeos, dos estudos de identificação genética para fins criminais, bem como do estudo das mutações genéticas somáticas no cancro” (cfr. n.º 1, do artigo 6.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro). A Lei 12/2005 (regulamentada em 2014 pelo Decreto-Lei n.º 131/2014, de 29 de agosto), uma lei inovadora no contexto europeu, determina uma proteção extraordinária relativamente à informação genética, e a diferenciação relativamente aos restantes dados

de saúde.

Ainda a propósito da característica da hereditariedade é referido no artigo 14.º da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO que “os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável **não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família**, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos” (cfr. alínea b))⁽¹¹⁾.

A este propósito é, por exemplo, importante separar a comunicação de dados genéticos a terceiros que sejam familiares, da comunicação dessa informação a outros terceiros⁽¹²⁾.

¹¹ Negrilo nosso.

¹² A propósito do acesso a dados genéticos por terceiros, podem ver-se as palavras do Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida, em Parecer sobre o Projecto de Lei de Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde: “sendo a informação genética referente a características hereditárias de um (ou mais) indivíduos, é por vezes no melhor interesse de terceiros partes — familiares, incluindo descendentes — ter acesso a esta informação. Ponderando o direito à privacidade individual com o dever de prestar auxílio a quem dele necessita, existe algum consenso de que interesses privados legítimos (prevenção de doenças ou minimização do seu impacto) justificam alguma flexibilidade dos profissionais de saúde no sentido de permitir o acesso à informação genética do caso index por parte dos familiares envolvidos. Parece ser razoável, então, a proposta de regulamentação legal específica desta eventualidade, bem como da protecção acrescida que merece o tratamento desta informação nomeadamente no que respeita ao acesso, segurança e confidencialidade. Também no âmbito da saúde ocupacional se reitera o princípio ético de que o principal objectivo do exercício profissional neste contexto (incluindo a medicina do trabalho) é o de salvaguardar a saúde dos trabalhadores e promover um meio

⁶ Oliveira, Guilherme de, “O fim da ‘arte silenciosa’”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 110.

⁷ A propósito de um estudo sobre o acesso dos pacientes aos dados de saúde um grupo de investigadores conclui que “most patients and healthcare professionals seem to be unanimous in their belief that the impact of patients’ access to their medical records is positive for both. Nor only are there some real benefits in the patient accessing his/her medical record but also new technologies can help improving and supporting this access.”, Ferreira, Ana/ Correia, Ana/ Silva, Ana/ Corte, Ana/ Pinto, Ana/ Saavedra, Ana/ Ferreira, Ana Luis/ Pereira, Ana Filipa/ Cruz-Correia, Ricardo/ Antunes, Luís Filipe, *Why facilitate patient Access to medical records*, disponível em www.cintesis.med.up (consultado em 30 de Junho de 2009).

⁸ Não obstante a epígrafe deste artigo, também os ficheiros manuais gozam de idêntica protecção (cfr. n.º 7 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa).

⁹ Aprovada por unanimidade e aclamação no dia 16 de Outubro de 2003 pela 32.ª sessão da Conferência Geral da UNESCO.

¹⁰ Os dados genéticos são, nas palavras de Romeo-Casabona “all data, of whatever type, concerning the hereditary characteristics of an individual or concerning the pattern of inheritance of such characteristics within a related group of individuals. The definition also includes all data on the carrying of any genetic information (genes) in an individual or genetic line relating to any aspect of health or disease, whether present as identifiable characteristics or not. The genetic line is the line constituted by genetic similarities resulting from procreation and shared by two or more individuals” (Romeo-Casabona, Carlos, “Anonymization and Pseudonymisation: the legal Framework at a european level”, in D. Beylvelde / D. Townend / S. Rouillé-Mirza / J. Wright (Edit.), *The data protection directive and medical research across europe*, Ashgate, Hants, 2004, pág. 37).

No contexto dos tratamentos oncológicos é de particular importância a possibilidade, ou não, de comunicação dessa informação genética entre familiares. Em 1996, Guilherme de Oliveira afirmou que “a natureza familiar dos dados clínicos genéticos talvez permita afirmar que cada indivíduo tem um dever jurídico-civil de comunicar dados genéticos aos seus familiares que tenham um interesse pelo menos equivalente ao seu”⁽¹³⁾. No entanto, continua o Autor, que tal reconhecimento significaria uma restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada do cidadão onerado e uma quebra da confidencialidade tradicional em que assenta a relação entre o médico e o doente. No entanto, quanto à comunicação de informação genética a familiares, a própria lei, mais especificamente o n.º 7 do artigo 18.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro estabelece que “todos os parentes em linha direta e do segundo grau da linha colateral podem ter acesso a uma amostra armazenada, desde que necessário para conhecer melhor o seu próprio estatuto genético, mas não para conhecer o estatuto da pessoa a

ambiente de trabalho seguro e saudável. Pelo que se deduz, tal como consta no Código Internacional de Ética para os Profissionais de Saúde Ocupacional que “os resultados dos exames só devem transmitir-se à direcção em relação à aptidão para o trabalho previsto ou às limitações necessárias e num ponto de vista médico na distribuição de tarefas ou na exposição a riscos ocupacionais”. Neste Projecto de Lei a redacção do n.º 9 do Artigo 6.º não é clara devendo separar-se claramente o exercício da saúde ocupacional, e os deveres profissionais neste âmbito, da comunicação da informação genética a terceiros, designadamente com o consentimento do utente, por exemplo no âmbito da farmacogenética” (Parecer 43/CNECV/2004, disponível em www.cnecev.gov.pt e consultado em Junho de 2009).

¹³ Para o Autor, “este desvio ao individualismo tradicional fundamentar-se-ia no dever constitucional de defender e promover a saúde (art. 64.º), no dever que impende sobre os cônjuges de zelar pelo «bem da família» (art. 1671.º, n.º 2 C.C.) e nas obrigações gerais de cooperação e auxílio que a lei impõe aos cônjuges (art. 1674.º C.C.) e aos pais (arts. 1874.º e 1878.º do C.C.). A fundamentação seria mais difícil relativamente a outros familiares (p. ex. irmãos); e sobretudo, relativamente a outros parentes biológicos cujos vínculos não estivessem juridicamente reconhecidos; e ainda relativamente aos nubentes.” (Oliveira, Guilherme de, “*Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*”, *cit.*, págs. 173 e 174).

quem a amostra pertence ou de outros familiares” e o n.º 6 do mesmo artigo determina que “em circunstâncias especiais, em que a informação possa ter relevância para o tratamento ou a prevenção da recorrência de uma doença na família, essa informação pode ser processada e utilizada no contexto de aconselhamento genético, mesmo que já não seja possível obter o consentimento informado da pessoa a quem pertence” — mas, atenção, nestes dois dispositivos o que encontramos é a possibilidade de acesso a uma amostra biológica e não à informação genética propriamente dita no caso da pessoa titular dessa amostra estar viva ou, então, o acesso à informação genética naquelas situações em que já não é possível obter o consentimento do seu titular (porque este, por exemplo, faleceu).

Doutrinalmente a propósito da comunicação intra-familiar de informação genética, Helena Moniz explica que existem dois modelos: o modelo legal e o modelo médico. Entende a Autora que o modelo legal defende o direito à privacidade, baseado na ideia de que cada pessoa tem o direito de controlar o seu próprio corpo e informação genética e que o modelo médico incide sobre a necessidade de provir ao tratamento de pacientes que possuam risco de natureza genética⁽¹⁴⁾. Deve então encontrar-se, como afirma a Autora, um meio termo entre a preservação da privacidade e a necessidade de revelar informação genética (e, portanto, informação confidencial)⁽¹⁵⁾. O material genético armazenado é propriedade das pessoas de quem foi obtido e, depois da sua morte ou incapacidade, dos

¹⁴ Moniz, Helena, “Privacy and intra-family communication of genetic information”, in *Revista de Derecho Y Genoma Humano*, Num. 21, Julio-Diciembre 2004, pág. 110.

¹⁵ O médico poderá comunicar a informação genética a familiares atendendo a que o teste realizado seja fiável, à gravidade da doença diagnosticada e à disponibilidade de tratamento preventivo ou de cura, Moniz, Helena, “Privacy and intra-family (...)”, *cit.*, pág. 121.

seus familiares⁽¹⁶⁾ (cfr. n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro).

Numa perspectiva ética e legal é desta necessidade de recorrer ao diagnóstico genético, em adultos, no âmbito de tratamentos oncológicos, e de aceder a informação genética de familiares que tentaremos abordar.

A realidade leva-nos a constatar que, efetivamente, surgem, recorrentemente, casos de cancros hereditários em que o recurso ao diagnóstico genético e, portanto, o acesso à informação genética de familiares é essencial (para conhecer melhor o estatuto genético da pessoa que está doente ou suspeita vir a padecer de uma certa doença e não da pessoa titular dessa informação genética como a Lei n.º 12/2005 determina). Ora, a dificuldade existente é o facto de o acesso por parte de terceiros à informação de saúde em geral e à informação genética em particular não ser permitida a terceiros nos termos da Constituição da República Portuguesa e do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à **livre circulação desses dados**⁽¹⁷⁾.

Nada melhor do que partir de um caso concreto apreciado pela Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos:

Parecer 336/2010 de 27/10/2010

1. A, solicitou ao Instituto Português de (...), “o relatório médico de minha irmã, falecida a (...) de 2004, com cancro de estômago, nos Cuidados Paliativos do IPO -Coimbra, para efeitos de acompanhamento médico pelos serviços de gastroenterologia

¹⁶ Respeitando, no entanto, as limitações estabelecidas no n.º 6 do artigo 18.º da Lei 12/2005.

¹⁷ O Regulamento iniciou a sua aplicação, em toda a União Europeia, a partir de 25 de maio de 2018. Este novo instrumento legislativo é imediatamente aplicável em todos os Estados Membros, sem necessidade de transposição.

e hepatologia do Centro Hospitalar (...)” Para o efeito, juntou cópia do seu cartão de cidadão.

2. O Hospital solicitou à CADA (Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos), a emissão de parecer sobre o acesso à informação de saúde requerido, para tal juntando cópia do requerimento.

A par deste caso concreto é, ainda, relevante aquelas situações em que cada vez mais frequentemente há o recurso a uma medicina preditiva entendida esta como o conjunto de técnicas de investigação médicas e biológicas destinadas a determinar as predisposições para as doenças, a fim de permitir um tratamento adequado, antes mesmo do aparecimento dos sintomas e das complicações.

No aqui nos interessa são relevantes as seguintes conclusões da CADA que referimos de forma sintética:

A informação de saúde é propriedade da pessoa, sendo as unidades do sistema de saúde depositárias dessa informação (n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro).

São, por isso, confidenciais, todas as informações referentes ao estado de saúde do doente, situação clínica, diagnóstico, tratamento e dados de carácter pessoal. Todavia, se o doente der o seu consentimento ou se a lei o determinar, pode o acesso a estas informações ser facultado.

No exercício do direito de acesso não autorizado pelo titular a documentos nominativos, estão em conflito normas respeitantes a dois direitos fundamentais: o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa - CRP) e o direito de acesso à informação administrativa (artigo 268.º, n.º 2, da CRP e LAD).

Da doutrina e jurisprudência assentes, resulta que a aplicação do princípio da proporcionalidade, em sentido lato, permite verificar a prevalência de um daqueles direitos relativamente ao outro, aferindo a relação entre as medidas e os fins prosseguidos, consoante a adequação das medidas aos fins, a necessidade das medidas e a medida justa.

A Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos tem entendido que o interesse directo, pessoal e legítimo se encontra demonstrado nas situações em que familiares próximos da pessoa falecida pretendem fazer valer direitos ou interesses atendíveis para justificar a quebra relativa da privacidade do titular da informação.

In casu, o fim é o acesso à informação de saúde da irmã, já falecida com cancro de estômago, para que os médicos do serviço de gastroenterologia e hepatologia possam fazer o seu acompanhamento médico.

Os fins alegados pela requerente, irmã da titular da informação, permitindo verificar que o pretendido acesso se adequa, permite afirmar que o direito de acesso aos documentos administrativos deve prevalecer relativamente ao direito à proteção da privacidade e da intimidade.

A regra geral no que diz respeito ao acesso à informação de saúde por parte de um terceiro (neste caso que acabámos de relatar um familiar) é, pois, em princípio proibido como já referimos. Exceptuam-se as situações em que há um consentimento do titular da informação a permitir esse acesso ou aquelas em que a própria lei estabelece essa permissão. No caso concreto, atendendo a que o titular da informação já havia falecido a situação encontra uma solução legal contemplada na Lei 12/2005. Mais precisamente no n.º 6 do artigo 18.º que determina que em circunstâncias especiais, em que a informação possa ter relevância para o tratamento ou a prevenção da recorrência de uma doença na família, essa informação pode ser processada e utilizada no contexto de aconselhamento genético, mesmo que já não seja possível obter o consentimento informado da pessoa a quem pertence.

Contudo, a solução já não estará tão facilitada no caso de acesso de terceiros (familiares) a informação de saúde de doentes vivos e que não prestem o seu consentimento. Partindo das seguintes premissas: (1) o acesso por terceiros é, em princípio, proibido; (2) não há consentimento do titular da informação e (3) não existe autorização legislativa (como sucede para o caso das pessoas já falecidas); a pergunta que se coloca é: como resolver esta questão?

Aqui tem existido algum conflito entre as duas

entidades administrativas nacionais (Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos e Comissão Nacional de Proteção de Dados) quanto à solução preconizada: a CADA com uma posição mais permissiva tem possibilitado o acesso nestas situações justificando, para tanto, que esse terceiro possui um interesse direto pessoal e legítimo enquanto que a CNPD com uma posição mais conservadora defende que não existindo o consentimento ou a autorização legal esse acesso não é possível. De qualquer forma, o recurso a uma ou outra entidade não é suficiente para uma solução clara e total da problemática. Na realidade, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos apenas se pode pronunciar sobre a informação genética que se encontra registada em documentos administrativos e, portanto, depositada, nos serviços de saúde que integrem o SNS, *lato sensu*. Ficam, portanto, afastados dessa solução todos e quaisquer doentes que sejam acompanhados no sector privado.

Em nossa opinião é, pois, necessário encontrar uma solução mais a montante e abrangente no sentido que se possa aplicar a qualquer caso quer este esteja a ser acompanhado no sector público quer no sector privado.

A doutrina maioritária tem entendido que não obstante não ser uma solução justa, não há qualquer dispositivo legal que permita esse acesso à informação de saúde e consequentemente à informação genética por parte de terceiros familiares (claro que poderemos tentar sempre mobilizar, num momento posterior, as causas de justificação que como já aqui referimos não trataremos).

Na nossa perspectiva deveremos, sim, tentar encontrar, pelo menos, uma solução no campo do direito constitucional que permite, nas situações devidamente justificadas, o acesso por parte dos familiares para que dessa forma possam conhecer

adequadamente o seu estatuto genético.

Como já referimos supra a informação de saúde cai no âmbito de abrangência da intimidade da vida privada e por esse motivo é tutelada por um direito fundamental previsto no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa. A otimização deste direito encontramos-la num outro direito fundamental previsto no artigo 35.º da CRP — o direito à autodeterminação informacional — que entre outras coisas prevê a proibição do acesso de terceiros.

Como solucionar?

Julgamos que a solução deverá ser encontrada na aplicação do princípio da proporcionalidade, em sentido lato, que permite verificar a prevalência de um direito relativamente ao outro, aferindo a relação entre as medidas e os fins prosseguidos, consoante a adequação das medidas aos fins, a necessidade das medidas e a medida justa.

Mas quais os direitos que deveremos contrapor aos já enunciados da reserva da intimidade da vida privada e familiar e da autodeterminação informacional para dessa forma justificar o afastamento e permitir a comunicação ao familiar terceiro?

Numa perspetiva jurídica deveremos mobilizar, pelo menos, dois direitos previstos na nossa Constituição — o direito à dignidade humana e o direito à proteção da saúde. Cláudio Luiz Pache refere que “O Direito Fundamental à Proteção da Saúde conecta-se com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana — o primeiro é imprescindível para a incolumidade do segundo — e, na sua dimensão negativa, impõe ao Estado e aos particulares o dever de não praticarem atos ofensivos à saúde alheia”¹⁸. Por sua vez, nos termos do direito à proteção de saúde (artigo 64.º) incumbe prioritariamente ao

Estado, nomeadamente: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência. Nas palavras do Provedor de Justiça, José de Faria Costa, este direito enquadra-se numa “dimensão dos direitos a condições de uma vida digna, ancorando-se basilamente, como é atributo de todos os direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁹. Reforçando, ainda, que “no seu delineamento típico, os direitos sociais recortam-se como direitos positivos ou a prestações, i.e., direitos que exigem do Estado uma conformação político-legislativa (direitos a prestações jurídicas)”.

Nessa medida, julgamos que aplicando o princípio da proporcionalidade, deveremos admitir uma restrição aos princípios da reserva da intimidade da vida privada e da autodeterminação informacional e fazer prevalecer, nas situações devidamente justificadas, o princípio da dignidade humana e o princípio da proteção à saúde.

De um ponto de vista ético, nas palavras de João Loureiro, e entrando um pouco em confronto com o princípio da autonomia, é aqui que aparece um princípio que não é um dos quatro da leitura principal

¹⁸ Pache, Cláudio Luiz, Liberdade individual vs. direito à proteção da saúde: um conflito de direitos fundamentais, RIDB, Ano 3 (2014), n.º 6, 4475-4526, p. 4449.

¹⁹ Negrito nosso.

avançada por Tom Beauchamp e James Childress, geralmente conhecida como mantra de Georgetown (respeito pela autonomia, beneficência, não maleficência, justiça)⁽²⁰⁾. O Autor refere o princípio da familiaridade.

Continua João Loureiro, partindo da análise de diversos textos, que *esboçando um quadro ético, que aproveita também concretizações jurídicas, se pode considerar as seguintes linhas de força, a saber:*

- a) *em termos de bens, é preciso que estejam em causa a vida ou a saúde (neste último caso, exigindo-se um “grave prejuízo”);*
- b) *quanto ao risco de enfermidade, exige-se que seja sério, averiguado por testes testes fiáveis, com significativo valor preditivo;*
- c) *no que toca às possibilidades de intervenção terapêutica, tem-se exigido que haja meios para*

prevenir, tratar ou minorar a doença; ou, noutra formulação, que medicina preditiva seja “sinónimo de medicina preventiva e/ou curativa”.⁽²¹⁾

Parece-nos pois, e em jeito de conclusão, que ético-juridicamente, no âmbito de um tratamento oncológico, ou mais precisamente aquando do recurso ao diagnóstico genético no âmbito do acompanhamento oncológico deveremos aceitar a comunicação intra-familiar da informação genética. Tal facto, se ocorrer sem que exista consentimento do titular da informação ou sem que exista uma autorização legal, deverá, pelo menos, ter-se como justificado ao abrigo da aplicação de um princípio da proporcionalidade mobilizado para dirimir o confronto entre princípios constitucionais.

²⁰ Loureiro, João, A árvore da vida e da morte: informação genética entre a autonomia e a familiaridade, in: Roberto Andorno/ Vítulia Ivone (Coord.), *Casos de bioética y derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch; G. Gia- ppichelli Editore, Torino, 2015.

²¹ Loureiro, João, A árvore da vida e da morte: informação genética entre a autonomia e a familiaridade, in: Roberto Andorno/ Vítulia Ivone (Coord.), *Casos de bioética y derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch; G. Gia- ppichelli Editore, Torino, 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR CEGUEIRA E SURDEZ PROVOCADAS POR “AIRBAG”: CONCAUSA PREEXISTENTE

Charles de Sousa Trigueiro ⁽¹⁾ Robson Antão de Medeiros⁽²⁾

Palavras Chaves: perda dos sentidos; explosão de airbag; responsabilidade; quantum indenizatório.⁽¹⁾⁽²⁾

Keywords: loss of the senses; airbag explosion; responsibility; quantum indemnification.

Resumo: O presente Artigo tem como objetivo analisar os casos de responsabilidade civil, por cegueira e surdez provocadas pela explosão ou disparo do “airbag” em acidentes automobilísticos. Para isso, inicialmente é feita uma descrição de vários casos de surdez e cegueiras provocadas por “airbag”. Depois é explicado o que se entende na literatura por debilidade permanente de sentido. Posteriormente, as descrições de concausas preexistentes, para a concorrência de casos de pessoas que já tinha perda parcial dos sentidos, a exemplo de visão monocular e surdez unilateral, e como conclusão, qual o percentual do quantum indenizatório que o perito deve se apegar nestes casos, sem fazer a chamada discriminação por motivo de deficiência.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the cases of civil liability, blindness and deafness caused by the explosion or firing of the airbag in motor vehicle accidents. For this, a description is initially made of several cases of deafness and blindness caused by airbag. Then what is understood in the literature is explained by permanent weakness of meaning. Subsequently, descriptions of preexisting concauses, for the compe-

tion of cases of people who already had partial loss of the senses, such as monocular vision and unilateral deafness, and as a conclusion, what percentage of the indemnity quantum that the expert must hold in these cases, without making the so-called discrimination on grounds of disability.

Introdução

Estima-se que em caso de colisão frontal, o airbag pode reduzir o risco de morte em 30 %.

Porém, acontece casos em que, após a colisão frontal, a explosão ou disparo do “airbag” pode provocar debilidade permanente de sentido, perda da visão ou audição.

No caso de responsabilidade, e fixação do quantum indenizatório, pela debilidade permanente de sentido, quando a pessoa que sofreu o evento traumático já tinha perda parcial dos sentidos, são casos mais complexo de analisar, no Brasil esses casos são conhecidos por concausa preexistente, em Português são chamados de estado anterior.

O presente trabalho teve como objetivo geral analisar os casos de cegueira e surdez provocadas por explosão de airbag, essa análise foi feita a luz do princípio da igualdade, considerando os casos de concausas preexistentes de pessoas que já se caracterizam pela deficiência sensorial parcial (visão monocular e surdez unilateral). E como objetivo específico constituiu uma análise da metodologia

¹ Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra — Portugal; Bacharel, Especialista e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba — UFPB; Servidor Técnico Administrativo em Educação na UFPB — Brasil.

² Professor Adjunto dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa Portugal.

usada pelo perito que fixará o *quantum* indenizatório quando existir concausas preexistentes, pela aplicação do princípio da proibição de discriminação por motivo de deficiência. Para concretizar os objetivos foi feita uma pesquisa compreendendo levantamento bibliográfico.

Para realização da presente investigação foi necessário aplicar o método dogmático, como a hermenêutica que os textos normativos recomendam, mas também o aporte à doutrina e à transversalidade das decisões judiciais foram necessários, desde que se trata de tema interdisciplinar de elevado teor econômico e social, tudo alinhado por uma tradição de pensamento racionalista igualitária.

A justificativa do problema é expor todos os detalhes que possam surgir como consequência jurídica, em termos de responsabilidade civil.

1. Explosão do “Airbag” e Surdez

Antonio Hernando Lorenzo (2012, p. 151/159) descreve um caso de uma espanhola que sofreu acidente de automóvel com ativação do “airbag”. E que a consequência foi a perda bilateral de audição de graus moderado e acentuado. Entretanto, é de se perceber que no caso de acionamento deste mecanismo, a intensidade do ruído variará em graus, tipos e tamanho distintos. Assim, um disparo de um *airbag* dianteiro produzirá um nível sonoro entre 160 e 170 (Decibéis). O mesmo acontece com os *airbags* laterais, ou seja, uma simples explosão deste instrumento de segurança, a resultar numa pressão sonora de mais de 140 (Decibéis), pode provocar uma perda grave da audição permanente, posto que ultrapassa em 20 % a pressão suportada pelo ouvido médio.⁽³⁾

³ Surdez por ativação de airbag: um caso. “Descreve-se o caso de uma condutora de 71 anos que sofreu um acidente por embate lateral de um motociclo no lado esquerdo do automóvel que conduzia.

Em dados empíricos, McFeely (1999, p. 367/373) estudou 20 pacientes que sofreram lesões otorrinas como consequência do acionamento de *airbags*. Em números, 17 acidentados (ou seja 85%) sofreram com perda subjetiva da audição. Dessas 17 pessoas, 10 (ou 59%) sofreram perda unilateral, os outros 7 acidentados (ou 41%) tiveram perda bilateral. Mas, para além disso, entre o número de todos os acidentados, 15 (ou 76%) tiveram perda persistente e irreversível.

De igual modo, num estudo com 70 pacientes feito por Richard Price (2007), os resultados indicaram que, das pessoas que sofreram acidente automobilístico em que houve a necessidade de acionamento automático do mecanismo de *airbag*, 17% tiveram perda permanente da audição.

Cunningham y Cols. (2000) apresentam um caso raro no que diz respeito à lesão por acionamento deste mecanismo de segurança, em que um paciente teve parte da orelha desfeita por conta da explosão do *airbag*. Os ossículos do ouvido médio foram movidos para o ouvido interno, o que gerou surdez total e paralisia facial. (Cunningham, 2000, pp. 637/639). No caso concreto, houve uma aura de enxaqueca e perfuração da membrana timpânica. (Price, 2007).

2. Disparo de “Airgag” e Cegueira

Existem casos de deficiência visual por conta do acionamento da bolsa de segurança dos veículos em

O *airbag* lateral e o do teto foram ativados. Não tinha antecedentes patológicos dignos de registro. Foi ao hospital por perda de audição e zumbidos. A otoscopia era normal. A audiometria mostrou hipoacusia completa no ouvido esquerdo e perda de 80 dB no ouvido direito, tendo sido medicada com corticoesteroides. Porque persistia a perda de audição efetuou-se TAC do ouvido, que não mostrou alterações nem lesão dos ossículos. Os potenciais evocados mostraram no ouvido direito uma hipoacusia indeterminada com o limiar de 50 dB e no ouvido esquerdo hipoacusia neurosensorial com o limiar de 60 dB. Os autores fazem uma revisão dos mecanismos da surdez provocada por *airbag*”.

colisão. Em um fato ocorrido na Espanha, uma mulher de 44 anos, sofreu traumatismo facial com o estouro do olho direito, fratura do assoalho da órbita direita larga, lesões faciais e laceração da orelha direita. Esta mulher ia no banco de passageiro, a condutora não sofreu ferimentos. (Lorenzo, 2013, p. 58)⁽⁴⁾

Um estudo realizado para descobrir a eficiência dos *airbag* observou estáticas dos anos de 1992 até 1997, tendo como referência a FARS – Sistema de Referência de Análises de Mortalidade, observou – se 9.859 acidentes em que veículos colidiram frontalmente, e que afetaram 19.718, desde motorista e passageiros. A Conclusão foi que a junção entre *airbag* e cinto de segurança, reduz mais de 80 % (oitenta por cento) o risco de morte (Crandall y cols, 2001, p. 153: 219-224)

Outros estudos indicam uma redução de 24 a 28 % na mortalidade em colisões frontais. (Segui-Gomez, 2000, p. 1575-1581)(Jama, 1998, p. 279: 506-507)

Lesões nos olhos apareceram após colisões de automóveis e foram relacionadas por 8% (oito por cento) de todas as lesões nos olhos descritas no Registro de Olho dos EUA entre 1982 e 1989. (Kuhn, 1994, p. 385-390) Apenas 7% dessas lesões oculares estavam relacionadas a *airbags*. (Joshua, 1999, p. 59-86)

Outro estudo, onde foram apresentados resumos de 14 casos concluiu que as lesões oculares mais frequentes devido ao *airbag* foram os hifema, que são definidos como o armazenamento de sangue na câmara anterior e as erosões corneanas. (Vichnin, 1995, p. 542-548)

⁴ Traumatismo ocular grave por *airbag*: “Descreve-se o caso de uma passageira do banco da frente de um automóvel que sofre um acidente (despiste com choque frontal direito contra barreira). A ocupante sofre fratura do pavimento da órbita e lesões oculares muito graves no olho direito, com rebentamento do globo ocular. Estes lesões, produzidas pelo *airbag*, foram facilitadas pela posição muito avançada do seu banco.”

A análise de outros 5 (cinco) casos concluiu que as hifemas foram encontradas em todos os casos, assim como contusões, rupturas de balão e descolamentos de retina. (Manche & Goldgerg, 1997, p. 246-250)

Um outro estudo com 11 casos, a conclusão foi por trauma da pálpebra, erosões e hifas da córnea foram descritas como as lesões mais prevalentes. (Ghafouri, 1997, p. 389-392)

Larkin GL referiu a primeira lesão corneana produzida pelo *airbag*. (1991, p. 444-446)

Em um caso de um ocupante de 76 anos de idade, do lado direito, que sofreu um pequeno acidente de trânsito. A análise percebeu que não havia fraturas orbitais e, depois que o *airbag* foi ativado, havia múltiplas erosões cutâneas perioculares e um rasgão profundo estendendo-se 3 cm abaixo da sobrancelha esquerda. (O’Hullomun, p. 44: 190)

Outro estudo de três lesões oculares associadas a um *airbag*, concluíram que as lesões incluíram abrasões faciais e corneanas, hifema e hemorragias intra-oculares, além de os autores do estudo descreverem um paciente que sofreu lesões oculares graves. (Scott, John & Stark, 1993, p. 111: 25)

Duma SM concluiu que em estudo de 25 casos, 23 apresentaram lesão ocular pós explosão de *airbag*. (1996, p. 114-119)

Um artigo clássico revisou a literatura de 1991 a 1998 e identificou 44 artigos descrevendo 97 pacientes com lesões oculares causadas por *airbag*: Houve abrasões na córnea em 49% dos ocupantes lesados, hifema em 43%, hemorragias no vítreo ou na retina em 25% e rupturas ou descolamentos da retina em 15%, ocorrendo convulsão por balão em 10 pacientes. (Stein, Jaeger & Jeffers, 1999, p. 59-86)

Um estudo feito em Taiwan com 3 (três) pacientes com lesões oculares por *airbag*, e que nenhum deles usava cinto de segurança, concluiu que

todos os três sofreram, entre outras lesões, hemorragia vítrea. Um deles também sofreu descolamento de retina. (Chang-Sue, 2004, p.425-431)

Um outro estudo na Coreia, refere-se a um caso muito semelhante ao que foi descrito pelo artigo de Lorenzo (2013, pp. 58)⁵: cita as lesões produzidas em uma mulher de 43 anos, a mangucora sofreu fratura periorbital, hifema, hemorragia vítrea e ruptura da coróide. (Jin-Man Kim, 2004, p.84-88) Onwuzuruigbo descreve uma luxação bilateral da lente após a ativação do airbag, com produção de cegueira bilateral, hemorragias na câmara anterior e erosões faciais. (Onwuzuruigbo, 1996, p. 314-316).

3. Debilidade Permanente de Sentido

Um dos aspectos que este tópico aborda é justamente a consequência jurídica, que uma cegueira ou surdez ocasionada pela explosão do airbag podem provocar. Este é um tema importante para a parte da medicina legal que estuda debilidade permanente, também é um tema significativo para a infelizmente, a parte do direito trabalhista, que estuda as incapacidades funcionais dos trabalhadores. Partindo do princípio que o acidentado tinha a visão ou audição normal, as consequências do acidente seria a debilidade permanente de sentido, diferentemente, no caso de antes do acidente, a vítima já tinha perda parcial dos sentidos, estamos diante de uma perda total ou inutilização de sentido por concausas preexistentes.

O Código Penal português trata da ofensa à integridade física simples, no artigo 143, e ofensa à integridade física grave, no artigo 144.

⁵ We report a case in which, the woman seating in the right front seat of a car that sustained a right-front crash against a fixed barrier, suffered severe facial injuries including a right orbital floor, and a blow-out injury to the right eye. These injuries were due to the airbag activation and probably were facilitated by an “out-of-position” – very near to the airbag – seating of the occupant.

Já o Código Penal brasileiro oferece uma proteção especial à perda da integridade física ou deficiência sensorial, no que tange aos aspectos jurídicos das lesões corporais, elencadas no art. 129. Nesse dispositivo, o legislador procurou descrever as modalidades que admitem o crime, bem como graduar o delito em intensidade, como lesão corporal de natureza leve, grave ou gravíssima.

Para Hélio Gomes (2005), o dano ou prejuízo deve ser entendido como alteração objetiva, mensurável, observável, ainda que fugaz, estática ou dinâmica, da estrutura orgânica ou psíquica do indivíduo, vinculada à ação causadora. A integridade corporal é o equilibrado funcionamento do organismo do indivíduo e depende da manutenção de sua estrutura tanto anatômica, quanto fisiológica e mental.

A jurisprudência e a doutrina dominantes no direito brasileiro reconhecem que, se em decorrência da lesão corporal, o indivíduo sofre a perda de um dos órgãos duplos, considera-se a lesão corporal como sendo de natureza grave (debilidade permanente de sentido), para a qual a pena cominada é mais severa, na modalidade reclusão e no tempo de cumprimento. Portanto, cominam-se penas mais severas para lesões que provocam alterações mais intensas no organismo ou na saúde física e/ou mental da vítima.

Nesse caso, quem deve provar a concausa preexistente? Este artigo defende que é a vítima. E que ela não pode se recusar a fazer os exames necessários para provar o estado anterior.

André Dias Pereira ao comentar os artigos 6º da Lei 45/2004, de 19 de Agosto, e o artigo 172º do Código de Processo Penal Português defende presumir-se a contemplação dos princípios da proporcionalidade e da adequação, determinando o dever da sujeição ao exame legista, e sustenta que na ponderação dos direitos fundamentais, os valo-

res devem se justificar aos outros, e a não aceitação pode enquadrar-se como crime de desobediência. (Pereira, 2015)

Em termos de deficiência sensorial, visão e audição, assim como existe a perda total que é a cegueira binocular e a surdez bilateral, existe a perda parcial, que é a visão monocular e a deficiência auditiva unilateral.

Assim, se a deficiência de, apenas, um dos olhos, ou de um dos ouvidos, não gerassem problemas nesses sentidos, a ponto de esses sujeitos serem enquadrados como se possuíssem visão e audição normais, o diploma penalista não teria classificado esses tipos de patologia em lesão corporal de natureza grave, mas sim, de acordo com o princípio da insignificância, em lesão corporal de natureza leve. Assim, o bem jurídico tutelado pelo legislador é a integridade física e psíquica do homem, bem indisponível por ser individual e social.

Concorrendo para a invalidez, a visão monocular e a surdez unilateral são concausas preexistentes, capazes de, com uma modificação na audição contralateral, gerar a incapacidade total, ou ainda, uma alteração na visão monocular ocasionar a invalidez permanente.

Para Hélio Gomes (2005, p. 326), o bem supremo da vida é a saúde: “condições de maior eficiência produtiva do homem”. Modernamente, a saúde passou a ter valor mais positivo, mais estável, menos extra-humano: valor econômico.

O homem é um animal que trabalha, que produz. Seu trabalho vale dinheiro. Quanto mais saúde tiver, tanto mais produzirá. Forte, resistente, bem alimentado, seu valor econômico, decorrente de sua capacidade de trabalhar e produzir, será grande. Fraco, subnutrido, com resistência mínima, será sua capacidade produtora reduzida. Doente, inválido, não terá valor, será peso morto na econo-

mia geral. (Gomes, 2005, p. 326).

Tanto a visão monocular quanto a surdez unilateral merecem tratamento diferenciado por parte do Estado pelo risco de agravamento da lesão ou alteração funcional pela continuidade do exercício da mesma função. Por exemplo: no caso de surdez bilateral, provocada por explosão de airbag, mesmo em pessoas que já tinham a surdez unilateral, ou, a deficiência visual binocular, mesmo em pessoas que já tinham a visão monocular, são concausas preexistentes, que não merecem ser discriminadas no caso da fixação do *quantum* indenizatório pela responsabilidade.

4. Concausa Preexistentes

No artigo *Interpretação prática do estado anterior na afectação do membro contralateral* os autores defendem que para se fazer uma avaliação pericial mais justa e equitativa, ao perito compete indicar o prejuízo funcional atual e verificar em que medida o estado patológico preexistente ou uma eventual predisposição concorreu para o resultado final do dano. Num certo número de casos, como a perda de olho único em pessoas com visão monocular ou uma lesão do braço contralateral em uma pessoa que já não tinha o outro membro, é necessário considerar a lesão já existente. Trata-se de danos que diminuem ou suprimem uma função já com debilidade, pelo que o estado anterior limitou a capacidade funcional do paciente debilitado. (Oliveira; Corte-Real & Vieira, 2014, p. 11 – 28).⁶

⁶ L'état antérieur de l'individu affecté est un des facteurs qui peuvent avoir une influence directe ou indirecte sur l'évaluation des conséquences résultant de l'actuation d'une cause précise de dommage corporel.

Quand on considère la problématique de l'état antérieur, on adopte fréquemment plusieurs solutions. Quelquefois on soustrait de l'incapacité permanente générique finale l'incapacité permanente professionnelle résultant d'un accident de travail précédent; ou bien on considère l'examiné comme n'ayant pas d'incapacité précédente; ou

Esses fatos, demonstram o tão debilitado são as pessoas que já perderam um dos órgãos duplos, não estando mais na capacidade plena, e sujeitos a qualquer outro acidente, passarem para incapacidade. Necessitando assim, de proteção especial do Estado.

Segundo Primo A. Brandimiller (1996), uma das características das doenças do trabalho é o concurso da predisposição individual: as condições orgânicas individuais desempenham um papel importante na patogênese da doença. Constituem os chamados fatores predisponentes. Em consequência, as doenças do trabalho afetam, apenas, parte dos trabalhadores expostos ao risco.

A predisposição individual constitui, portanto, um fator causal, resultando a doença de sua conjugação necessária com o exercício do trabalho. Faltando um dos fatores, a doença não ocorre. Esses fatores que contribuem combinadamente para a ocorrência do dano são denominados concausas (causas concorrentes) pela infortunistica.

Não constituindo o exercício do trabalho a causa exclusiva, mas uma concausa, não se exclui o direito à reparação do acidente ou doença ocupacional, princípio que é afirmado pelo inciso I, do art. 21, da Lei n.º 8.213/91, da lei previdenciária brasileira.

Deste modo, quando o dano pós-traumático atinge a mesma estrutura anatômica ou outras, desde que envolvidas na mesma função afetada por um

estado anterior, estamos perante um agravamento sinérgico do dano. Tal pode ser explicado pelo fato de que uma determinada função fisiológica depende geralmente da integridade de todas as estruturas anatômicas intervenientes na sua execução. A função de deambulação exige a integridade dos membros inferiores, a função visual ou auditiva necessita da intervenção de ambos os olhos ou ouvidos, respectivamente, a prensão ou a manipulação de objetos requer a funcionalidade de ambas as mãos ou dos cinco dedos de cada mão. Nestas situações pode ocorrer um agravamento funcional comparativamente com o estado patológico preexistente, como é o caso do indivíduo que já apresentava dois dedos de uma mão ausentes e na sequência de um traumatismo sofreu amputação traumática dos restantes três dedos dessa mão. (Criado del Rio, 1999, p. 246 — 275).

O agravamento sinérgico pode ocorrer quando, em virtude da debilidade da estrutura já lesionada, uma outra estrutura anatômica assume a sua função por substituição (i); ou quando a função é exercida por um órgão duplo (ii) (Fagnart; Lucas & Rixhon, 2009, p. 35 — 81):

- i) Na substituição é necessária uma avaliação individual e cautelosa de cada situação, de modo que o perito médico esteja atento a sinergias não usuais. Refira-se alguns exemplos: a perda de uma mão num indivíduo surdo-mudo cuja linguagem é efectuada bimanualmente; a perda da mão dominante num indivíduo paraplégico que vê a sua autonomia condicionada a uma cadeira de rodas; a perda do terceiro dedo de uma mão num indivíduo que já não apresentava o dedo indicador dessa mão. Neste último caso, o terceiro dedo assumia, para além da sua função, uma parte da função

do dedo indicador que se encontrava ausente, sendo que os dedos da mesma mão são sinérgicos entre si na função de prensão. Nestas situações deverão descrever-se pormenorizadamente as limitações constatadas, para que a reparação do dano seja efectuada de forma consciente e a mais justa possível.

- ii) No caso de uma função poder ser exercida por um órgão duplo, quando ocorre uma lesão num desses órgãos, a função pode ser mais ou menos asseguradas pelo órgão remanescente que se encontra funcionando. No entanto, a perda do órgão remanescente provoca a perda total da função. Um exemplo clássico é o indivíduo com uma cegueira unilateral que perde o olho funcionante na sequência de um traumatismo. De modo idêntico, enquadra-se a situação de um indivíduo que apresenta ausência de um pé e na sequência de um traumatismo resulta uma amputação do pé contralateral, tendo em conta que os pés são estruturas sinérgicas para a marcha e transferências de posição.

Resumindo, é importante a prevenção no caso das concausas preexistentes, uma vez que são considerados agravamentos de danos sinérgicos quando a função afetada pelo estado anterior é assegurada por um órgão duplo. Um exemplo clássico é o indivíduo com visão monocular que perde o olho funcional remanescente na sequência de um evento traumático. No caso concreto, o que está em causa é a perda total da função visual. (Oliveira; Corte-Real & Vieira, 2014, p. 11 — 28).

5. Responsabilidade e *Quantum Indenizatório*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil se pacificou no sentido que em caso de provocação de debilidade permanente após o disparo do airbag, a responsabilidade é da fabricante/montadora do veículo.⁽⁷⁾

O problema surge em saber qual será o percentual de fixação do quantum indenizatório no caso de inutilização dos sentidos, com concausa preexistente.

Pelo artigo 563 do Código Civil Português, *in verbis*: “a obrigação de indenização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Esse é um artigo de difícil interpretação, por isso não é fácil responder dois problemas: 1) no caso se seria justo ao responsável ter que indenizar um estado que ele não provocou; 2) ou se seria justo, a vítima que viveria para sempre com sua visão ou audição parcial, ter que viver a vida toda com a perda total dos sentidos. Vieira e Corte-Real procuram responder esses casos com três formulas: “a) O traumatismo não agravou o estado anterior, nem este teve influência negativa sobre as consequências daquele;” (esse primeiro caso não interessa para o presente artigo) “b) O estado anterior teve influência negativa sobre as consequências do traumatismo; c) o traumatismo agravou o estado anterior ou exteriorizou uma patologia latente”. (Vieira & Corte-Real, 2008)

⁷ Direito do consumidor. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral. Acidente de trânsito. Segurança. Graves lesões. Fundamento do Acórdão não impugnado. Súmula 283/STF. Interesse recursal. Questões resolvidas pelo tribunal de origem. Ausência. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Mecanismo de Segurança. Risco inerente. Produto defeituoso. Excesso. Revisão do valor da compensação. (Recurso Especial nº 1.656.614 – SC 2014/0173805-6. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira turma. Julgado: 23/05/2017)

encore en utilisant ou non la règle de la capacité restante on consulte le Bareme National des Incapacités, et on arrive à une valeur fondée sur une alinéa ou article détermine.

Sans avoir l'intention de favoriser l'une ou l'autre des parties litigantes sem utilisant n'importe laquelle des méthodes indiquées, les experts utilisent habituellement ce qui leur semble le plus convenable à la situation, ce qui veut dire qu'on peut ainsi obtenir des incapacités permanentes assez différentes même quand on a arrivé à une valorisation semblable des séquelles présentes.

L'auteur a établi une méthodologie applicable à tous les cas de valorization de l'état antérieur dans l'évaluation du dommage corporel en droit commun.

Contando com o Princípio da personalização do dano, os autores retro propõem uma solução intermediária:

Um exemplo clássico é o indivíduo com uma cegueira unilateral que perde o olho funcional remanescente na sequência de um evento traumático. Neste caso, o que está em causa é a perda total da função visual. De acordo com a TIC, a amaurose unilateral prevê a atribuição de um déficit funcional permanente de 25 pontos enquanto a perda total da função visual confere um valor de déficit de 85 pontos. Conforme anteriormente mencionado e tendo em vista uma solução intermédia entre as partes intervenientes, parece razoável propor-se nesta situação um déficit funcional permanente de 60 pontos, correspondente à situação de agravamento. (Oliveira; Corte-Real & Vieira,, 2014, p. 21).

No caso, da afectação da função sensorial, auditiva, consultando a Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, a surdez unilateral confere um DFP fixo de 15 pontos, no entanto, a perda total da função auditiva corresponde a 60 pontos. Os autores em comento chamam de princípio da capacidade restante. (Oliveira; Corte-Real & Vieira,, dez de 2012)

Para fazer a responsabilidade de um dano, faz-se necessário, que seja feita a avaliação tridimensional do dano. (Magalhães, 1998)

No direito Brasileiro essa interpretação tem que ser feita a luz do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. No seu preâmbulo, consagra o reconhecimento de que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano. Conhecida como Convenção de Nova York, e por ser um tratado da

Organização das Nações Unidas, ficou no plano mundial, e foi este o primeiro tratado internacional de direitos humanos ratificado com o *status* de Emenda Constitucional pelo Brasil, conforme a regra do § 3º, art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Já no Preâmbulo a Convenção destaca as difíceis condições de vida, sujeitas a agravadas formas de discriminação, realçando que a maioria das pessoas com deficiência vivem na pobreza. E no Artigo 2.º destaca a discriminação por motivo de deficiência.⁽⁸⁾

Ou seja, a interpretação que o perito deve fazer, não pode ser restritiva, uma vez que o artigo quarto da Convenção ampliou os direitos das pessoas com deficiências.⁽⁹⁾ Contando, com a proteção a integridade física descrita no artigo 17 da Convenção dos direitos das pessoas com deficiência.

A prevenção do direito a saúde das pessoas com deficiência, incluindo reabilitação, com detecção e intervenção atempada visando a minimizar os efeitos da deficiência, proibindo qualquer forma de discriminação no tocante a seguros saúde. Alinha-se a tese defendida neste artigo, do perito não

⁸ «Discriminação com base na deficiência» designa qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objectivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, económico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis;

⁹ Artigo 4.º
Obrigações gerais

1 — Os Estados Partes comprometem-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência sem qualquer discriminação com base na deficiência. Para este fim, os Estados Partes comprometem-se a(...)

4 — Nenhuma disposição da presente Convenção afecta quaisquer disposições que sejam mais favoráveis à realização dos direitos das pessoas com deficiência e que possam figurar na legislação de um Estado Parte ou direito internacional em vigor para esse Estado. Não existirá qualquer restrição ou derrogação de qualquer um dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou em vigor em qualquer Estado Parte na presente Convenção de acordo com a lei, convenções, regulamentos ou costumes com o pretexto de que a presente Convenção não reconhece tais direitos ou liberdades ou que os reconhece em menor grau.

discriminar a responsabilidade por inutilização dos sentidos, com concausa preexistente. Isso, em consonância com o artigo 25 da Convenção.⁽¹⁰⁾

No caso Brasileiro, a fixação do quantum indenizatório é feita pela Tabela de Invalidez Total ou Parcial por Acidente (Supep):

Perda da visão de ambos os olhos — 100 %

Perda total da visão de um olho — 30%

Perda total da visão de um olho, quando o segurado já não tiver a outra vista — 70%

Surdez total e incurável de ambos os ouvidos — 40%

Surdez total e incurável de um dos ouvidos — 20%

É de se perceber que a tabela brasileira tinha uma interpretação semelhante aos doutrinadores portugueses. Porém, esta é uma interpretação que não se sustenta perante a Convenção da ONU das pessoas com deficiência, que no artigo segundo consagra o princípio da proibição de “discriminação por motivo de deficiência”.

Desta forma, qualquer interpretação que o perito administrativa ou judicialmente possa fazer em relação as concausas preexistentes, não pode o perito fazer nenhum tipo de discriminação, uma vez que a legislação infraconstitucional brasileira é norma inferior a presente Convenção, pelo princí-

¹⁰ Artigo 25.º

Saúde

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm direito ao gozo do melhor estado de saúde possível sem discriminação com base na deficiência. Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para garantir o acesso às pessoas com deficiência aos serviços de saúde que tenham em conta as especificidades do género, incluindo a reabilitação relacionada com a saúde. Os Estados Partes devem, nomeadamente:

b) Providenciar os serviços de saúde necessários às pessoas com deficiência, especialmente devido à sua deficiência, incluindo a detecção e intervenção atempada, sempre que apropriado, e os serviços destinados a minimizar e prevenir outras deficiências, incluindo entre crianças e idosos;

e) Proibir a discriminação contra pessoas com deficiência na obtenção de seguros de saúde e seguros de vida, sempre que esses seguros sejam permitidos pelo Direito interno, os quais devem ser disponibilizados de forma justa e razoável;

pio da hierarquia das leis. (Artigo 59 da Constituição Brasileira de 1988)

Ou seja, o perito brasileiro ao fixar o quantum indenizatório deve deixar de lado a discriminação contra as concausas preexistentes.

Considerações Finais

No caso de concausa preexistente o que pode acontecer é uma maior dificuldade para o perito analisar o real alcance do dano, após o novo trauma. Mesmo que exista vários novos estudos, feitos nesta área, ainda resta muito debate para que a doutrina possa solucionar, devido ao fato complexo, por conta da falta de uniformização na jurisprudência.

O presente artigo analisou casos da doutrina Portuguesa que tem defendido, nos casos de agravamento do estado anterior por trauma, na valoração do percentual da indenização, o perito deve se fixar na capacidade restante antes e após o trauma, para que o cálculo seja feito pela diferença, ou seja, desviando-se da previsão da tabela de incapacidades. Com isso, o artigo fez um estudo comparado com a realidade Brasileira, para defender a fixação do percentual máximo da Tabela de Invalidez Total ou Parcial por Acidente (Supep), alinhando-se ao princípio da não discriminação por motivo de deficiência, assegurada pela Convenção da ONU dos direitos das pessoas com deficiência, e pelo inciso I, do art. 21, da Lei n.º 8.213/91, da lei previdenciária brasileira.

Referência

- Brandimiller, P. A. (1996). *Perícia judicial em acidentes e doenças do trabalho*. São Paulo: SENAC.
- Crandall CS y cols. (2011). Mortality reduction with air bag seat belt use in head-on passenger car collisions. *A. J. Epidem*; 153: 219-224.
- Criado del Rio, MT. (1999). Relacion causal. Estado anterior.

IN: *Valoracion médico legal del Daño a la Persona. Civil, penal, laboral e administrativa. Responsabilidade profesional del perito médico. Colex, Madrid.*

Cunningham, C. D.; Weber, P. C.; and J. Cur'e. (2003). Neurotologic complications associated with deployment of airbags. *Otorhinolaryngol Belg*; 57 (3): 177-81.

Duma SM y cols. (1996). Airbag-induced eye injuries: a report of 25 cases. *J. Trauma*; 114-119.

Fagnart, J.L., Lucas, P., & Rixhon, E. (2009). Predisposition et état antérieur. IN: *Nouvelle approche des prejudices corporels. Évolutions! Révolution? Résolutions...* Éditions du Jeune Barreau de Liège. *Anthemis s.a. Belgique.*

Gomes, H. (2005). *Medicina Legal*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

Ghafouri A., Burgess SK., & Hrdlicka ZK, *et al.* (1997). Air bag-related ocular trauma. *Am. J. Emerg. Med*; 15: 3989-392.

Graham J., Tompson K., Goldie S., Segui-Gomez M., & Weinstein M. (1997). The cost-effectiveness of airbags by seating position. *Jama - J* (1998). *Am Med Assoc*; 278: 1418-1425. *Reply JAMA - J. Am Med Assoc*; 279: 506-507

Jin-Man Kim, Keun-Oh Kim, Young-Duk Kim, & Gwang-Ju Choi. (2004). A case of air-bag associated severe ocular injury. *Korena J. Ophthalmol.*

Joshua D., Edward A., & John B. (1999). Air bags and ocular injuries. *TAOS Annual Meeting*; 97: 59-86.

Larkin G.L. (1991). Airbag-mediated corneal injury. *Am. J. Emerg. Med.* p. 444-446.

Lorenzo, A. E. Hernando. *et al.* (dez de 2012) Sordera por activación del airbag: um caso. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Ano XXI, n. 23, Coimbra.

Lorenzo, A. E. Hernando. *et al.* (dez de 2013) Traumatismo ocular grave por airbag. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Ano XXII, n. 24, Coimbra.

Kuhn F., Collins P., & Morris R. (1994). Epidemiology of motor vehicle crash-related serious eye injuries. *Accid. Anal. Prev*; 26: 385-390

Magalhães, T. (1998) *Estudo tridimensional do dano corporal: lesão, função e situação* (sua aplicação médico-legal). Almedina. Coimbra; pp. 48-56; 199-200.

Manche E.E., & Goldgerg R.A. (1997). Airbag relatd oclar injuries. *Ophthalmic Surg*; 28: 246-250.

Mcfely WJ, Bojrab DI y cols., (Oct 1999). Otologic injuries caused by airbag deployment, *Otolaryngology, Head and Neck Surgery*, v. 121, n. 4, pp. 367 – 373.

Oliveira, C., Corte-Real, F., & Vieira, D. N. (Coimbra: dez de 2012). Estado anterior. Contributo para a sua caracterização na perspectiva da avaliação médico-legal. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Ano XXI, n. 23, Coimbra.

Oliveira, C., Corte-Real, F., & Vieira, D. N. (Coimbra: dez de 2014) Interpretação prática do estado anterior na afectação do membro contralateral. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Ano XXIII, n. 25.

O'Hullomun H.S. y cols. Primary enucleation as a consequence of airbag injury. *J. Trauma*, 44: 190.

Onwuzuruigbo, Chuks J., Fulda, Gerard J., Larned, David, Hailstone, & Dalva. (1996). Case report: traumatic blindness after airbag deployment: bilateral lenticular dislocation, *J. Trauma*.

Pereira, A. D. (2005). O Consentimento (informado) na Actividade Pericial Forense. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. P. 14 (15): 11-45.

Price, R. (2007). Intense impulse noise: hearing conservation's poison gas. Paper presented at: *annual Conference of the National H1, earing Conservation Association*, February 16.

Scott I.U., John G.R., y Stark W.J. (1993) Airbag-associated ocular injury and periorbital fractures. *Arch. Ophthalmol*. 111: 25.

Segui-Gomez M. (2000). Driver airbag effectiveness by severity of the crash. *Am. J. Public Health*; 90: 1575-1581.

Stein J.D., Jaeger E.A., & Jeffers J.B. (1999). Air bags and ocular injuries. *TR. Am. Ophth. Soc*, p. 59-86.

Vichnin M.C., Jaeger E.A., & Gault JÁ *et al.* (1995). Ocular injuries related to air bag inflation. *Ophthalmic Surg. Lasers*: 26: 542-548.

Vieira D.N., & Corte-Real F. (2008). Nexo de causalidade em avaliação do dano corporal. In: Vieira DN; Quintero JA. Aspectos práticos da avaliação do dano corporal em Direito Civil. Biblioteca Seguros; 2008. pp. 61-83.

Yang1 Chang-Sue Yang Tzu-Fang Chou1, Jorn-Hon Liu, & Wen-Ming Hsu1. (2004). Case report: air bag associated posterior segment ocular trauma. *J. Chin. Med. Assoc.*

LOS MENORES Y LAS DIETAS ALIMENTICIAS. POSIBLES RESPONSABLES

Cristina Lopez Sánchez ⁽¹⁾

Palabras clave: *responsabilidad de los padres, alimentación, dietas vegetarianas, dietas veganas, Derecho de daños.*

Keywords: *parents' liability, nutrition, vegetarian diet, vegan diet, Tort Law.*

Resumen: *Últimamente el Derecho de daños ha penetrado en el ámbito de la familia generando demandas de responsabilidad civil. En este trabajo vamos a centrarnos en la posible responsabilidad de los padres, como titulares de la patria potestad, en relación con los hijos menores, en los casos de dietas alimenticias no adecuadas para su salud.*

Abstract: *Recently Tort Law has penetrated into the Family and it has generated liability claims. In particular, in this paper we will focus on the potential parents' liability in connection with minor children, in cases of unhealthy diets.*

Sumario: *I. Escenario de partida.- II. El Derecho de daños en las relaciones paterno-filiales. III. Daños a la salud de los hijos menores ante la disyuntiva de las dietas alimenticias. 1. Daños derivados de la dieta alimenticia. 1.1) Dietas altas en grasas saturadas. La obesidad. 1.2) Dietas veganas o vegetarianas. 1.3) Posibles responsabilidades. 2. La edad de los hijos y la capacidad para tomar decisiones.*

I. Escenario de partida

En los últimos tiempos, la penetración del Derecho de daños en las relaciones familiares está siendo una realidad, partiendo de la premisa de

que las sanciones penales o las específicas del Derecho de familia no siempre resultan suficientes. A pesar de esta nueva tendencia, por el momento no contamos con demasiados pronunciamientos jurisprudenciales y menos aún si nos ceñimos a la consideración de las relaciones entre padres e hijos. En concreto, y a pesar de que los padres pueden responder por los daños causados a la salud o a la integridad física de sus hijos⁽²⁾, los tribunales españoles no han tenido ocasión de pronunciarse a este respecto. Por ejemplo, uno de los temas a tratar dentro de esa posible responsabilidad comprendería los daños que pudieran sufrir los hijos menores derivados de la alimentación que los padres les procuran, es decir, ante la disyuntiva de optar por una u otra dieta alimenticia. El empleo de dietas no convencionales es una opción para los padres, que deberían ser conscientes de las necesidades de sus hijos e informarse de los beneficios e inconvenientes que conlleva seguir una alimentación alternativa. Y aunque bien planificadas estas dietas son apropiadas para todas las etapas de la vida, si no se adoptan ciertas cautelas y se siguen las prescripciones médicas podrían llegar a causar serias complicaciones en la salud de un menor de edad.

127

¹ Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Miguel Hernández de Elche

² Un estudio más detallado en LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AAVV., *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-293.

Asimismo, es fundamental traer a colación en cada caso la edad concreta de los menores, pues a medida que estos cumplen años van adquiriendo mayores cotas de autonomía y, en proporción directamente proporcional, cogemos que a mayor autonomía de los menores, menor responsabilidad de sus padres.

Una alimentación correcta es muy importante para un adecuado desarrollo y funcionamiento del cerebro. Si en los primeros años de vida se forman las estructuras cerebrales, en esa etapa es necesario llevar a cabo una alimentación que contenga los nutrientes necesarios para ello⁽³⁾. En este contexto la doctrina española prácticamente no se ha preocupado por los daños que los padres pueden causar a sus hijos menores. Aun así, parece que nada nos impide aplicar las normas de responsabilidad civil a estos supuestos, en concreto el art. 1902 CC. La familia no puede amparar comportamientos dañinos, y la jurisprudencia ha entendido que –si bien en otro contexto– es posible presentar, al amparo del 1902 CC una demanda reclamando indemnización por daños sufridos en determinadas situaciones⁽⁴⁾. Dado que el Derecho de Familia no contiene normas particulares aplicables a la responsabilidad por daños entre familiares ni tampoco contiene normas que excluyan su resarcimiento, nada obsta que podamos aplicar, en los casos que corresponda, las reglas generales de la responsabilidad civil⁽⁵⁾.

³ Así, CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 47-48.

⁴ En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *La Ley* 2007-II, p. 1658.

⁵ Igualmente, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 82-83.

II. El Derecho de daños en las relaciones paterno-filiales

En el ejercicio de la patria potestad, los padres deben proporcionar a sus hijos todo tipo de alimentos. En sentido estricto, y cuando de alimentación propiamente dicha se trata, no hay que descuidar los aportes en la dieta de alimentos con calcio, hierro o de determinadas vitaminas y proteínas, así como también disminuir el consumo de grasas saturadas o la ingesta de alimentos inapropiados.

A pesar de que el Tribunal Supremo ha señalado que la responsabilidad en el ámbito familiar constituye una “materia incipiente”⁽⁶⁾, en diversos ámbitos se ha abierto camino la tesis que se pronuncia a favor de la admisibilidad de los planteamientos resarcitorios en el Derecho de Familia⁽⁷⁾. Sin embargo y precisamente porque subsisten dudas y vacilaciones sobre la viabilidad de ciertas demandas, conviene traer a colación la sentencia del Pleno de la Sala de lo civil del TS que ha sentado criterio en relación con la posible reclamación por daños morales del padre que descubre que no es el verdadero padre biológico, que no podrá reclamar daños morales a la madre. Si bien los hechos se encuadran en un escenario distinto, resulta relevante por cuanto que si bien hasta ahora el supuesto padre no podía reclamar daños por los gastos de alimentación y demás invertidos en un hijo que finalmente resulta no serlo, lo que constituye un criterio novedoso es que no podrá exigir tampoco los daños morales por “la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba

⁶ STS 30 junio 2008 (RJ 2009, 5490).

⁷ Asimismo, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El criterio de imputación”, *cit.*, p. 80.

de un hijo ajeno”. Según establece el Tribunal Supremo “no se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”. Puntualizando además que “Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culpable o negligente de quien lo causa”. “Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio (...) mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación”⁽⁸⁾.

Volviendo al tema que ahora nos ocupa, dado que en nuestro ordenamiento jurídico civil hay previstas ciertas medidas contra la violación de las obligaciones paterno-filiales, sólo se debería acudir al Derecho de daños de manera subsidiaria.

⁸ JUR\2018\313404, Fundamento de Derecho cuarto.

En este sentido, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad puede llevar consigo la pérdida de la patria potestad (art. 170 CC), la desheredación (art. 854 CC) y, entre las causas de indignidad para suceder a los hijos, son incapaces de suceder por causa de indignidad los padres que hubieran abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos (art. 756 CC). Así las cosas, el recurso al Derecho de daños debería ser secundario con respecto a las normas especiales del Derecho privado, que serían de aplicación preferente⁽⁹⁾. Es por tanto preferible que los conflictos derivados de las relaciones familiares se resuelvan con criterios de Derecho de familia, no con criterios de responsabilidad civil, lo que no significa que no podamos aplicar el art. 1902 CC, sino que si aplicamos a modo de panacea universal el art. 1902 CC, estaríamos confiriéndole una función que no le corresponde y acabaríamos por desnaturalizarlo.

III. Daños causados a la salud de los hijos menores ante la disyuntiva de las dietas alimenticias

La alimentación de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad es responsabilidad de los padres, pudiendo estos llegar a responder de los daños que aquellos sufrieran, siempre y cuando los daños hubieran sido consecuencia directa de una actuación culpable o dolosa de los progenitores y se dieran los demás presupuestos legales para dar entrada a la responsabilidad civil⁽¹⁰⁾. Para que nazca la obligación de responsabilidad de los padres es

⁹ En el mismo sentido, MARTÍN CASALS, M./RIBOT, J.: “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *ADC*, vol. LXIV, 2011, núm. 2, p. 528.

¹⁰ En idéntico sentido, SEDA, M.: “Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana”, en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, p. 411.

necesario que concurren los siguientes elementos: una acción u omisión realizada con consciencia y voluntad, un daño o menoscabo de un bien patrimonial o personal, una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, y la culpabilidad.

En todo caso el daño ha de suponer una lesión de cierta gravedad, quedando fuera del concepto de daño resarcible las simples molestias, inconvenientes o incomodidades propios de la misma convivencia familiar entre padres e hijos⁽¹¹⁾. No es la infracción de los deberes familiares lo que, en sí misma, constituye un daño ilícito que implica la creación de una obligación resarcitoria, sino que el perjuicio haya alcanzado otros intereses, los derechos fundamentales, dotados de la tutela constitucional que corresponde al familiar perjudicado⁽¹²⁾.

La culpabilidad a la que se refiere el art. 1902 CC supone que los padres causantes del daño han actuado con dolo o culpa. Hay dolo cuando el agente material se ha representado la actividad dañosa y ha aceptado sus consecuencias, mientras que habría culpa en el caso de que el agente no adoptase las medidas de cuidado que hubiera empleado una persona diligente para evitar el daño que finalmente se ha ocasionado.

Nos vamos a referir a los daños que sufren los hijos menores como consecuencia de una inadecua-

da o deficiente alimentación, tanto dolosa como culposa, si bien es cierto que la mayoría de casos se reconducen a la falta de diligencia de los padres, ya que cuando los padres actúan con dolo, estaríamos ante supuestos más próximos al Derecho penal.

1. Daños derivados de la dieta alimenticia

Alimentación y nutrición no son términos intercambiables sino complementarios entre sí. Las personas necesitamos materiales con los que construir o reparar el propio organismo, energía para hacerlo funcionar y reguladores que controlen ese proceso. En definitiva, necesitamos los nutrientes (lípidos, hidratos de carbono, proteínas, vitaminas, minerales y agua), que forman parte de los alimentos que ingerimos. Por otro lado, la alimentación es el conjunto de acciones que permiten la introducción en nuestro organismo de alimentos. Donde termina la alimentación empieza la nutrición, es decir, ésta comienza cuando los alimentos entran en el aparato digestivo⁽¹³⁾.

El término dieta hace referencia al hábito alimenticio de una persona. Existe una gran variedad de dietas, dependiendo su elección de factores como la religión, la cultura, los recursos económicos y geográficos, entre otros⁽¹⁴⁾. Así, en algunos casos las creencias religiosas privan de ciertos alimentos. El ayuno y la restricción alimentaria han sido prácticas habituales para conseguir la perfección del espíritu. En ocasiones la restricción se refiere al consumo de un alimento o bebida y en

¹³ La alimentación es un acto voluntario mientras que la nutrición es un acto involuntario, de ahí la importancia de la correcta elección del tipo de alimentos y cantidad que introducimos en el organismo. De ello dependerá una correcta nutrición y en consecuencia una buena salud, así, CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 29-30.

¹⁴ En el mismo sentido, SIMÓN MAGRO, E./ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos", *cit.*, p. 397.

otros al ayuno durante un periodo concreto, por ejemplo, la mayoría de hindúes no come carne de res y algunos nunca comen alimentos de origen animal, excepto la leche y derivados lácteos, ya que su religión les prohíbe sacrificar animales; la religión católica limita el consumo de carnes rojas durante el tiempo de cuaresma; los protestantes no ingieren bebidas alcohólicas; los mormones no toman carne ni bebidas alcohólicas o con cola; y la religión islámica, practicada por una parte importante de la población inmigrante, obliga a consumir alimentos Halal⁽¹⁵⁾.

Con todo, no nos detendremos en estos condicionantes religiosos dado que, salvo en situaciones muy extremas, no influyen decisivamente en la salud de los menores. Lo que sí merece nuestra atención son los tipos de dietas alimenticias y a tal fin nos aproximaremos a las categorías principales, diferenciando la dieta omnívora, que es la más común porque en ella se consumen alimentos de todo tipo, tanto de origen animal como vegetal, de lo que podríamos llamar dietas alternativas en el sentido de que se alejan de los patrones dietéticos convencionales.

Dentro de las llamadas dietas alternativas, en las dietas vegetarianas no se incluyen productos de origen animal y en algunos casos ni siquiera sus derivados, como el huevo, la leche o la miel⁽¹⁶⁾, siendo en ellas fundamental el consumo de alimentos

¹⁵ Un alimento es Halal cuando no presente en su composición ingredientes o sustancias provenientes de animales prohibidos en el Corán, y además los animales deben ser sacrificados como indican las leyes islámicas. Además, durante el Ramadán, practicado por muchos inmigrantes musulmanes, la abstinencia incluye un concepto más amplio que el ayuno de alimento y bebida durante todo el día, ya que por ejemplo se eliminan los actos sociales, SIMÓN MAGRO, E./ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos y tipos de alimentación alternativa", en AAVV.: *Bases de la alimentación humana*, (coord. por V. M. Rodríguez Rivera y E. Simón Magro), Netbiblo, La Coruña, 2008, p. 397.

¹⁶ Entre otros, SABATÉ, J.: *Nutrición vegetariana*, Safelix Científica, Toledo, 2005, p. 175.

de origen vegetal (frutas, verduras, legumbres, hortalizas, semillas, granos, etc.). Por eso distinguimos entre quienes no admiten ninguna ingesta de productos de origen animal ni de sus derivados, que serían los vegetarianos estrictos o vegetarianos puros (también denominados veganos); los que consumen miel, huevos y lácteos (apiovolactovegetarianos); aquellos que sí consumen leche (lactovegetarianos); los que consumen huevos (ovovegetarianos); los que consumen tanto leche como huevos (ovolactovegetarianos) y, por último, los que únicamente comen fruta, que son los que practican el frugivorismo. Por otro lado, tenemos el crudismo, crudivorismo o alimentación crudista, donde se toman los alimentos sin cocinar, no procesados y orgánicos. Aunque el crudismo implica la ingesta de todo alimento que sea crudo, vegetal o animal, en la actualidad la inmensa mayoría también son vegetarianos (crudivegetarianismo) o directamente veganos (crudiveganismo). Por último, la alimentación macrobiótica consiste en atender las particularidades de cada alimento para obtener la libertad de utilizarlos según los objetivos y necesidades personales⁽¹⁷⁾.

En todo caso, en este terreno hay que hacer acopio de grandes dosis de sentido común, pues en ocasiones se consumen tantos productos animales que se llega a poner en riesgo la propia salud, incluso más que si se sigue una dieta vegana, pero del mismo modo que en tal caso la respuesta no puede ser la de suprimir toda ingesta de productos animales sino comerlos en su justa cantidad, el mismo criterio de sensatez ha de imperar en torno a los complementos nutricionales y controles médicos de las dietas vegetarianas.

¹⁷ SIMÓN MAGRO, E./ZABALA LETONA, A.: "Hábitos dietéticos", *cit.*, p. 396.

¹¹ Igualmente, SESTA, M.: "La filiazione", en AA.VV.: *Trattato di Diritto Privato. Filiazione, adozione, alimenti*, IV, (dir. da M. Bessone e a cura di T. Auletta), Giappichelli, Torino, 2011, pp. 392-393; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B./PÉREZ VALLEJO, A. M.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012, p. 21; ATIENZA NAVARRO, M. L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en AA.VV.: *Daños en el Derecho de familia*, (coord. por J. R De Verda y Beamonte), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 67; GONZÁLEZ BEILFUSS, C./NAVARRO MICHEL, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)", *RJC*, 2010, núm. 3, p. 830; BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, núm. 4-3, p. 294.

¹² SESTA, M.: "Infracción de los deberes familiares", *cit.*, p. 411.

1.1 Dietas altas en grasas saturadas. La obesidad entre niños y adolescentes

En los países desarrollados las posibilidades para elegir alimentos son ilimitadas; el problema no es la escasez, sino el exceso. Ello ha provocado que en la sociedad sedentaria e hipernutrida en la que vivimos nos preocupen las alteraciones cardiovasculares, la obesidad, la elevación del colesterol en sangre, la diabetes, la hipertensión arterial, el riesgo de infarto de miocardio y cerebral, todo ello relacionado con la alimentación⁽¹⁸⁾. El seguimiento de una dieta equilibrada es beneficioso para evitar la aparición o coadyuvar en el tratamiento de enfermedades. Efectivamente, a pesar de que el modelo dietético español se ha caracterizado por la dieta mediterránea, estamos asistiendo a una transformación de nuestros hábitos de consumo hacia otros menos saludables⁽¹⁹⁾, en donde abundan las grasas y se come en exceso, lo cual supone un verdadero riesgo para la salud, al conducir hacia un incremento de la obesidad en la infancia y en la adolescencia⁽²⁰⁾.

A tal fin consideramos conveniente una reflexión acerca de los factores que condicionan la elección de alimentos y sobre si la obesidad de los niños es responsabilidad de sus padres. Llegados este punto no podemos admitir de entrada una afirmación de ese calibre, sino que habría que estar

al caso concreto para conocer el tipo de causa que ha originado la obesidad. En algunos casos factores genéticos son los condicionantes de la misma, si bien es cierto que la obesidad se origina principalmente por el desequilibrio entre la ingesta y el consumo calórico, es decir, entre las calorías que se toman con los alimentos y bebidas, y las que se gastan con la actividad física. Efectivamente, la obesidad está relacionada con las dietas hipercalóricas y la disminución progresiva de la actividad física⁽²¹⁾. Este desajuste entre los ingresos y el gasto de calorías, no tiene mayores consecuencias si es esporádico, sino cuando tiene lugar día tras día, y aquí entraría la responsabilidad de aquellos padres que no hacen nada para evitarlo, bien por desconocimiento de las causas o de las consecuencias de la obesidad, bien simplemente porque se desentienden del problema. Lo que sí parece que entraría dentro del ámbito de control de los padres sería el control del ejercicio o actividad física de sus hijos menores.

1.2. Dietas veganas o vegetarianas

Estamos asistiendo a un incremento considerable de personas que siguen una dieta vegetariana o vegana (que, como sabemos, es un tipo de dieta vegetariana). Ante esa evidencia nos preguntamos qué ocurre con los menores de edad, es decir, nos surge la duda de si una dieta que no incluya una alimentación variada es adecuada para ellos.

La Asociación Americana de Dietética (ADA) define la alimentación vegetariana como la que excluye carnes de todo tipo y sus derivados. Este tipo de alimentación, siempre y cuando esté bien planificada, puede ser apropiada para todas las etapas del ciclo vital, incluido el embarazo, la lactancia, la infancia y la adolescencia, llegando incluso a ofre-

cer múltiples beneficios para la salud por su bajo consumo en grasas saturadas y colesterol, su alto aporte de fibra y por el control de las calorías que se ingieren, así como por la prevención y el tratamiento de ciertas enfermedades⁽²²⁾.

Sin embargo, teniendo en cuenta las necesidades nutricionales que implican el crecimiento y desarrollo de los menores, este tipo de alimentación ha de estar cuidadosamente planificada para evitar carencias. Por ejemplo, es recomendable que los vegetarianos estrictos (veganos) consuman alimentos ricos en hierro, proteínas, zinc, calcio y ácido fólico y reforzados con vitamina D y vitamina B12 o tomen suplementos dietéticos. Además, no debemos incurrir en errores que puedan implicar carencias nutricionales, y hay que persuadir a los padres en caso de ser necesario abandonar ciertas prácticas si constituyen un riesgo para sus hijos⁽²³⁾.

En cualquier caso, se alzan posturas en contra de la alimentación vegetariana para niños, al considerarla una dieta incompleta para ellos. Sin duda se trata de un tema sembrado de polémica que cuenta con opiniones contrapuestas⁽²⁴⁾.

Al hilo de lo anterior, tenemos claro que una dieta vegetariana puede ser completa si se combina adecuadamente, existe variedad de alimentos vegetales y se complementa con algún suplemento

nutricional. Lo ideal sería que, tratándose de menores de edad, al menos siguieran una dieta ovo-lacto-vegetariana, ya que en edades tempranas la dieta vegana puede alterar la biodisponibilidad de los nutrientes y derivar en una carencia de aminoácidos claves, vitaminas y oligoelementos.

Con todo, es un tema que genera controversias, porque si los adultos son libres para alimentarse cómo consideren, ello no es trasladable a sus hijos. De hecho, en el año 2016 una diputada italiana presentó un Proyecto de Ley para castigar —hasta con penas de prisión— a los padres veganos que aplicasen a sus hijos la misma dieta que la de ellos mismos: hasta un año de cárcel, o dos si el niño tenía menos de tres años; pero si como consecuencia de la alimentación se producía una enfermedad o lesión, la pena de prisión ascendería a entre dos y cuatro años. Este Proyecto preveía incluso penas de hasta seis años si se producía la muerte del menor⁽²⁵⁾. Ello abrió un amplio debate en Italia, sin que por el momento dicho Proyecto haya visto la luz.

Surge entonces la pregunta de si los menores de edad pueden ser vegetarianos y la respuesta es

²² RASPINI, M./STABILE, V./DIRR, A./DI IORIO, A.: *Alimentación del Niño sano*, Universidad Fasta, Mar del Plata, 2010, p. 61.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Como en el caso de Tom Tom Watkins, el niño crudivegano holandés protagonista de los documentales *Raw* y *Rawer* cuya madre, Francis Kenter, decidió alimentarle con la dieta crudivegana desde los cinco años. Al presentar un crecimiento más bajo de lo normal los servicios sociales pusieron de manifiesto su deficiente nutrición y trataron de privar a la madre de la custodia de su hijo, ante lo cual la propia madre no entendía por qué querían privarle de la patria potestad mientras se permite que la mayoría de padres alimenten a sus hijos con comida basura, disponible en Disponible en https://elcomidista.elpais.com/elcomidista/2013/11/05/articulo/1383631200_138363.html (consulta de 30-05-2018).

²⁵ Dicho Proyecto fue presentado en el Parlamento por el partido de centro-derecha, Forza Italia, en concreto por la diputada Elvira Savino, quien incluso citaba los principios de la Constitución italiana y afirmaba que su Proyecto de ley tiene el objetivo de “estigmatizar definitivamente las conductas alimentarias incautas y peligrosas impuestas por padres o quienes ejerciten sus funciones, que ocasionan daños a menores de edad”. La llamada “Ley Savino” también pretendía evitar situaciones trágicas desde que en Italia ha habido ingresos hospitalarios de niños veganos por la dieta estricta a la que le sometían sus padres, como Chiara, de dos años de edad, hospitalizada en Génova en condiciones gravísimas, al llegar al hospital con un peso notablemente inferior al que le correspondía y con la hemoglobina muy baja, lo cual sumado a las carencia de vitaminas la situaba en un alto riesgo de sufrir importantes daños neurológicos y musculares. O también otro niño de un año ingresado en estado grave en un hospital Milán, con un nivel de calcio en la sangre “al límite de la supervivencia” y una cardiopatía, así como un peso equivalente a un bebé de tres meses, disponible en <http://www.abc.es/sociedad/abc-padres-impongan-dieta-vegana-hijos-podrian-carcel-201608102217-noticia.html> (consulta de 5/05/2018).

¹⁸ ASÍ, CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 21-22.

¹⁹ *Ibidem*, p. 395.

²⁰ Los niños españoles también sufren obesidad. Según el Estudio ALADINO 2015, de los 10.899 niños de seis a nueve años de todas las Comunidades Autónomas que fueron estudiados entre noviembre de 2015 y marzo de 2016, el 23,2% presenta sobrepeso y el 18,1% obesidad, datos que, aun siendo altos, muestran una tendencia decreciente con respecto a estudios anteriores, *vid.* Estudio de Vigilancia del Crecimiento, Alimentación, Actividad Física, Desarrollo Infantil y Obesidad en España 2015. Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2016, pp. 17-18.

²¹ *Ibidem*, cit., p. 270.

que sí, e incluso veganos, pero no en todo caso, sino sólo cuando estén planificadas de manera adecuada. Y ello siendo conscientes de que tradicionalmente ha existido la creencia de que una dieta vegetariana, y más aún una dieta vegana, no garantizaba las necesidades nutricionales y energéticas de los menores, lo cual hoy ha dejado de ser un temor, ya que las proteínas que ofrecen las legumbres, los frutos secos, las semillas y algunos cereales como el trigo, la avena y la quinoa, son de la misma calidad que las de la carne y, en todo caso, los padres o tutores tienen que vigilar la nutrición y en su caso complementarla con aportes vitamínicos. Aun así, insistimos en que las dietas veganas son quizá demasiado restrictivas y por ello desaconsejables para los menores, ya que los controles médicos y aportes nutricionales pueden incluso llegar a hacer desaconsejable ese tipo de alimentación.

A lo anterior hay que añadir que la alimentación de un menor vegetariano dependerá de su edad. En los primeros seis meses de vida se recomienda la lactancia materna exclusiva (o con leche de fórmula)⁽²⁶⁾, al igual que en el caso de las familias no vegetarianas. A partir de los seis meses es cuando se introducen los alimentos sólidos: verduras, frutas, hortalizas, y legumbres. Entre los siete y ocho meses se recomienda incorporar frutos secos que son ricos en proteínas, grasas, vitaminas y minerales. Desde los dos años de vida la alimentación del niño debería comenzar a parecerse a la del resto de la familia. Pero en todo caso sin olvidar que los vegetarianos, necesitan suplementos y, además, en el caso de los adolescentes hay que estar pendientes dado que en algunos casos enmascaran en la elección de una dieta vegetariana un desorden alimentario.

Incluso podríamos hablar de daños prenatales cuando la conducta perjudicial de la madre por los alimentos o bebidas que injiere pueden afectar a la salud de su hijo. Cuando el daño derive de una conducta absolutamente imprudente o temeraria de los progenitores (alimentación inadecuada, pero también drogodependencia de las madres o ausencia de exámenes prenatales idóneos para diagnosticar una enfermedad que hubiera podido ser tratada), no existen obstáculos para reconocer al hijo el derecho de resarcimiento del daño sufrido⁽²⁷⁾.

Como hemos dicho, aun siendo conscientes de que los efectos de estas dietas a largo plazo son en su mayoría positivos, en algunos casos los padres no son todo lo diligentes que cabría esperar y sus hijos pueden sufrir daños desde el instante en que estas dietas pueden provocar en los menores una falta de hierro, calcio y vitaminas.

1.3. Posibles responsabilidades

En relación con el criterio de imputación para depurar responsabilidades civiles en los casos que acabamos de describir, existe una discusión entre quienes sostienen que los padres, una vez que se den los requisitos para ello, responden solo por dolo (o culpa grave, aunque aquí también hay polémica en torno a si son lo mismo o no), y quienes en cambio estiman que el requisito de la intervención de culpa o negligencia contenido en el art. 1902 CC comprende tanto la actuación dolosa como culposa. En definitiva, se trata de averiguar si hay una sola forma posible de imputar subjetivamente la acción u omisión al sujeto que la ha realizado (daños causados interviniendo dolo) o por el contrario cabe tanto el comportamiento doloso como el culposo⁽²⁸⁾.

²⁷ SEDA, M.: "Infracción de los deberes", *cit.*, p. 429; RESCIGNO, P.: "Il danno da procreazione", *Riv. Dir. civ.*, 1956, núm. 1, p. 614.

²⁸ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación", *cit.*, pp. 86-87.

De modo que ¿el dolo o la culpa grave son los únicos criterios de imputación de responsabilidad familiar o la responsabilidad también se extiende a otros casos de conducta negligente? Para ello, ante la ausencia de normas específicas, acudimos a los arts. 1902 y 1104 CC.

Nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual en el art. 1902 CC se refiere a la culpa sin hacer mayores concreciones, es decir, alude a la culpa en sentido amplio, lo que significa que engloba tanto el dolo como la culpa en sentido estricto o negligencia. A ello hay que añadir que el art. 1104 CC, en sede de responsabilidad contractual, establece que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y que cuando la obligación no se refiera a la diligencia exigible, se exigirá la del buen padre de familia.

No hay base legal para sostener que la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares queda limitada al dolo (y culpa grave). Es cierto, y la realidad así lo demuestra, que este tipo de daños suelen venir causados por una conducta dolosa, pero no estamos de acuerdo con las resoluciones jurisprudenciales que exigen el dolo y no argumentan los motivos por los que la culpa no puede dar lugar a la obligación de indemnizar⁽²⁹⁾.

Y como en el dolo no hay referencia al modelo de conducta, al contrario de lo que ocurre en la culpa, con ello incorporamos el art. 1104, pues a falta de reglas especiales, la negligencia debe entenderse como se señala en el art. 1104 CC. Ello supondría que la diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual, es la del "buen padre de familia" adaptada a las circunstancias del caso. Se

parte de un modelo ideal, abstracto (1104.2 CC), que necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado, como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas tiempo y lugar (1104.1 CC). Es el momento de juzgar los intereses y bienes protegidos, las cualidades del dañador y dañado, que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto⁽³⁰⁾.

Un criterio privilegiado y distinto al general de los arts. 1104 y 1902 CC es una opción de política legislativa, pero carece de respaldo en nuestro ordenamiento jurídico. Se debe por tanto considerar suficiente el comportamiento culposo, si bien hay que reconocer que su papel puede ser limitado pues se trata de un campo en el que las cosas difícilmente suceden por descuido, si bien no existe ninguna razón para negar de entrada tal posibilidad⁽³¹⁾.

A tenor de lo anterior, ante la afirmación de que los padres sólo responden de los daños causados en la salud o integridad física de sus hijos menores por culpa leve, estaríamos elevando de forma considerable el nivel de diligencia que les resulta exigible, mientras que, por el contrario, si sólo respondieran por culpa grave, estaríamos siendo más flexibles que la propia norma al considerar que la diligencia exigible es mucho menor.

Por lo tanto, si nuestro Código civil no diferencia ni gradúa la culpa, sino que se limita a remitir a ese modelo de conducta, nos acogemos al concepto de culpa que recoge el Código civil en el art. 1902 CC. No hay razones suficientes que avalen un tratamiento benévolo a favor de los progenitores que causan daño a la salud de los hijos menores, ya que ni lo dice nuestro Código civil, ni razones como la

³⁰ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo", *cit.*, pp. 297-298.

³¹ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El criterio de imputación", *cit.*, p. 124; BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La responsabilidad por dolo", *cit.*, pp. 302-303.

²⁹ *Ibidem*, pp. 295-296 y p. 119.

²⁶ Las familias veganas que prefieran evitar las fórmulas convencionales derivadas de la leche de vaca, pueden optar por otras fórmulas de soja o arroz hidrolizado.

del quebrantamiento de la paz o la estabilidad familiar hoy en día son suficientes⁽³²⁾. En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos ningún apoyo legal que permita sostener que el daño ocasionado en el contexto familiar solo sería indemnizable en caso de dolo⁽³³⁾.

Nos abrimos paso en un terreno de arenas movedizas y la decisión a favor de extender la responsabilidad civil a las relaciones familiares no siempre termina de convencernos. Sin embargo, en el momento actual, dada la evolución doctrinal y jurisprudencial, y sin perjuicio de una intervención del legislador que pueda adoptar una posición concreta, entendemos que lo más correcto es aplicar los preceptos generales de la responsabilidad civil (arts. 1.104 y 1.902 CC)⁽³⁴⁾.

A ello hay que añadir que, hoy por hoy, con la Constitución española en la mano, lo relevante se reconduce a constatar si la actuación de los progenitores lesiona algún interés protegido en la Constitución⁽³⁵⁾, como así sucede en este caso con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE, dentro del capítulo II “Derechos y libertades”, sección 1ª “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”), con el derecho a la salud (art. 43 CE, dentro del capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica”), y con el principio de protección integral de los hijos (art. 39 CE también dentro del capítulo III).

En efecto, tal y como resume M. SESTA, para poder hacer recaer la responsabilidad de los padres por daño no patrimonial en favor de sus hijos, aqué-

llos han de haber lesionado los intereses protegidos en la Constitución, es decir, que su conducta sea lesiva del derecho al mantenimiento, educación, instrucción, salud o identidad personal del hijo (art. 30 de la Constitución italiana)⁽³⁶⁾, en definitiva, al “deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos”. Y, de forma secundaria, dicha conducta ha de suponer una lesión de cierta entidad, no pudiendo pretender el hijo un resarcimiento por meras inconveniencias, problemas o decepciones, procesos de ansiedad o cualquier otro tipo de insatisfacción relativo a los más dispares aspectos de la cotidianidad⁽³⁷⁾.

2. La edad de los hijos y la capacidad para tomar decisiones

En un tema como el que ahora nos ocupa es necesario atender a la capacidad natural del menor antes de buscar responsabilidades civiles como consecuencia de la ingesta de alimentos. En materia de salud el derecho a la autonomía de los menores de edad se encuentra ligado al consentimiento informado, por lo que expresa o implícitamente se ha venido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos la idea de una «mayoría anticipada para el acto médico» que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo antes de alcanzar la mayoría de edad generalmente recogida en las leyes⁽³⁸⁾ (así,

³⁶ Vid. SESTA, M.: «Infracción de los deberes», *cit.*, pp. 432-433.

³⁷ El daño moral es el sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad. En los últimos años se ha venido haciendo un uso inadecuado del mismo, habiendo llegado a hablarse de la “trivialización” y la “deformación” del daño moral, DIEZ PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 13.

³⁸ Así, FAMA, M. V.: «“Vivir y dejar morir...” El derecho a la muerte digna de niños y adolescentes: alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental», *Derecho de familia*, 2007-1, p. 170.

art. 9.3.c de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica).

Lo anterior corrobora el hecho de que los menores a partir de cierta edad tienen suficiente autonomía para llevar a cabo algunos actos, también en relación con la alimentación. De ahí que, si se les reconoce cierta capacidad de autodeterminación, no es lógico permitirle que trasladen contra sus progenitores la responsabilidad derivada de los daños resultantes de esa elección para la que previamente se les ha reconocido capaces. Habrá que atender a factores como la edad, inteligencia, madurez, personalidad, educación, situación familiar, el medio social en el que viven, etc. Si se confiere al menor una verdadera autonomía en el ejercicio de sus derechos, desde el momento en que es considerado capaz para valorar razonablemente sus intereses, con más motivo lo será para elegir su alimentación.

La capacidad natural deja al descubierto que entre la incapacidad y la capacidad de obrar existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada, en el sentido de que aunque la plena capacidad de obrar se adquiere, con carácter general, al cumplir los dieciocho años, el propio Código civil reconoce capacidad al menor para la realización de determinados actos. Como consecuencia de ello resulta fundamental saber si el menor puede entrar a formar parte del proceso de toma de decisión en temas relacionados con su estado de salud, pues en caso afirmativo no podrá reclamar nada a sus padres por los daños que pudieran derivarse de la actuación médica. En concreto, según el art. 162.2 CC «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos

de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

De donde concluimos que cuando el menor esté dotado de capacidad natural para ello, no será posible pretender de los progenitores ninguna indemnización por los eventuales daños sufridos a consecuencia de una elección alimentaria.

De modo que, como el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002 por un lado otorga capacidad de decisión suficiente al menor emancipado o, en todo caso, a partir de los dieciséis años e incluso por debajo de edad si tuviera suficiente capacidad y, por otro lado establece que en caso de grave riesgo los padres deberán ser informados, nos preguntamos qué sucedería si hubiera discrepancia entre la opinión del menor y sus progenitores. Con arreglo a una interpretación literal del artículo parece que ha de prevalecer la voluntad del menor⁽³⁹⁾. Es decir, si se produce un conflicto entre la voluntad de un menor al que se le reconoce suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres, la voluntad del menor prevalecerá sobre cualquier otra, no sólo porque lo exprese el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, sino también porque así se desprende del art. 162 excepción 1ª del Código civil, a tenor del cual quedan fuera de la representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo pudiera realizar por sí mismo.

¿Esto último sería trasladable a las dietas que decide adoptar un menor que tenga suficiente capacidad? Es decir, en caso de conflicto en cuanto a la alimentación de los menores, ¿qué ha de prevalecer? ¿el criterio de los progenitores o el del propio menor? En todo caso, a tenor del art. 154

³⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 202.

in fine CC “Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten” y “Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”. Criterios de sensatez son los que deberían imperar en torno estos casos y, a falta de ellos, cabe la posibilidad de recabar el auxilio judicial por parte de los padres, así como también, desde el otro lado, interponer una demanda de responsabilidad civil por daños ocasionados a la salud de los hijos como consecuencia de una inadecuada alimentación.

El problema reside entonces en averiguar hasta qué punto serían los padres o el propio menor que al ir creciendo va adquiriendo mayor madurez y con ella mayores cotas de autodeterminación⁽⁴⁰⁾, los causantes de ese daño, pudiéndonos encontrar ante un caso de concurrencia de causas o de culpas.

⁴⁰ Cuando el menor fuma o se droga nos encontramos ante un comportamiento autolesivo, es decir, se convierte en víctima de sí mismo, BAUSILIO, G.: «Gli adolescenti», en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilità familiare. Affido, Adozione*, (dir. da P. Cendon), Cedam, Milani, 2011, p. 664.

MHEALTH E SMART CONTRACTS: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL À LUZ DO REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS?⁽¹⁾

Daniel de Senna Fernandes ⁽²⁾

Palavras-chave: *smart contracts, distributed ledger technologies, ehealth, mhealth, RGPD, proteção de dados*

Keywords: *smart contracts, distributed ledger technologies, ehealth, mhealth, GDPR, data protection*

Resumo: *A crescente desmaterialização e informatização dos dados de saúde e o desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC) veio permitir o aparecimento da chamada mHealth (do inglês mobile health), que possibilita a monitorização de dados de saúde a partir de dispositivos móveis (v.g. wearables e smartphones), sendo a informação gerada por estes potencialmente relevante quando integrada no processo clínico do sujeito utilizador (seja a posteriori ou em tempo real). As distributed ledger technologies tratam-se de um tipo de tecnologia fundacional que permite o registo de informação num livro-razão imutável cuja manutenção cabe a uma rede distribuída de nodos e que pode ser aplicada às mais diversas finalidades, sendo a área da saúde uma delas. Neste trabalho propomo-nos a desenvolver a relação dos smart contracts com os dispositivos de mHealth e dos problemas suscitados quando confrontados com Regulamento Geral sobre Proteção de Dados.*

Abstract: *The increasing dematerialization and computerization of health data, and the development of information and communications technologies allowed the birth of mHealth, which enables the monitoring of health data from*

mobile devices, such as smartphones and wearables. The information generated by these has been proven useful synchronous or asynchronous inclusion in the patients' medical records. Distributed ledger technologies (DLT) are a type of foundational technology that allows the registry of information in an immutable ledger whose maintenance is carried out by a distributed network of nodes and can be applied to a wide range of purposes, including the healthcare sector. In this paper we review the (im)possible relationship between smart contracts and mHealth devices and the General Data Protection Regulation compliance challenges raised.

1. Distributed ledger technologies, blockchain e bitcoin

1.1 Distributed ledger technologies

Diz-se *distributed ledger technology*, ou DLT, a tecnologia que recorre ao uso extensivo de criptografia⁽³⁾ para guardar, proteger e validar transa-

¹ Este trabalho corresponde, no essencial, à comunicação livre apresentada no Congresso 'Saúde, novas tecnologias e responsabilidade: perspectivas contemporâneas', realizado em Coimbra nos dias 10 e 11 de Maio de 2018 e organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Advogado Estagiário; Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³ Sabendo que as DLTs recorrem à criptografia assimétrica, esclarece S. F. BATALHA, D. A. (2018). 'Criptocontratação: uma nova forma de contratação automatizada?' (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, pp. 9-10:

«Da chamada criptografia moderna, destacamos dois modelos de sistemas criptográficos: (i) a criptografia simétrica com chave única e (ii) a criptografia assimétrica de chave pública. Ambos os modelos recorrem a uma função *hash* criptográfica (do inglês *cryptographic hash function*) para proteger uma determinada mensagem a ser enviada do remetente para o destinatário; este processo traduz-se na tradução daquela mensagem, através de uma função *hash* para um *message digest* (que se expressa numa determinada sequência binária ou de *bits*). Porém, distinguem-se

ções electrónicas⁽⁴⁾, que as regista numa base de dados electrónica, cuja manutenção cabe a uma rede distribuída (ou partilhada) de participantes (chamados nodos⁽⁵⁾) e não mais por uma entidade centralizada, e que dispensa o recurso a um sistema central de validação. Por outras palavras, apresenta-se como um ‘sistema de livro-razão’ descentralizado, aberto e público, assemelhando-se a uma base de dados, sendo a sua validação feita pelos seus utilizadores de forma local, segundo um determinado protocolo de consenso (v.g. PoW, PoS, PoC e DAG⁽⁶⁾). São justamente estas característi-

cas de descentralização e de capacidade de guardar e confirmar a validade da informação em tempo real a um custo muito reduzido que vieram desvelar o potencial revolucionário no modo de funcionamento da indústria de serviços financeiros com recurso à DLT. De facto, no entender de TAPSCOTT & TAPSCOTT, aproximamo-nos de uma mudança de paradigma: de uma *Internet of Information* para uma *Internet of Value*⁽⁷⁾.

Podemos identificar o *Blockchain* e o *Tangle* como dois exemplos de DLT, que se distinguem, essencialmente, no sistema de consenso adotado: no *Blockchain* recorre-se a PoW, PoS ou PoC para criar uma ‘corrente’ de registos, no *Tangle* recorre-se a DAG para criar uma espécie de ‘trança’ de registos irreversível. Porém, dada a novidade do *Tangle*⁽⁸⁾, concentrar-nos-emos somente no *Block-*

chain, que foi apresentado como a trave-mestra da criptomoeda *bitcoin*⁽⁹⁾.

1.2 Blockchain: origem e (breve) noção

Desde logo, importa referir que o *Blockchain* teve origem no artigo técnico onde é divulgada a *Bitcoin*⁽¹⁰⁾ — que se trata de uma criptomoeda⁽¹¹⁾ criada por Satoshi Nakamoto⁽¹²⁾, assente num sistema *peer-to-peer* (doravante ‘p2p’), cujas transações são verificadas por nodos e registadas numa base de dados distribuída, sem recurso a um repositório central (ou administrador único)⁽¹³⁾.

Assim, podemos dizer que o *Blockchain* pode ser identificado como uma rede p2p que recorre a um esquema de consenso baseado em PoW, PoS ou PoC para registar e validar transações (esquemas que se contrapõem ao esquema de funcionamento baseado na confiança, utilizado, v.g., por bancos, que recorrem a terceiros de confiança que asse-

guram a validade da transacção)⁽¹⁴⁾. Dito de outro modo: cada transação é assinada eletronicamente, sendo aplicado pela rede um selo temporal, inserindo-as posteriormente numa ‘corrente’, por via de funções *hash*⁽¹⁵⁾, criando assim um registo que não pode, em regra, ser alterado sem que se crie uma nova ‘cadeia’⁽¹⁶⁾. Destarte, quanto mais longa for a ‘corrente’, mais evidente será a demonstração da sequência de transações feitas entre os nodos naquele *blockchain*. A esta técnica de validação da autenticidade e legitimidade destas transações aqui descrita (a aceitação por parte de todos os nodos do *blockchain* dos *factos* inseridos na ‘cadeia’) dá-se pelo nome de *protocolo de consenso de Nakamoto*⁽¹⁸⁾.

Desta breve (brevíssima) noção de *blockchain*, facilmente se compreende a sua verdadeira natureza versátil, não chocando, por isso, que esta tec-

Tangler. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.tangleblog.com/2017/01/25/the-tech-behind-iota-explained/#comment-4719>, J. BUNTINX (2016). Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://bitcoinst.com/iota-internet-things-without-blockchain>, M. VIZARD (2017). Augmate Announces Blockchain for IOT. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://www.futurium.com/articles/news/augmate-announces-blockchain-for-iot/2017/11>.

⁹ V. *infra*.

¹⁰ Cf. S. NAKAMOTO, *op. cit.*

¹¹ Sobre a definição de criptomoeda, cf. A. BOUVERET & V. HAKSAR (2018). ‘What are Cryptocurrencies?’ *Finance & Development*, 55(2). Disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/what-are-cryptocurrencies-like-bitcoin/basics.pdf>. Obtido em 22 de Setembro de 2018.

¹² Cf. J. DAVIS (2011). ‘The Crypto-Currency: Bitcoin and its mysterious inventor’. *The New Yorker*. Obtido em 10 de Março de 2017, disponível em <https://www.newyorker.com/magazine/2011/10/10/the-crypto-currency>.

¹³ Sobre as principais características da *bitcoin*, cf., entre outros, A. SAVELYEV (2017). ‘Contract law 2.0: ‘Smart’ contracts as the beginning of the end of classic contract law.’ *Journal Information & Communications Technology Law* 26 (2), pp. 116-134. Obtido em 14 de Novembro de 2017, disponível em <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2017.1301036>.

¹⁴ Cf. S. NAKAMOTO (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. p. 3. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>; A. BACK (2002). *Hashcash. Hashcash - A Denial of Service Counter-Measure*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://www.hashcash.org/papers/hashcash.pdf>; M. JAKOBSSON (1999). *Hashcash. Proofs of Work and Bread Pudding Protocols (extended abstract)*. pp. 20-21. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://www.hashcash.org/papers/bread-pudding.pdf>.

¹⁵ Na verdade, o *bitcoin* recorre ao uso do SHA-256 (ou SHA-2). SHA trata-se de uma *hash function* criptográfica que permite a encriptação de determinada mensagem, transformando-a num *message digest* de 32 bytes (equivalente a 256 bits). Sendo um sucessor do SHA-1, é uma das funções *hash* disponíveis mais seguras. Sobre SHA, cf., por exemplo, FIPS PUB 180-4 (2015).

¹⁶ Para que se pudesse alterar o registo, seria necessário que mais de metade dos nodos da rede (*reclius* da capacidade computacional da rede) se organizasse para, de modo concertado e simultâneo, modificar a informação constante nos seus livros-razão, forçando assim a atualização dos livros-razão dos restantes nodos para a ‘nova’ informação. Esta operação designa-se *fork* (cf. <https://www.etymonline.com/word/fork>, obtido em 10 de Março de 2018).

¹⁷ Cf. Etherzero: <https://etherzero.org> (obtido em 10 de Março de 2018); Etherchain: <https://www.etherchain.org/hardforks> (obtido em 10 de Março de 2018).

¹⁸ Cf. S. NAKAMOTO, *op. cit.*, pp. 1, 6 e 8.

no modo como protegem este *message digest*:

- Na criptografia simétrica de chave única o remetente encripta a *message digest* com o auxílio da chave secreta partilhada com o destinatário, sendo esta descriptada pelo destinatário com o auxílio da mesma chave secreta(...);
- Já na criptografia assimétrica de chave pública tanto o remetente como o destinatário possuem um par de chaves matematicamente conexas, distintas e indissociáveis: uma pública e uma privada. Assim, para cifrar a mensagem, o remetente encripta a sua mensagem com o auxílio da chave pública do destinatário, sendo esta posteriormente decifrada pelo destinatário com o auxílio da sua chave privada.

⁴ Cf. ESMA (2016). *Discussion paper: Distributed Ledger Technology applied to securities markets*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-773_dp_dlt.pdf.

⁵ Um nodo (do Latim *nodus*) é um ponto de conexão ou redistribuição ao terminal de comunicação. Neste contexto, referimo-nos a ‘nodo’ de referência física, ou seja, um dispositivo eletrónico ativo ligado a uma rede e capaz de enviar, receber ou transmitir informações através de um canal de comunicação. Cf. <http://www.webcitation.org/5kx5kPIKV> (Obtido em 10 de Novembro de 2017).

⁶ Sobre o conceito de PoW, cf., nomeadamente, C. DWORK & N. MONI (1993) *Pricing via Processing or Combatting Junk Mail*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://www.wisdom.weizmann.ac.il/~naor/PAPERS/pvp.ps>;

Sobre o PoW, cf. A. BACK (2002) *Hashcash - A Denial of Service Counter-Measure. Hashcash*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://www.hashcash.org/papers/hashcash.pdf>;

Sobre o PoS, cf., designadamente, P. VASIN (2014). *BlackCoin’s Proof-of-Stake Protocol v2*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://blackcoin.co/blackcoin-pos-protocol-v2-whitepaper.pdf>; S. KING & S. NADAL

(2012) *PPCoin: Peer-to-Peer Crypto-Currency with Proof-of-Stake*. Obtido em 27 de Dezembro de 2017, disponível em <https://peercoin.net/assets/paper/peercoin-paper.pdf>; V. BUTERIN (2013). *Bicoín Magazine*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://bitcoinmagazine.com/articles/what-proof-of-stake-is-and-why-it-matters-1377531463/>;

Para uma comparação entre PoW e PoS, cf., por exemplo, BITFURY GROUP (2015). *Proof of Stake versus Proof of Work*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://bitfury.com/content/5-white-papers-research-pos-vs-pow-1.0.2.pdf>;

Sobre o PoC, cf., entre outros, N. GALESII, G. ATENIESE, A. FAONIO, & I. BONACINA (2014). ‘Proofs of Space: When Space Is of the Essence’. *Security and Cryptography for Networks*, pp. 538-557. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://sapienza.pure.elsevier.com/en/publications/proofs-of-space-when-space-is-of-the-essence-7>; S. DZIEMBOWSKI, S. FAUST, V. KOLMOGOROV, & K. PIETRZAK (2013). *Proofs of Space*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://eprint.iacr.org/2013/796.pdf>;

Sobre o DAG, cf. BTCmanager.com (2017). Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://btcmanager.com/dag-vs-blockchain/>; THULASIRAMAN, K. & M. SWAMY (2011). *Graphs: Theory and Algorithms*. § 5.7 Acyclic Directed Graphs. pp. 118-119, J. BANG-JENSEN & G. GUTIN (2009). *Digraphs: Theory, Algorithms and Applications*. § 2.1 Acyclic Digraphs. pp. 32-34, entre outros.

⁷ Cf. D. TAPSCOTT & A. TAPSCOTT (2016). *Blockchain Revolution*, p. 6.

⁸ Cf. BTCMANAGER.COM, *op. cit.*, *loc. cit.*, LIMO (2017). The

nologia tenha inspirado programadores no desenvolvimento de novas aplicações desta tecnologia noutras áreas. Na verdade, autores há que consideram o *bitcoin* de *per se* menos relevante, por se tratar apenas de um meio de pagamento virtual; porém, como se compreende, são antes inúmeras as aplicações da tecnologia *blockchain* que merecem a sua (e a nossa) total atenção⁽¹⁹⁾. É neste contexto que se manifesta a chamada *Crypto 2.0*⁽²⁰⁾ (ou Criptografia 2.0), que se traduz, como já se adivinha, na implementação do *blockchain* (ou outro DLT) em ambientes diversos, para além de um sistema de pagamentos digital⁽²¹⁾.

1.3 Blockchain de acesso-livre vs. Blockchain de acesso-restrito

Adiantámos supra que a inscrição de um novo bloco⁽²²⁾ (do inglês *block*) na ‘cadeia’ (do inglês *chain*) implica a atualização de todos os livros-razão detidos pelos nodos da rede, sendo certo que estes apenas irão aceitar o registo desse bloco depois de verificada a sua integridade e validade.

Isto é, qualquer discrepância será motivo suficiente para que a instrução de registo daquele bloco seja rejeitada; *a contrario*, passando o bloco pelo crivo dos nodos da rede e obtendo aprovação, é então inscrito o bloco na ‘cadeia’, sendo essa informação permanentemente registada em todos os livros-razão da rede. Estamos, portanto, perante um sistema de

registo descentralizado, transparente e mais seguro, uma vez que, ao contrário do que se passa num sistema de registo tradicional (onde será bastante um ataque ao sistema central para que se comprometa a integridade do registo), para que se prejudique a informação inscrita no *blockchain*, é necessário um ataque simultâneo a **todos** os nodos da rede.

Ademais, tratando-se de *código*, a verdade é que é possível optar-se por um sistema de acesso-restrito ou acesso-limitado, ao invés de um sistema de acesso-livre, como é o caso da *Bitcoin* e da *Ethereum*.

Enquanto num sistema de acesso-livre (ou *permissionless blockchain*) qualquer pessoa pode aderir à rede, passando a ser um nodo desta e participando no processo de verificação de blocos de acordo com o protocolo de consenso adotado, num sistema de acesso-restrito (ou *permissioned blockchain*), a adesão à rede requer autorização prévia, passando a ser possível diferentes níveis de acesso, permitindo a atribuição do direito de visualização das transações efetuadas, dos direitos de participação na verificação de consenso de acordo com o protocolo adotado e/ou do direito de inscrição de um novo bloco a diferentes sujeitos⁽²³⁾.

Do exposto, facilmente se depreende que a rede será tanto mais descentralizada quanto mais livre for o acesso à mesma, na medida em que quantos mais nodos com direito de participação ativa na inscrição de blocos e verificação de consenso (leia-se mais sujeitos utilizadores) a rede compreender, mais cópias da cadeia existirão na rede. Assim, conforme a sua aplicação, o *blockchain* poderá refletir diferentes valores sociais e/ou políticos⁽²⁴⁾.

²³ Por outras palavras, enquanto o *sujeito A* poderia visualizar as transações efetuadas, inscrever novos blocos e participar no processo de verificação de consenso, o *sujeito B* poderia apenas visualizar as transações efetuadas por si.

²⁴ Sobre as *permissioned* e *permissionless blockchains*, cf. P. BOUCHER (2017). *How blockchain technology could change our lives*:

1.4 Smart contracts

A *Bitcoin*, enquanto plataforma virtual de pagamentos, veio inspirar a criação de novas plataformas, como o *Ethereum*⁽²⁵⁾ e o *NXT*⁽²⁶⁾, como já se avançou *supra*. Estas plataformas tratam-se de plataformas descentralizadas, baseadas no *blockchain* de Nakamoto, que estão aptas para, não apenas permitir aos seus utilizadores a realização de pagamentos sem recurso a terceiros intermediários, mas também executar *smart contracts* mais complexos. Ou por outra, o acervo digital do *blockchain* passaria a representar — além de ‘moeda’ — *câmbios personalizados*⁽²⁷⁾ capazes de representar, designadamente, a propriedade de determinado bem físico (a chamada *smart property*)⁽²⁸⁾ ou uma vontade

In-depth Analysis. p. 19. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA\(2017\)581948_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf), que se refere a *«private encrypted blockchain systems»*. Sobre o tema, cf., entre outros, ANTHONYLEWIS2015 (2016). ‘So you want to use a blockchain for that?’. Obtido em 1 de Janeiro de 2018, disponível em <https://bitsonblocks.net/2016/07/19/so-you-want-to-use-a-blockchain-for-that/>; V. BUTERIN, (2015b). On Public and Private Blockchains. Obtido em 1 de Janeiro de 2018, disponível em <https://blog.ethereum.org/2015/08/07/on-public-and-private-blockchains>.

²⁵ Cf. V. BUTERIN (2015a). *Ethereum Github*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper>.

²⁶ Cf. Nxt Community (2014). *Nxt Whitepaper*. Version 1.2.2. Obtido em 22 de Janeiro de 2018, disponível em https://www.dropbox.com/s/cbuwrorf672c0yy/NxtWhitepaper_v122_rev4.pdf.

²⁷ Referimo-nos à noção de *colored coins* (‘moedas coloridas’ numa tradução livre), que permitirá, por via da programação, que dentro do mesmo *blockchain* estejam representados diversos bens apto para troca. Sobre o tema, cf. Y. ASSIA, V. BUTERIN, M. ROSENFELD & R. LEV (2012). *Colored Coins Whitepaper*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em https://docs.google.com/document/d/1AnkP_cVZTCMLI-zw4DvsW6M8Q2jC0lIzrTLuoWu2z1BE/edit#heading=h.wrvzqj8997r.

²⁸ Sobre o conceito de *smart property*, cf., designadamente, N. SZABO (1997). *The Idea of Smart Contracts*, Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/>

eletrónica expressa num sistema de votação eletrónica⁽²⁹⁾, sendo todas as *transações* registadas no *blockchain*, naturalmente.

Relativamente aos *smart contracts* (ou contratos inteligentes, numa tradução livre), diga-se que estes compreendem uma denominação que poderá induzir a erro; de facto, SZABO⁽³⁰⁾ frisa que a adoção do termo ‘*smart*’ (ou inteligente na nossa tradução) pretende indicar que aquele tipo de contrato é dotado de determinadas funções/capacidades que, devido à sua natureza intrínseca, os contratos tradicionais não possuem, não implicando necessariamente o recurso à inteligência artificial. Posto isto — e perfilhando a posição adotada por SZABO — diremos que um contrato inteligente se traduz num conjunto de promessas expressas em formato digital, onde se incluem as condições/cláusulas que devem ser respeitadas para que o compromisso se realize⁽³¹⁾.

LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html; BITCOINWIKI (2016). *Smart Property*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em https://en.bitcoin.it/wiki/Smart_Property.

²⁹ Sobre o sistema de votação eletrónica baseado na tecnologia *blockchain*, cf., entre outros, I. KUBJAS (2017). ‘Using blockchain for enabling internet voting’. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em https://courses.cs.ut.ee/MTAT.03.323/2016_fall/uploads/Main/004.pdf; A. BARNES, C. BRAKE & T. PERRY (2016). ‘Digital Voting with the use of Blockchain Technology.’ Obtido em 15 de Dezembro de 2017, disponível em <https://www.economist.com/sites/default/files/plymouth.pdf>; F. CAIAZZO (2016). ‘A Block-Chain Implemented Voting System.’ Obtido em 15 de Dezembro de 2017, disponível em <http://www.cs.tufts.edu/comp/116/archive/fall2016/fcaiazzo.pdf>.

³⁰ Cf. N. SZABO (1996). *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html.

³¹ Sobre o tema, cf., entre outros, P. BAILIS & H. SONG (2017). ‘Research for Practice: Cryptocurrencies, Blockchains, and Smart Contracts; Hardware for Deep Learning.’ *Communications of the ACM*. 60(5), p. 50; N. SZABO (1996), *op. cit.* e N. SZABO (1997), *op. cit.*; E. MIK (2017). ‘Smart contracts: terminol-

¹⁹ Cf. L. ALTER (2017). ‘Forget Bitcoin; it’s the blockchain that might change everything.’ Obtido em 15 de Dezembro de 2017, disponível em <https://www.treehugger.com/economics/forget-bitcoin-its-blockchain-might-change-everything.html> e D. TAPSCOTT & A. TAPSCOTT, *op. cit.*, pp. 7 e 152 *et seq.*

²⁰ Cf. A. BROKAW (2014). *Coindesk*. Obtido em 3 de Novembro de 2017, disponível em <https://www.coindesk.com/crypto-2-0-roundup-bitcoins-revolution-moves-beyond-currency/>.

²¹ Vide infra §1.4 *Smart contracts*.

²² Leia-se transação ou conjunto de transações.

1.5 Os oráculos do Blockchain

Os *smart contracts* registados na *blockchain*, para serem executados, contam com o apoio de agentes de *software* (do inglês *software agents*), onde se inserem os ‘oráculos’. Pese embora a falta de consenso quanto à sua definição⁽³²⁾, podemos adiantar que se

tratam de programas de computador que assistem um sujeito utilizador de modo contínuo e autónomo, realizando certa(s) tarefa(s) ou procurando atingir determinado(s) objetivo(s) definidos pelo mesmo. A autonomia e a continuidade de funcionamento destes agentes possibilitam a sua distinção dos comuns programas de computador que tão bem conhecemos.

Dos diversos tipos de agentes, interessam-nos particularmente os agentes autónomos e os oráculos. Os primeiros (também conhecidos como agentes de *software stricto sensu*) referem-se aos agentes de *software* que residem no *blockchain* e são responsáveis pela execução do seu código (*rectius* a vontade do sujeito utilizador); já os segundos tratam-se de agentes de *software* instalados em servidores externos que, de modo contínuo e autónomo, verificam e registam determinado tipo de dados no *blockchain*⁽³³⁾. Simplesmente, diremos que funcio-

ogy, technical limitations and real world complexity.’ *Law, Innovation and Technology*, 9(2). pp. 272-274. Obtido em 30 de Janeiro de 2018, disponível em <https://doi.org/10.1080/17579961.2017.1378468>; J. BELO (2018). ‘Smart Contracts: possível solução para a relutância em entrar num contrato em ambiente online?’. *Cyberlaw by CIJIC*. N.º 5, §2. Smart contracts ou contratos inteligentes: noção geral. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2018/03/V-SMART-CONTRACTS_POSSIVEL-SOLUCAO-PARA-A-RELUTANCIA-EM-ENTRAR-NUM-CONTRATO-EM-AMBIENTE-ONLINE.pdf; D. SENNA FERNANDES (2018). ‘Criptocontratação: uma nova forma de contratação automatizada?’. *Cyberlaw by CIJIC*. N.º 5, § 4.1-Origem e noção de smart contracts. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2018/03/V-CRIPTOCONTRATAÇÃO-UMA-NOVA-FORMA-DE-CONTRATAÇÃO-AUTOMATIZADA.pdf>.

³² Sobre a definição de agentes de *software*, cf. M. BURGIN & G. DODIG-CRNKOVIĆ (2009) *A Systematic Approach to Artificial Agents*. Obtido em 15 de Dezembro de 2017, disponível em <https://arxiv.org/pdf/0902.3513.pdf>; S. FRANKLIN & A. GRAESSER (1996). *Is it an Agent, or just a Program?: A Taxonomy for Autonomous Agents*. Obtido em 15 de Dezembro de 2017, disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.589.5192&rep=rep1&type=pdf>; J. JANSEN (1997). *Using Intelligent Agents to Enhance Search Engine Performance*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/517/438>; H. Nwana & D. NDUMU (2012). *A Brief Introduction to Software Agent Technology: Agent Technology: Foundations, Applications, and Markets*, p. 31; P. JANCA & D. GILBERT (2012). ‘Practical Design of Intelligent Agent Systems.’ *Agent Technology: Foundations, Applications, and Markets*, p. 75; T. ALLEN & R. WIDDISON (1996). ‘Can computers make contracts?’ *Harvard Journal of Law & Technology*, 9(1), p. 27; P. MAES, R. GUTTMAN & A. MOUKAS (1999). ‘Agents that Buy and Sell: Transforming Commerce as we Know It.’ *Communications of the ACM* 42(3), p. 1; J. LEROUGE (2000). ‘The Use of Electronic Agents Questioned under Contractual Law: Suggested Solutions on a European and American level.’ *John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law* 18(2), p. 405; I. KERR (2001). ‘Ensuring the Success of Contract Formation in Agent-Mediated Electronic Commerce.’ *Electronic Commerce Research* 1 (1), pp. 183-184; A. MOUKAS, R. GUTTMAN & P. MAES (2000). *Agent-mediated Electronic Commerce: An MIT Media Laboratory Perspective*, pp. 1-2. Obtido em 18 de Janeiro de 2018,

disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.335.8810&rep=rep1&type=pdf>; T. HABIBZADEH (2016). ‘Analysing Legal Status of Electronic Agents Is Contracting through Interactive Websites: Comparative Study of American, English and EU Laws Developing Iranian Legal System.’ *Information & Communications Technology Law* 25(2), p. 153. Obtido em 17 de Dezembro de 2017, disponível em <http://www.ulcc.ca/en/annual-meetings/359-1999-winnipeg-mb/civil-section-documents/362-providing-for-autonomous-electronic-devices-in-the-electronic-commerce-act-1999?showall=1&limitstart=>; cf. D. SENNA FERNANDES (2018). ‘Criptocontratação: uma nova forma de contratação automatizada?’. *Cyberlaw by CIJIC*. N.º 5, §4.2. Noção e tipos de agentes de *software*. Obtido em 22 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2018/03/V-CRIPTOCONTRATAÇÃO-UMA-NOVA-FORMA-DE-CONTRATAÇÃO-AUTOMATIZADA.pdf>; entre outros.

³³ Cf. BITFURY GROUP (2015). *Smart Contracts on Bitcoin Blockchain*. Obtido em 14 de Dezembro de 2017, disponível em <http://bitfury.com/content/5-white-papers-research/contracts-1.1.1.pdf>; CHAINFROG OY (2017). *What are Smart Contracts*. Obtido em 14 de Dezembro de 2017, disponível em <http://www.chainfrog.com/wp-content/uploads/2017/08/smart-contracts.pdf>; WE.USE.CASH (2017). *Dumb Contracts and Smart Scripts*. Obtido em 14 de Dezembro de 2018, disponível em <http://weuse.cash/2017/08/15/dumb-contracts-and-smart-scripts/>; BLOCKCHAINHUB (s.d.). *Blockchain Oracles*. Obtido em 14

nam como ‘pontes’ entre o *blockchain* e o mundo externo.

Podemos ainda distinguir os oráculos de *software* (quando lidam com dados disponíveis no ciberespaço externo, para além daquela plataforma) dos oráculos de *hardware* (quando lidam com dados disponíveis no mundo físico externo), bem como os oráculos *inbound* (quando registam informação do mundo externo para a plataforma) e os oráculos *outbound* (quando enviam um comando/instrução da plataforma para o mundo externo, como resultado da operação *output*).

2. mHealth (breve introdução)

Na história da humanidade, nunca se assistiu a tamanho progresso tecnológico como no tempo presente. Verdadeiramente, diversas são as áreas onde o rápido desenvolvimento tecnológico se faz sentir, não ficando a área da saúde de fora. Uma dessas tecnologias é designada *mHealth*. Inserindo-se dentro do campo da *eHealth*, o termo *mHealth* trata-se de uma abreviação inglesa de *mobile health* (‘saúde móvel’, numa tradução livre), não havendo, porém, consenso na sua definição. Alguns autores entendem que a *mHealth* compreende a computação móvel, sensores médicos e tecnologias de comunicação para a saúde⁽³⁴⁾; outros defendem que a *mHealth* se refere ao recurso a dispositivos móveis destinados à monitorização e/ou deteção de alterações biológicas no corpo humano, cabendo às en-

tidades de saúde (v.g. hospitais, clínicas públicas ou privadas) a recolha e processamento dos dados obtidos para ajustar e melhorar os cuidados prestados⁽³⁵⁾. Já a Organização Mundial da Saúde, através do seu *Global Observatory for eHealth*, define a *mHealth* como a prática de atividades ligadas à saúde pública auxiliada por dispositivos móveis, nomeadamente telemóveis, dispositivos de monitorização de pacientes, assistentes digitais pessoais e outros dispositivos sem fios⁽³⁶⁾. Posição que perfilhamos.

Pode-se, então, afirmar que a *mHealth* envolve o uso e capitalização das funções básicas de voz e SMS de telemóveis, bem como outras funções e aplicações mais complexas como o GPRS, as 3.ª, 4.ª e, eventualmente, 5.ª Gerações de telecomunicações (ou, respetivamente, sistemas 3G, 4G e 5G), o sistema de posicionamento global (GPS) e tecnologias *Bluetooth* e *NFC*.

Ora, são precisamente os aludidos avanços tecnológicos que vieram permitir a rápida entrada dos telemóveis nos mercados menos desenvolvidos, sendo bastante acentuado o crescimento da taxa de penetração de telemóveis nestes mercados — facto influenciado pelos avanços nas infraestruturas de telecomunicações, pela crescente redução do preço médio dos telemóveis e pelo aumento nas despesas em produtos não alimentares em países de rendimento baixo e médio —, o que por sua vez veio possibilitar que estes mercados ‘saltassem’ etapas do desenvolvimento tecnológico, passando a beneficiar da mais moderna tecnologia de teleco-

de Dezembro de 2017, disponível em <https://blockchainhub.net/blockchain-oracles> e É. LARCHEVÊQUE (2016). *Hardware Pythias: bridging the Real World to the Blockchain*. Obtido em 14 de Dezembro de 2017, disponível em <https://www.ledger.fr/2016/08/31/hardware-pythias-bridging-the-real-world-to-the-blockchain/#.2zeggz6f>.

³⁴ Cf. R. ISTEPANIAN, E. JOVANOV & YI ZHANG (2004). ‘Introduction to the special section on m-Health: beyond seamless mobility and global wireless health-care connectivity’. *IEEE Trans Inf Technol Biomed.* 8(4), pp. 405–414.

³⁵ K. CONGDON (2013). ‘The rise of mHealth’. *Health IT Outcomes*. 25 de Março. Obtido em 23 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.healthitoutcomes.com/doc/the-rise-of-mhealth-0001>.

³⁶ World Health Organization. (2011) ‘mHealth: new horizons for health through mobile technologies’. \$1.1 Defining mHealth. Obtido em 10 de Setembro de 2018, disponível em http://www.who.int/goe/publications/goe_mhealth_web.pdf.

municação móvel, dispensando o uso da tecnologia de telecomunicação fixa do século XX⁽³⁷⁾.

De acordo com o relatório *GSMA Mobile Economy 2018*, prevê-se que, no ano 2025, 5,9 mil milhões de utilizadores únicos terão subscrito um serviço de telecomunicação móvel, isto é, 71% da população mundial⁽³⁸⁾. O mesmo relatório prevê que, ainda que se preveja um abrandamento no crescimento da taxa de penetração de telemóveis, espera-se um crescimento acentuado da adoção de serviços de *internet* móvel, sugerindo que deverá passar a ser este o indicador-chave que permitirá medir o alcance e valor criado pela indústria móvel.

À semelhança da redução do preço médio de telemóveis de funções mais elementares (v.g. telemóveis capazes apenas de efetuar e receber chamadas de voz e de receber e enviar SMS e MMS), também o preço médio dos chamados *smartphones*, com funcionalidades mais complexas (v.g. acesso à *internet* via banda larga móvel, *Bluetooth*, GPS, NFC, etc.) tem vindo a tornar-se mais acessível, ampliando o potencial de prestação de cuidados de saúde à distância. O acesso mais facilitado a este tipo de tecnologia viabiliza a implementação de projetos *mHealth* tais como projetos de suporte de diagnóstico assentes em novas tecnologias, projetos de diagnóstico remoto e telemedicina, projetos de acesso remoto à ficha clínica, projetos de vigilância de utentes, projetos de sistemas de informática médica descentralizada, entre outros.

O referido progresso tecnológico tem permi-

tido também o desenvolvimento de outros dispositivos, além de telemóveis, que beneficiam das mesmas tecnologias — nomeadamente computadores portáteis e *software* ligado à saúde. Tal facto, aliado à promoção de *software* gratuito e de código aberto (do inglês *free and open source software*), tem propiciado a implementação da *mHealth* em diversos mercados, inclusive em países de rendimentos baixo e médio. Ademais, serão consideradas tecnologias *mHealth* aquelas que, direta ou indiretamente ligadas ao campo da saúde, promovem a prática de serviços médicos à distância, tais como: microcomputadores, *software* de recolha de dados, tecnologia de sistemas operativos móveis, dispositivos de motorização de pacientes⁽³⁹⁾, dispositivos móveis de telemedicina, entre outros.

Do exposto, facilmente se depreende que a chamada *wearable technology* se enquadra no conceito de dispositivos *mHealth*. Esta tecnologia compreende uma vasta panóplia de dispositivos eletrónicos inteligentes (também conhecidos como *wearables*) que podem ser incorporados no vestuário do utilizador, implantados no corpo humano ou usados como acessórios.

Como tal, serão *wearables* os dispositivos capazes de registar dados relacionados com a atividade e/ou saúde física de um determinado indivíduo, tais como o número de passos dados num certo período de tempo, o ritmo cardíaco em dado momento, a atividade elétrica do coração, o nível glicémico no sangue, infeções, incorporação óssea⁽⁴⁰⁾,

³⁷ The Economist (2008). ‘The Limits of Leapfrogging’. Obtido em 12 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.economist.com/leaders/2008/02/07/the-limits-of-leapfrogging>.

³⁸ GSMA (2018). ‘The Mobile Economy 2018’. §1.1 Mobile industry set to reach major milestones over the period to 2025. Obtido em 23 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.gsma.com/mobileeconomy/wp-content/uploads/2018/05/The-Mobile-Economy-2018.pdf>.

³⁹ Cf. SREENAN C., SAMMON, D. & O’CONNOR, K. A. (2009). ‘A Context Aware Wireless Body Area Network (BAN)’. Obtido em 20 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.ucc.ie/en/media/research/misl/2009publications/pervasive09.pdf>.

⁴⁰ Cf., entre outros, Healio (2008). ‘Smart implants to provide biofeedback, measure joint loads, detect infection’. Obtido em 20 de Setembro de 2018, disponível em <https://www.healio.com/orthopedics/business-of-orthopedics/news/print/orthopedics-today/%7B27cc9f09-766a-4e1b-bb00-9277dd8e-df5d%7D/smart-implants-to-provide-biofeedback-measure-joint-loads-detect-infection>; Medical Device Developments (2015). ‘The future of implants: smart, electronic implantables’. <http://www.medicaldevice-developments.com/features/featurethe-future-of-smart-electronic-implants-4787632/>.

entre outros.

3. O Regulamento Geral de Proteção de dados

3.1 Breve introdução

O Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de Abril, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (abreviadamente RGPD), que revoga a Diretiva 95/46/CE e que entrou em vigor a 25 de Maio de 2018, pretende garantir a aplicação coerente e homogênea das regras de defesa dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais.

Com a entrada em vigor deste Regulamento, assiste-se a um aumento do poder de controlo dos dados por parte do seu titular; desta forma, ainda que se consinta no tratamento dos dados, assegura-se ao titular dos dados o controlo do destino e forma de tratamento dos seus dados, atribuindo-lhe os seguintes direitos: (a) direito a ser informado, (b) direito de acesso, (c) direito de retificação, (d) direito ao esquecimento, (e) direito de restrição, (f) direito de portabilidade dos dados, (g) direito de oposição, e (h) direito de não sujeição a automação de decisão.

Para tal, prevêem-se seis princípios relativos ao tratamento de dados no artigo 5.º do RGPD: (i) licitude lealdade e transparência, (ii) limitação das finalidades, (iii) minimização dos dados, (iv) exatidão, (v) limitação da conservação e (vi) integridade

[thopedics-today/%7B27cc9f09-766a-4e1b-bb00-9277dd8e-df5d%7D/smart-implants-to-provide-biofeedback-measure-joint-loads-detect-infection](https://www.healio.com/orthopedics-today/%7B27cc9f09-766a-4e1b-bb00-9277dd8e-df5d%7D/smart-implants-to-provide-biofeedback-measure-joint-loads-detect-infection); Medical Device Developments (2015). ‘The future of implants: smart, electronic implantables’. <http://www.medicaldevice-developments.com/features/featurethe-future-of-smart-electronic-implants-4787632/>.

e confidencialidade. E acresce ainda a estes o dever de responsabilidade do responsável pelo tratamento dos dados (cf. n.º 2 do artigo 5.º do RGPD).

Dada a complexidade da matéria que o RGPD vem regular, são empregues diversos termos que exigem definições legais, sendo justamente no artigo 4.º do RGPD onde encontramos as referidas definições. Sem desprestigiar a importância das demais noções lá compreendidas, para o trabalho que desenvolvemos, merece especial destaque as definições de ‘dados pessoais’, ‘dados relativos à saúde’, ‘tratamento’, ‘pseudonimização’, ‘ficheiro’, ‘responsável pelo tratamento’ e ‘subcontratante’.

3.2 mHealth e o RGPD

Conforme se avançou supra, o recente avanço tecnológico estimulou a produção e comercialização de dispositivos móveis de baixo custo equipados com uma vasta panóplia de sensores capazes de registar amplas quantidades de informação de natureza diversa; facto que vem possibilitar a análise de dados com o apoio de plataformas móveis (leia-se, *apps*).

Esta diversidade de dados passíveis de recolha viabiliza a especialização de *apps* que se ocupam na recolha de um conjunto de dados específicos e na sua análise de acordo com determinado procedimento codificado pelo programador, passando a estar ao dispor do indivíduo os resultados daquele ‘estudo’ automatizado.

No seguimento desta tendência, emergem então, entre outras, plataformas móveis que se dedicam à recolha e análise de dados relativos à saúde do indivíduo (ou, recorrendo à terminologia inglesa, *mHealth apps*), que por sua vez permitem uma melhor compreensão do seu estado de saúde, almejando em última análise a promoção do seu bem-estar geral. Todavia, com a entrada em vigor

do RGPD nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membro da União Europeia, surgiu alguma desconfiança face ao cumprimento às normas do RGPD naquelas plataformas.

Da análise do disposto no n.º 15 do artigo 4.º, no artigo 9.º e nos Considerandos (51) a (56) retira-se que o Legislador teve o cuidado de categorizar os dados relativos à saúde como uma classe merecedora de uma tutela própria, definindo-os como ‘dados sensíveis’.

Assim, seria expectável que estas plataformas teriam sido concebidas (ou teriam sofrido uma atualização) atento os princípios da proteção de dados desde a conceção e da proteção de dados por defeito⁽⁴¹⁾. Todavia, segundo um estudo apoiado pela Comissão Europeia, ao abrigo do programa-quadro comunitário de investigação e inovação ‘Horizonte 2020⁽⁴²⁾’, que se dedicou à análise de 20 *mHealth apps* disponíveis na *Google Play Store*, fo-ram encontradas diversas desconformidades, tanto ao nível do consentimento (nenhuma das plataformas disponibilizou um método de recolha do tratamento dos dados em conformidade com o RGPD), ao nível do apagamento dos dados (nem sempre é disponibilizado um método de fácil acesso para requerer o apagamento dos dados), bem como ao nível da portabilidade dos dados (por vezes, nenhum mecanismo é colocado à disposição do indivíduo com essa finalidade).

Em suma, por detrás da imagem apelativa e profissional destas plataformas, encontramos um programa que poderá pôr em causa a privacidade e segurança dos dados do sujeito utilizador, violando

as normas que tutelam esta categoria de dados (*rec-tius* dados sensíveis) e que têm em vista a prevenção do acesso e/ou utilização dos dados por sujeitos não autorizados, revelando, por exemplo, problemas de saúde, sintomas médicos, fotografias e localização dos utilizadores. Prendendo-se grande parte destes problemas com o tipo de cibersegurança implementada na programação da plataforma propriamente dita.

3.3 O Código de Conduta relativo à privacidade nas mHealth apps

Em 2011, foi realizada uma audição pública sobre o uso de *mHealth apps*⁽⁴³⁾, tendo os seus resultados parcialmente sido publicados no ‘*Green Paper on mobile health (“mHealth”)*’⁽⁴⁴⁾ de 2014.

Perante aquele panorama de desconfiança nestas plataformas, a Comissão Europeia iniciou os trabalhos para a criação do Código de Conduta relativo à privacidade nas *mHealth apps*, que seria submetido ao Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (que integra, desde 25 de Maio de 2018, o Comité Europeu para a Proteção de Dados), para avaliação e aprovação.

Neste Código são abordados os seguintes temas: (a) consentimento do utilizador, (b) limitação de utilização e minimização dos dados, (c) proteção de dados desde a conceção e da proteção de dados por defeito, (d) direitos dos utilizadores e requisitos de informação, (e) retenção de dados, (f) medidas de segurança, (g) princípios de publicidade, (h) utilização de dados pessoais para fins secundários,

⁴³ BOEHM, E (2011), ‘Mobile Healthcare’s Slow Adoption Curve’. (apud Comissão Europeia (2014). ‘Green Paper on mobile health (“mHealth”)’)

⁴⁴ Comissão Europeia (2014). ‘Green Paper on mobile health (“mHealth”)’. §3.1, pp.7-9. Obtido em 5 de Julho de 2018, disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/green-paper-mobile-health-mhealth>.

(i) transferência de dados pessoais para um subcontratante, (j) transferências de dados, (k) violação de dados e (l) recolha de dados pessoais de crianças.

Este Código foi submetido ao Grupo de Trabalho pela primeira vez em Junho de 2016 e, depois, novamente em Dezembro de 2017, após duras críticas àquele devido às suas insuficiências. Contudo, nem numa segunda revisão foi este Código de Conduta aprovado pelo Grupo de Trabalho; pelo contrário, reiteraram-se as críticas feitas a este por não corresponder a uma verdadeira mais-valia, frisando que não foram tidos em conta problemas específicos como o dos *cookies*, a falta de especificidade do papel das partes envolvidas no tratamento dos dados, na diferença entre o responsável pelo tratamento dos dados e os subcontratantes, aspetos relacionados com a segurança na atribuição de autorização de acesso aos dados pelo seu titular a um terceiro (v.g. o seu médico de família), entre muitos outros aspetos⁽⁴⁵⁾⁻⁽⁴⁶⁾.

4. mHealth e Blockchain

4.1 Internet of Things

A *Internet of Things* (ou *internet* das coisas, numa tradução livre; abreviadamente IoT) refere-se à rede criada por aparelhos e/ou dispositivos inteligentes com acesso à internet capazes de executar tarefas por força de algum resultado e/ou mediante instrução dada pelo indivíduo⁽⁴⁷⁾.

⁴⁵ A mais recente missiva deste Grupo de Trabalho pode ser consultada em https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=52056 (obtido a 7 de Agosto de 2018).

⁴⁶ O mais recente versão do Código de Conduta submetida para análise pode ser consultada em http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc_id=16125 (obtido a 7 de Agosto de 2018).

⁴⁷ Exemplificativamente, **para o primeiro caso**: o ar condicionado e as luzes do apartamento, todos com acesso à

Ainda que muito funcional e útil, a verdade é que a IoT pode trazer consigo muitas fragilidades no que à segurança diz respeito; a bem dizer, a IoT cria uma rede que pode ser um alvo fácil de ciberataques⁽⁴⁸⁾, seja porque os seus utilizadores não alteraram as chaves de acesso pré-definidas de fábrica (por esquecimento ou menosprezo da sua importância), seja porque o próprio sistema de segurança é insuficiente e/ou vulnerável.

Face a esta adversidade, têm sido feitos estudos sobre as soluções que poderão ser dadas a este mercado, que se encontra numa fase de grande expansão económica, de maneira a tornar a IoT mais segura e, conseqüentemente, mais apelativa para os utilizadores⁽⁴⁹⁾. Uma dessas soluções passa, precisamente, pela adoção do *Blockchain* como tecnologia fundacional, passando os dispositivos e/ou aparelhos a funcionar como oráculos⁽⁵⁰⁾. Tem se

internet, recebem instrução automática para ser ligados assim que o indivíduo termina a sua jornada de trabalho e inicia o seu trajeto de regresso a casa; **para o segundo caso**: o indivíduo, a distância através do seu telemóvel *smartphone*, dá instrução para o seu aspirador inteligente iniciar determinado programa de limpeza.

⁴⁸ Sobre o tema, cf., entre outros, HOSSAIN, M., FOTOUHI, M. & HASAN, R. (2015). ‘Towards an Analysis of Security Issues, Challenges, and Open Problems in the Internet of Things’. *IEEE World Congress on Services*, pp. 21-28. Obtido em 6 de Agosto de 2018, disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=7196499>; MAHMOUD, R., YOUSUF, T., ALOUL, F. & Zulkernan, I. (2015). ‘Internet of things (IoT) security: Current status, challenges and prospective measures’. *The 10th International Conference for Internet Technology and Secured Transactions*, pp. 336-341. Obtido em 6 de Agosto de 2018. Disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=7412116>.

⁴⁹ Cf., entre outros, SOLANGI, Z. A., *et al.* (2018). ‘The future of data privacy and security concerns in Internet of Things’. 2018 IEEE International Conference on Innovative Research and Development, Obtido em 7 de Agosto de 2018, disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=8376320>.

⁵⁰ Cf., entre outros, i-Scoop (N.D.). ‘Blockchain and the Internet of Things: the IoT blockchain opportunity and challenge’. Obtido em 7 de Agosto de 2018, disponível em <https://www.i-scoop.eu/blockchain-distributed-ledger-technology/>

entendido esta interconexão tecnológica como útil devido, precisamente, à natureza da própria tecnologia, que conta como seus alicerces, desde a sua conceção, a segurança e a privacidade, como já se viu.

Aqui chegados, confrontados com a heterogeneidade dos tópicos em análise, poderá o Leitor questionar-se: ‘Qual a relação entre o Blockchain e a mHealth?’. A resposta a esta questão é curiosamente simples: referimo-nos à *internet of health things*, ou seja, uma *internet* de coisas ligadas à saúde, assente na tecnologia *Blockchain*, onde os *wearables* funcionariam como *hardware oracles*, e as *mHealth apps* como *software oracles*.

Não nos sendo possível fazer uma explanação detalhada sobre o funcionamento de uma rede deste tipo por constrição de tempo, importa reter o seguinte: uma plataforma deste tipo viabilizaria um sistema de registo de informação concebido para a partilha de dados relativos à saúde entre os nodos da rede (v.g. utentes e profissionais de saúde) de acordo com a vontade do seu titular, sendo que todas as transações (v.g. registo de informação, transmissão de dados, etc.) seriam protegidas por um sistema de segurança baseado em funções *hash*, verificando a identidade e autenticando a proveniência da informação, empregando igualmente um protocolo de consenso que impediria modificações à informação (e/ou à vontade expressa pelo utilizador no código da informação), mitigando riscos⁽⁵¹⁾.

[blockchain-iot/](https://www.postscapes.com/blockchains-and-the-internet-of-things/); Postscapes (2018). ‘Blockchains and the IoT (Internet of Things)’. Obtido em 7 de Agosto de 2018, disponível em <https://www.postscapes.com/blockchains-and-the-internet-of-things/>; ZAHID, J. I. *et al.* (2017). ‘Integrating Internet of Things and Blockchain: Use Cases’. IEEE Internet Initiative eNewsletter. Obtido em 8 de Agosto de 2017, disponível em <https://internetinitiative.ieee.org/newsletter/november-2017/integrating-internet-of-things-and-blockchains-use-cases>.

⁵¹ Sobre o tema, cf., nomeadamente, PETRACEK, N. (2018). ‘Is Blockchain The Way To Save IoT?’. *Forbes*. Obtido em 7 de Agosto de 2018, disponível em <https://>

4.2 O Paradoxo RGPD–Blockchain

É do conhecimento geral que o RGPD entrou em vigor no passado dia 25 de Maio de 2018; no entanto, com o devido respeito, entendemos que, já àquela data, este Regulamento se encontrava desatualizado. Vejamos.

Embora se faça referência aos novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais provocados pela «rápida evolução tecnológica e [pela] globalização»⁽⁵²⁾, à necessidade de a proteção conferida pelo Regulamento dever ser tecnologicamente neutra e independente das técnicas utilizadas⁽⁵³⁾, à definição ampla de ‘tratamento’, conferindo a mesma proteção quando o tratamento seja realizado por meios automáticos ou manuais⁽⁵⁴⁾ e ainda que tenha sido preocupação do Legislador esclarecer melhor a proteção conferida às pessoas singulares quando o tratamento dos seus dados seja efetuado por meios automatizados⁽⁵⁵⁾, a verdade é que o RGPD não teve em consideração tecnologias emergentes, como é o caso da tecnologia *blockchain*.

No mesmo sentido parece estar a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de Fevereiro de 2017, que teve como desiderato apresentar à Comissão e ao Conselho algumas recomendações quanto às disposições de Direito Civil sobre Robótica⁽⁵⁶⁾, onde

www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/18/is-blockchain-the-way-to-save-iot/#1bfd4e4b5a74.

⁵² Cf. Considerando (6) do RGPD.

⁵³ Cf. Considerando (15) do RGPD.

⁵⁴ Cf. Considerando (15), artigo 2.º, n.º 1, artigo 4.º, n.º 2, todos do RGPD.

⁵⁵ Cf. Considerandos (63), (67), (68) e (71), artigos 22.º, 33.º, n.º 3, al. c), 47.º, n.º 2, al. e), todos do RGPD.

⁵⁶ Versando sobre, nomeadamente, os princípios gerais, a responsabilidade, os princípios gerais relativos ao desenvolvimento da robótica e da inteligência artificial para utilização civil, os princípios éticos, a normalização, segurança e proteção e as licenças para os criadores e utilizadores de robôs.

é sugerida a hipótese de se averiguar a necessidade de uma revisão do RGPD, na medida em que alguns aspectos ligados ao acesso a dados e à proteção de dados pessoais e da privacidade podem ainda estar por resolver e/ou persistirem preocupações quanto à garantia de privacidade no método de comunicação sem intervenção humana entre dispositivos e aplicações e/ou com bases de dados⁽⁵⁷⁾.

Para melhor compreendermos o problema sobre o qual nos debruçamos, importa recordar o funcionamento da tecnologia *blockchain* e os princípios norteadores do RGPD:

- Por um lado, encontramos uma tecnologia que recorre à criptação e ao hashing para transformar a informação contida nas transações em peças ilegíveis sem a correspondente chave pública, registando a referida informação num livro-razão imutável e permanente cujo acesso pode ser aberto ou restrito;
- Por outro, estão consagrados no RGPD os princípios (i) da licitude, lealdade e transparência, (ii) da limitação das finalidades, (iii) da minimização dos dados, (iv) da exatidão, (v) da limitação da conservação e (vi) da integridade e confidencialidade.

Ora, sendo certo que uma plataforma *blockchain* poderia ser transparente, cumprindo-se (por decorrência do próprio modo de funcionamento da tecnologia) os princípios de limitação das finalidades, de minimização dos dados, de exatidão e de integridade e confidencialidade (seja devido ao envolvimento ativo do sujeito na transação, seja devido às operações de encriptação e *hashing* da informação), algumas dúvidas poderão ser susci-

⁵⁷ Cf. Considerandos (N), (10), (13), (14) e (18) e seguintes da Resolução.

tadas quanto ao princípio da limitação da conservação, donde decorre o direito de retificação e o direito ao esquecimento, precisamente porque a informação contida nos livros-razão é permanente e imutável (recorde-se a origem da tecnologia). É exatamente por este motivo que poderíamos dizer, numa primeira análise, que nos deparamos diante de um paradoxo⁽⁵⁸⁾. Fazendo das palavras de HUMBECK NOSSAS:

«The goal of GDPR is to “give citizens back the control of their personal data, whilst imposing strict rules on those hosting and ‘processing’ this data, anywhere in the world.” Also, one of the things GDPR states is that data “should be erasable”. Since throwing away your encryption keys is not the same as ‘erasure of data’, GDPR prohibits us from storing personal data on a blockchain level. Thereby losing the ability to enhance control of your own personal data».

Como se adiantou supra, a informação contida nos livros-razão é permanente e imutável, não sendo sequer possível a atualização da informação contida numa determinada transação⁽⁵⁹⁾, inviabilizando, por isso, uma operação ‘Criar-Ler-Atualizar-Eliminar’ possível; ao invés, pode passar a funcionar a operação ‘Criar-Aceder-Apensar-Destruir’⁽⁶⁰⁾.

Simplificando por via de um exemplo: imagine-se uma IoT assente em *blockchain* onde são sujeitos intervenientes utentes e profissionais de saúde, sendo os dados médicos dos primeiros registadas na rede, podendo o utente (des)autorizar o acesso aos seus dados livremente. Se *Amália* entender que pretende partilhar com o seu médico de fa-

⁵⁸ Sobre o tema, cf. HUMBECK, A. V. (2017). ‘The Blockchain-GDPR Paradox’. *The Ledger*. Obtido em 1 de Abril de 2018, disponível em <https://medium.com/weartheledger/the-blockchain-gdpr-paradox-fc51e663d047>.

⁵⁹ Recorde-se a definição ampla atribuível a ‘transação’ no contexto do funcionamento desta tecnologia.

⁶⁰ Sobre a operação CRAB (na sigla inglesa), cf. BigChainDB (2017). ‘The CRAB tutorial’. Obtido em 3 de Abril de 2018, disponível em <https://tutorials.bigchaindb.com/crab/>.

mília Bruno os dados recolhidos pelo seu *smartwatch* bastaria, para isso, criar uma nova transação onde era autorizado o acesso dos dados registados pelo oráculo ‘SMRTWTCH-AMALIA’ por Bruno; caso Amália pretendesse revogar esta autorização, seria necessário aceder àquela transação e apensar a instrução de revogação de autorização. Desta maneira, Bruno deixaria de ter acesso àqueles dados, que continuariam na rede, encriptados. Mas, o que dizer sobre a destruição dos dados? Segundo esta operação, caso Amália pretendesse a destruição dos dados, seria necessário destruir as chaves de (des)encriptação, impedindo assim a descriptação e, consequentemente, o seu acesso.

4.3 Que soluções?

Retomando, parece-nos que o Legislador teve apenas em consideração o primeiro tipo de operação (‘Criar-Ler-Atualizar-Eliminar’), tendo omitido a definição de ‘destruição’ ou ‘apagamento’ dos dados, pelo que será dúbio se a destruição das chaves de acesso (*rectius* de (des)encriptação) corresponde a uma verdadeira destruição ou apagamento dos dados. Acresce ainda outra questão de mais difícil resposta: a de saber quem desempenha as funções de *controller* e de *processor* numa rede *blockchain*, considerando a descentralização da informação e os nodos envolvidos na rede.

É por esta razão que diversas empresas, interessadas nesta tecnologia, têm optado por *permissioned blockchains* uma vez que, precisamente porque o acesso é restrito, mais palpável será a opção por uma operação de *forking*, que possibilita uma verdadeira eliminação dos dados (ainda que potencialmente onerosa — v.g. em termos económicos, no possível aumento de ocorrência de erros na transição para a nova versão da ‘cadeia’/conteúdo

dos livros-razão)⁽⁶¹⁾.

Naturalmente, não é esta a única solução.

Outra opção poderá passar pela adoção de uma central de armazenamento de dados que não reside na rede *blockchain*. Desta forma (e regressando ao novo exemplo), passa a informação recolhida pelo *smartwatch* de Amália a ser armazenado numa base de dados externa, cujo acesso é verificado através da rede *blockchain*. Assim, se Amália tiver autorizado o médico Bruno a aceder aos dados, sempre que este quiser aceder, deverá submeter um pedido à rede, que desencadeará um processo de verificação de autorização auxiliado por agentes de *software* e que por sua vez, verificado que o acesso lhe foi atribuído, é gerado um *link* de acesso. Caso Amália entenda que já não pretende que o seu médico aceda àqueles dados, poderá simplesmente revogar o acesso, *apensando* tal instrução à transação onde foi originalmente atribuído o acesso, que por seu turno impedirá que seja gerado o aludido *link* de acesso. Desta forma, seria a rede *blockchain* utilizada essencialmente como um meio de ‘controlo de acesso’ e que serviria de meio probatório dos direitos que assistem a cada um dos nodos — por outras palavras, mais facilmente demonstrar-se-ia por esta via, por exemplo, que determinado conjunto de dados deveria ter sido destruído por conta da revogação de consentimento do seu titular.

Mas também esta opção levanta alguns inconvenientes:

- i) Desconhecimento e/ou falta de garantia das técnicas de cibersegurança e privacidade utilizados pela base de dados externa;

⁶¹ Além do maior controlo sobre o conteúdo dos livros-razão, a opção por *permissioned blockchains* permite contornar o ‘problema’ de as *permissionless blockchains* ignorarem fronteiras, podendo pôr em causa a restrição imposta no que respeita à transferência dos dados para além das fronteiras do território da União, conforme decorre do Considerando (116) do RGPD.

- ii) Redução dos benefícios da característica transparência desta tecnologia (deixando de ser possível determinar quem acedeu e quem tem direito de acesso à informação, visto que uma vez gerado o *link* de acesso, poderá este ser distribuído⁽⁶²⁾);
- iii) Criação de novos problemas relativamente à administração dos dados armazenados, que por sua vez provocam o aumento do risco de acesso em plataformas externas indevido por conta da distribuição da informação pessoal pelos diversos sujeitos autorizados (e consequente integração da informação nas respetivas plataformas internas);
- iv) Maior risco de erros indesejados como resultado da acrescida complexidade na construção deste tipo de rede; e, por último,
- v) Depreciação daquela tecnologia, transformando-a numa base de dados que em pouco (ou mesmo nada) difere das demais base de dados.

5. À guisa de conclusão...

Aproximamo-nos finalmente da reta final da nossa exposição para concluir que a relação entre *mHealth* e *smart contracts* poderá ser possível, mediante algumas concessões.

Parece-nos defensável que a adoção desta tecnologia poderia trazer grandes benefícios para os utentes, assegurando-lhes um maior controlo e poder de supervisão sobre o acesso aos seus dados,

cumprindo-se o disposto no Considerando (64)⁽⁶³⁾, bem como aos profissionais de saúde, ao facilitar o acesso seguro a uma maior diversidade de dados relativos à saúde do seu paciente, potenciando um diagnóstico mais preciso e acertado.

Ademais, atento o complexo sistema de segurança desta tecnologia, poder-se-ia mitigar ou mesmo eliminar o risco de ciberataques semelhantes ao ciberataque ‘WannaCry’⁽⁶⁴⁾, que afetou empresas de diversos países, nomeadamente Portugal⁽⁶⁵⁾, Espanha⁽⁶⁶⁾ e o Reino Unido⁽⁶⁷⁾, e que foi considerado pela Europol como um ataque de grande escala «sem precedentes»⁽⁶⁸⁾.

Pelo que, e concluindo, para que esta relação seja possível, à luz da atual redação do RGPD, será

⁶³ Onde se pode ler «O responsável pelo tratamento deverá adotar todas as medidas razoáveis para verificar a identidade do titular dos dados que solicite o acesso, em especial no contexto de serviços e de identificadores por via eletrónica».

⁶⁴ Cf. Techmob (2017). ‘O que é WannaCry Ransomware e como se proteger?’. Obtido em 19 de Maio de 2017, disponível em <https://techmob.com.br/o-que-e-wannacry-ransomware-e-como-se-proteger/>; The Telegraph (2017). ‘NHS cyber attack: Everything you need to know about ‘biggest ransomware’ offensive in history’. Obtido em 20 de Maio de 2017, disponível em <https://www.telegraph.co.uk/news/2017/05/13/nhs-cyber-attack-everything-need-know-biggest-ransomware-offensive/>; Financial Times (2017). ‘NHS cyber attack far more extensive than thought, says report’. Obtido em 1 de Fevereiro de 2018, disponível em <https://www.ft.com/content/4110069a-ba3d-11e7-8c12-5661783e5589>.

⁶⁵ Cf. Observador (2017) ‘PT Portugal alvo de ataque informático internacional’. Obtido em 19 de Maio de 2017, disponível em <https://observador.pt/2017/05/12/portugal-telecom-alvo-de-ataque-informatico-internacional/>.

⁶⁶ Cf. El País (2017) ‘El Gobierno confirma un ciberataque masivo a empresas españolas’. Obtido em 19 de Maio de 2017, disponível em https://elpais.com/tecnologia/2017/05/12/actualidad/1494585889_857386.html?rel=mas.

⁶⁷ Cf. The Guardian (2017). ‘The NHS trusts hit by malware — full list’. Obtido em 19 de Maio de 2017, disponível em <https://www.theguardian.com/society/2017/may/12/global-cyber-attack-nhs-trusts-malware>.

⁶⁸ BBC News (2017). ‘Cyber-attack: Europol says it was unprecedented in scale’. Obtido em 19 de Maio de 2017, disponível em <https://www.bbc.com/news/world-europe-39907965>.

desde logo necessário ponderar o tipo de *blockchain* a ser criada (*permissioned* ou *permissionless*) e, conforme a escolha, adotar as medidas mais adequadas a cumprir os requisitos de privacidade e segurança e demais disposições legais impostas pelo RGPD. Porém, consideramos que estas concessões poderão vir a ser desnecessárias por intermédio de um aditamento e/ou alteração ao RGPD, tornando este Regulamento mais resistente à passagem do tempo e às diversas mutações e inovações que este trás consigo (como já deveria ter sido previsto à data da sua entrada em vigor), bem como com a apresentação de linhas orientadoras que definam os parâmetros que deverão ser cumpridos especificamente na área da *mHealth*, viabilizando a adoção desta como uma verdadeira ferramenta útil para a prática médica.

WRONGFUL BIRTH ACTION E O DEVER DE INFORMARO»

Daniella Aloise Borges ⁽¹⁾

Palavras-chave: *wrongful birth*; dever de informar; interrupção da gravidez; responsabilidade médica.

Keywords: *wrongful birth*; duty to inform; interruption of pregnancy; medical liability.

Resumo: Neste texto vem-se analisar a aceitabilidade da *wrongful birth action* dentro do ordenamento jurídico português, verificando a capacidade do instituto da responsabilidade civil para lidar com esses dilemas ético-jurídicos, cujas fronteiras nem sempre são perceptíveis e fáceis de definir.

Abstract: In this text comes to analyze the acceptability of the *wrongful birth action* in the Portuguese legal system, verifying the capacity of the institute of civil liability to deal with these ethical-legal dilemmas, whose borders are not always perceptible and easy to define.

1. Introdução

As primeiras pretensões em sede de *wrongful birth* nasceram num tribunal de New Jersey, no ano de 1967, quando uma mulher apresentou um pedido de indemnização contra o médico que não a informou dos riscos que uma rubéola no início da gravidez poderia acarretar para o feto. Embora o aborto fosse ilegal no estado de New Jersey não o era no vizinho estado de New York, onde ela poderia ter abortado aquele feto que efetivamente

veio a nascer gravemente malformado como consequência da rubéola contraída durante a gravidez.

Atualmente, esta ação caracteriza-se por ser proposta pelos pais (ambos ou apenas a mãe)⁽²⁾, em nome próprio, contra o médico, equipe médica ou instituto hospitalar que negligentemente interpretou exame erroneamente, não comunicou o resultado, ou que não informou devidamente sobre este, e, em razão disso, os pais prosseguiram com a conceção (no caso do Diagnóstico Genético Pré-implantação — DGPN) ou com uma gravidez (no

² É possível concluir que o médico tem de cumprir o seu dever de informação apenas a mulher, porque está em causa uma intervenção que atinge a sua saúde e vida. É ainda que seja possível determinar um dever de informação do médico também para o pai (seja por entender que ele representa o interesse do filho — art. 1878.º do Código Civil Português (CCP) — ou porque ele tem direito de participar das decisões relativas à vida conjugal comum — art. 1671.º, n.º 2 do CCP —), em sede de *wrongful birth* não seria possível, visto que ainda que o médico informasse ao pai das condições do filho esse jamais poderia fazer algo se a mulher desejasse prosseguir com a gestação. Tanto é assim que o n.º 3, al. d) do Despacho n.º 5411/97, de 8 de julho, prevê que “a decisão de realizar ou não a interrupção de gravidez face aos resultados dos exames de diagnósticos pré-natal cabe à mulher”. Apesar disso, tem-se entendido que o pai também pode figurar como autor da ação de *wrongful birth* (por isso faz-se sempre menção aos pais e não apenas à mãe ao longo deste artigo) desde que reivindique os danos que este sofreu, não a violação do direito reprodutivo, mas o sofrimento e angústia por ter um filho nessas condições; as despesas relacionadas com a educação e tratamento do filho etc. Contudo, se não existir pedido concomitante da mãe pela violação da autodeterminação reprodutiva, os danos do pai caem por terra, pois os danos derivados daquele direito com ele sucumbem (*vide* RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*). *Revista do Ministério Público*, ano 33, n. 132, 2012, p. 111).

¹ Advogada e Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

caso do Diagnóstico Pré-natal — DPN) que, para surpresa, deu lugar a uma criança com grave doença ou malformação.

Assim, os pais alegam que se tivessem sido devidamente informados da condição da criança teriam optado por não conceber ou optariam por interromper a gravidez. Portanto, não é a ação do médico que ocasiona o nascimento de uma criança não saudável, pois este não é o causador direto da doença ou deficiência, mas a sua omissão impede que os pais de forma esclarecida optem por não dar início ou seguimento à gravidez que culmina no nascimento da criança doente/deficiente.

Estas ações são ainda extremamente controversas pois têm como consequência o impedimento de eventual interrupção da gravidez, que por mais que seja regulada no art. 142.º, n.º 2 do Código Penal Português (CPP) — desde que efetuada até à 24ª semana, caso fique comprovado que o embrião/feto sofre de uma doença ou malformação incurável, e até à 10ª semana de forma voluntária e independente de qualquer outro requisito —, ainda provoca intensos debates éticos.

Contudo, pelos avanços da ciência e da técnica, aliados a uma diferente conceção sobre a qualidade de vida, estas ações encontram, cada vez mais, “acolhimento nos atuais regimes jurídicos sobre consentimentos para os médicos e directivas antecipadas de vontade”⁽³⁾, merecendo a análise eminentemente jurídica da aplicabilidade e aceitabilidade (ou não) das referidas ações dentro do ordenamento jurídico português.

2. O Dever de Informar

O dever de informar radica do instituto do consentimento informado⁽⁴⁾, em que mediante os esclarecimentos a pessoa é capaz de exercer a sua autodeterminação nos cuidados com a saúde. Esclarecer com vistas à autodeterminação nada mais é do que a “informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a uma livre decisão do paciente, por forma a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do axioma fundamental que é a dignidade humana”⁽⁵⁾.

O consentimento deve ser livre e esclarecido, de modo que, não basta que o médico informe, mas que se assegure que o paciente percebeu os esclarecimentos necessários a uma tomada de decisão consciente.

Sendo assim, os principais elementos que identificam o consentimento informado são: informação necessária e adequada para uma escolha informada; capacidade de o indivíduo entender o que lhe é transmitido e fazer uma escolha baseada na informação; vontade com que a escolha é feita⁽⁶⁾.

Se não passar as informações, estas não forem suficientes ou a pessoa não entender claramente o

que lhe foi passado, pode o médico incorrer em responsabilidade civil, pois o consentimento não será válido (com base no art. 81.º e no art. 340.º do CCP e no art. 157.º do CPP), tornando a intervenção médica ilícita.

Mesmo se fundamentando no consentimento informado, o dever de informação é um instituto autónomo, pois muitos são os casos em que existe apenas o dever de informar, sem o consentimento, uma vez que pode existir a doença, sem que haja nenhuma possibilidade de terapia ou intervenção médica, mas mesmo assim a informação do diagnóstico é necessária para o paciente. Como afirma André Dias Pereira “se associarmos, de forma excessiva, a obrigação de informação à necessidade de obter um consentimento, a primeira corre o risco de se tornar desprovida de sentido, quando é precisamente a informação sobre o seu estado, por mais pessimista que o prognóstico possa ser, que pode ser muito importante para o paciente”⁽⁷⁾.

Por isso, em sede de DPN⁽⁸⁾, o médico tem sempre o dever de informar à grávida as finalidades da intervenção; dos riscos que o exame implica para ela e o bebé; dos resultados e das medidas subsequentes possíveis.

Nesse sentido, o Despacho n.º 5411/97, de 8 de julho (n.º 3, al. b), c) e d)), que define algumas regras de organização das unidades de saúde envolvidas no diagnóstico pré-natal e alguns princípios orientadores desta atividade, estabelece que

“(…) b) A colheita de produtos embrionário e fetais deve ser sempre precedida por uma consulta de aconselhamento genético, cujos objectivos são informados e esclarecer o casal sobre os exames, os riscos inerentes à sua realização, as suas limitações e as implicações dos resultados; c) As grávidas que pretendam realizar as técnicas invasivas devem dar o seu consentimento livre e esclarecido e, sempre que possível, por escrito; d) A decisão de realizar ou não a interrupção de gravidez face aos resultados dos exames de diagnósticos pré-natal cabe à mulher (...)”.

O dever de informar também permanece no caso do DGPI⁽⁹⁾, é o que decorre do art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, que estabelece que os progenitores carecem de prestar consentimento para a execução de qualquer técnica de procriação medicamente assistida (PMA). Este deverá ser informado, dado de maneira livre e escrito expressamente, para reforçar a reflexão e assegurar certeza⁽¹⁰⁾. Inclusive, antes de prestar o consentimento, o beneficiário deve ser informado previamente por escrito da forma mais abrangente possível, os detalhes das técnicas, de todos os benefícios e riscos, suas peculiaridades e consequências bem como as implicações éticas, sociais e jurídicas resultantes da sua utilização (art. 14.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006).

Apesar de as ações até então versarem sobre danos causados em gravidez por reprodução sexual, com a atual evolução científica das técnicas

⁴ O fundamento jurídico do consentimento informado encontra-se em diversas normas: no plano constitucional o art. 25.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) que consagra o direito à integridade moral e física; o art. 26.º, n.º 1 da CRP que prevê o livre desenvolvimento da personalidade; o art. 26.º, n.º 3 da CRP que garante “dignidade pessoal e identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica”; no âmbito civilístico, o art. 70.º do Código Civil Português (CCP) que apresenta o direito geral de personalidade e na relação contratual; já na seara penal o art. 156.º do Código Penal Português (CPP) que prevê o dever de esclarecimento e o 157.º também do CPP que estabelece o crime de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

⁵ PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 73.

⁶ *Ibid.*, p. 129-130.

⁷ *Ibid.*, p. 353.

⁸ O DPN é uma técnica utilizada para detetar, dentro do útero materno, embriões ou fetos portadores de anomalias, seja a reprodução feita mediante técnicas de procriação medicamente assistida ou por meio de relação sexual. São diversos os exames que permitem a deteção de defeitos congénitos ou de doenças genéticas durante a gravidez, por exemplo, a amniocentese, cordocentese, citogenética molecular, exames de DNA (ácido desoxirribonucleico) etc. (NUNES, Rui. O diagnóstico pré-natal da doença genética. In: NUNES, Rui; MELO, Helena (Coord.). *Genética e reprodução humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000. p. 83-99. (Coletânea Bioética Hoje, 1).

⁹ O DGPI consiste na realização de testes de genética em embriões com o objetivo de detetar doenças, antes da transferência para a mulher em sede de procriação medicamente assistida. É uma seleção positiva na medida em que se escolhem embriões com determinadas características genéticas, e, negativa devido a excluir da implantação os que possuem as características indesejadas (OLIVEIRA, Guilherme de. Um caso de selecção de embriões. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 7-13, 2007).

¹⁰ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 86.

³ *Ibid.*, p. 78.

de procriação, nada impede que essas ações se verifiquem também no âmbito do DGPI, quando o médico deixe de informar aos pais a anomalia presente no embrião, e, portanto, o casal autorize a transferência deste para o útero da mulher. Assim, os aspetos da *wrongful birth* podem ser transpostos, *mutadis mutandis*, para os casos de DGPI em que o médico não detetou a anomalia embrionária ou não informou e, por conseguinte, procedeu à transferência do embrião⁽¹¹⁾.

3. A Responsabilidade Civil em Sede de *Wrongful Birth*

A responsabilidade no caso da *wrongful birth* é uma responsabilidade médica, uma vez que o médico (ginecologista-obstetra), um profissional da saúde ou ainda uma instituição/laboratório médico que podem atuar com dolo ou negligência e causar o dano.

Em Portugal, a responsabilidade médica subsume-se à responsabilidade subjetiva por factos ilícitos assente na culpa que tanto pode decorrer por via extracontratual, delitual ou aquiliana (art. 483.º e ss e art. 562.º e ss do CCP), ou contratual (art. 562.º e ss e 798.º e ss do CCP)⁽¹²⁾.

¹¹ Vera Lúcia Raposo considera que a omissão da informação no âmbito do DGPI ainda “assume maior gravidade, dado que não confronta os progenitores com uma possível interrupção da gravidez porque esta, em bom rigor, ainda nem se iniciou”. Para a autora “os dilemas éticos e morais que aqui se apresentam aos pais são bem menores do que quando se lhes pede que ponderem a possibilidade de abortar”, seria apenas uma decisão de não transferência daquele embrião inviável ou que apresenta anomalias graves, e no lugar transferir os demais embriões disponíveis, muitos que até seriam destinados a criopreservação (RAPOSO, 2012, p. 75).

¹² Na atuação do médico pode o mesmo facto incorrer no não cumprimento dos deveres de cuidado a que está obrigado por força contratual, mas também ser causa de responsabilidade delitual, quando a violação representa também um facto ilícito extracontratual (MONTEIRO, Fernando Pinto. Direito a não existência, direito a não nascer. In: MONTEIRO, Fernando Pinto et al. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 135). Havendo casos que preencham simultaneamente as hipóteses de ambas as responsabilidades, o autor pode optar por uma das

Facto é que a responsabilidade contratual acaba por ter maior aplicabilidade no caso de lesões causadas pelo médico, pois, atualmente, tem-se entendido que se forma uma relação entre o médico e paciente de natureza contratual, uma verdadeira obrigação de meios (com algumas exceções, a exemplo das intervenções cirúrgicas estéticas que a obrigação é de resultado)⁽¹³⁾ em que o médico “se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”⁽¹⁴⁾.

Para a reparação ou compensação, o instituto da responsabilidade por facto ilícito prevê a necessidade do preenchimento de alguns pressupostos, conforme dispõe o art. 483.º, n.º 1, CCP, que são: ato voluntário do lesante (ação ou omissão); a ilicitude desse facto; a ocorrência de um dano e; o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

3.1. A Ilicidade e culpa

No caso da *wrongful birth*, a ilicitude se verifica no campo delitual na deficiência do dever profissional de informar, integrante da *leges artis*, entendida como as “regras conhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre”⁽¹⁵⁾.

formas, embora se venha reconhecendo o direito a invocar ao mesmo tempo normas de ambas para fundamentar a pretensão indemnizatória (DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. Responsabilidade Médica em Portugal. Lisboa: [s.n.], 1984. p. 40. (Separata do Boletim do Ministério da Justiça).

¹³ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. *Direito e Justiça*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, v. 14, Tomo 3, p. 174, 2000; DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 221 e ss.

¹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 912-914.

¹⁵ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 200.

Já no domínio contratual pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médicos, quando um médico por negligência deixe de informar devidamente as condições da criança, vedando alternativamente a interrupção da gravidez. Como sustenta António Menezes Cordeiro⁽¹⁶⁾, “o alargamento dos escopos de responsabilidade civil e a tutela da confiança na execução dos contratos levam-nos a propender para um direito dos pais a uma indemnização, por violação do contrato e do dever de informar. Em termos de valoração material, podemos considerar que o médico se torna corresponsável pelo produto da (in)execução do contrato”.

Portanto, a ilicitude ocorrerá quando o médico deixar de: realizar os testes e exames genéticos pertinentes no caso, quer a gravidez tenha se iniciado (no diagnóstico pré-natal), quer seja antes da conceção (no diagnóstico genético pré-implantação); interpretar corretamente o resultado do exame; informar aos pais do resultado dos testes ou exames; informar de maneira esclarecida (de modo que a informação seja entendida pelos pais); informar em tempo hábil (de modo que os pais possam fazer uso da interrupção da gravidez por não ter findado o prazo).

A ilicitude repercute na culpa, visto que o conteúdo das *leges artis*, conforma o dever de cuidado exigível ao médico, isto é, aquele tipo de “comportamento que se esperaria de um médico normalmente diligente e cumpridor”⁽¹⁷⁾.

No caso da *wrongful birth*, a culpa está em não ter o médico utilizado todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão impõe e com os quais seria possível dar a conhecer aos pais a

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed. v. 1. Tomo 3. Coimbra: Almedina, 2007, p. 332.

¹⁷ RAPOSO, 2012, p. 85.

doença ou malformação da criança⁽¹⁸⁾.

Diante disso, percebe-se que para a apreciação concreta da ação médica, deve-se observar, detidamente, o contexto em que se desenvolveu a intervenção, como as condições gerais do hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares, de modo a se estabelecer com razoável grau de certeza a conduta recomendável naquela circunstância, atribuível ao médico.

Nesse sentido, jamais poder-se-ia considerar ilícita e culposa a conduta do médico nos casos em que apesar de existir um exame passível de identificar o problema, as circunstâncias do caso não impunham que este determinasse que fosse realizado aquele exame. Ilustradamente, nos casos em que se tratava de uma gravidez normal, que à partida não exigia exames de diagnóstico adicionais, aos já comumente realizados; ou em razão das informações repassadas pelo próprio casal terem sido incompletas.

Da mesma forma, quando o problema de saúde da criança não poderia ser detetado pelas atuais limitações técnicas dos exames que se houvessem realizado, pois o médico não pode ser responsabilizado se a técnica atual não permite determinar a doença ou má formação. Contudo, quando o procedimento não dê o resultado certo, deve o médico, se possível, insistir em outros exames para confirmar, ou não sendo possível, informar aos pais que os resultados dos exames são incertos e que não existem meios de

¹⁸ Segundo os arts. 483.º e 798.º do CCP, a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência do *bonus pater familias* em face das circunstâncias de cada caso (art. 487.º, n.º 2 e art. 799.º do CCP). Esse critério no caso da responsabilidade médica é adaptado para o critério do *reasonable doctor* ou médico médio, e tratando de um ato médico com determinada especialidade, ao especialista normalmente diligente (PEREIRA, André dias. *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 439. (Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos).

afirmar de modo fidedigno o diagnóstico⁽¹⁹⁾.

Ainda de notar a situação diversa, no caso em que a doença ou malformação não é possível ser detetada naquele hospital específico, por este não possuir os meios necessários para realização do devido exame. Para tanto, o comportamento ilícito e culposo não poderá ser reportado ao médico, mas a instituição (laboratório ou hospital) para o qual este trabalha e sob a qual recai o poder de decisão dos aparelhos a adquirir. No entanto, cabe destacar que o médico deve deixar os pais informados sob a necessidade de se realizar esse exame e a possibilidade de realizá-lo em outro local, sob pena de também incorrer num comportamento ilícito e culposo no que respeita à ausência da devida informação⁽²⁰⁾.

3.2. O dano

Para se analisar o dano em sede de *wrongful birth*, primeiramente, tem que se verificar se no ordenamento jurídico é admissível o aborto terapêutico⁽²¹⁾, pois a partir do momento que a lei permite a interrupção da gravidez em determinado prazo, sendo averiguado que a doença ou malformação poderia e deveria ser identificada durante esses prazos, é possível vislumbrar que a ausência de informações devidas causa dano ao privar os pais do poder de decisão, entre escolher continuar ou não com a gravidez de uma criança doente/deficiente⁽²²⁾.

Em Portugal, o art. 142.º, n.º 1, al. e) e al. c) do Código Penal Português, estabelece que no prazo

de 10 semanas pode ocorrer o aborto desde que a pedido da mãe, ou até o prazo de 24 semanas no caso de malformação ou doença grave e incurável do embrião/feto⁽²³⁾.

Uma vez que não existe uma listagem de doenças graves nem de malformações congênicas, cabe à comissão de ética de cada hospital aferir se a doença em causa é ou não grave e incurável. Se não for, claramente não poderá fazer uso da indemnização sobre manto do art. 142.º, n.º 1, al. c) do CPP, mas poderá buscar uma *wrongful birth* à luz da al. e) do mesmo artigo, pois ainda estará sobre os liames da liberdade reprodutiva da mulher, quando o legislador não penaliza o aborto até à décima semana independentemente do motivo.

²³ Para Manuel Carneiro da Frada não existe qualquer direito ao aborto no ordenamento português. Existe apenas a não punibilidade do aborto em alguns casos, visto que não se pode confundir normas que eximem de sanção com normas prescritivas ou impositivas. Logo, não há fundamento para responsabilizar o médico que não adotou a conduta que ao aborto ele teria conduzido (FRADA, Manuel Carneiro da. A própria vida como dano. *Revista da ordem dos advogados*, Lisboa, ano 68, v. 1, 2008. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=71981&ida=72382 Acesso em: 03 setembro de 2018, p. 3). No mesmo sentido, Pedro Maria Godinho Vaz Patto entende estar-se diante apenas de uma simples despenalização do aborto, como causa de exclusão da pena ou culpa, não como forma de exclusão da ilicitude, de modo que se vislumbra um comportamento não punível, mas não um comportamento ilícito, fazendo com que não se pudesse falar em qualquer direito a abortar, muito menos dar azo a qualquer responsabilidade civil. Contudo, como o próprio autor, por fim, vem a reconhecer, apesar de sempre se falar em “despenalização do aborto” o regime jurídico atual “impõe que se considere que estamos perante uma verdadeira causa de exclusão de ilicitude”, pois só desse modo “pode conceber-se a não punição do médico que pratica o aborto ou a admissibilidade de tal prática no âmbito do sistema de saúde estadual” (PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. A vida, um dano indemnizável?. *Brotéria*: Cristianismo e Cultura, ano 4, v. 156, p. 335-336, 2003). Na verdade, o intuito da referida norma foi tutelar a posição da mulher (proteger a maternidade consciente, o livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia pessoa e a proteção da intimidade da mulher grávida) e não descaracterizar o valor ou bem objetivo da vida (Seguindo esse entendimento: DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. “Art. 142.º”. In: CARVALHO, Américo Taipa de et al. *Comentário combricense do Código Penal*: parte especial. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 267 e ss).

Assim, na *wrongful birth* é possível vislumbrar danos não patrimoniais pela impossibilidade de exercer o direito à não reprodução⁽²⁴⁾ nos termos em que é permitido pelo regime legal da interrupção da gravidez, mas também pelo choque sofrido com a surpresa do nascimento de um filho que se esperava nascer saudável, mas não nasceu, e para o qual não tivera chance de se preparar, bem como pela incerteza do seu futuro, especialmente quando já não se possa cuidar dele.

Também os danos patrimoniais são verificados na medida em que um filho nas condições ditas implica despesas com: tratamentos hospitalares; assistência médica; medicamentos; próteses; fisioterapia; internamentos; cirurgias; ensino especial; adaptações na casa de morada etc. Sem contar a necessidade constante de cuidados que uma pessoa nessas condições exige, podendo, por vezes, os pais ter que abandonar as suas atividades profissionais para se dedicar exclusivamente à criança⁽²⁵⁾.

Põe-se em saber se para verificação do dano exige que a mãe, caso soubesse da doença ou malformação do filho, teria optado por interromper a gravidez.

Acontece que, de facto, não é possível saber a posição da mãe diante da informação, apesar dessa

apresentar convicções; de já ter realizado anteriormente interrupções da gravidez; de querer se submeter a um diagnóstico genético pré-natal. Nada disso comprova que ela efetivamente efetuará o aborto, são apenas conjeturas de sua posição, pois qualquer comportamento prévio tomado não implica que naquele determinado momento tomara a mesma decisão.

Na verdade, não faz sentido exigir a prova de que a mãe teria efetivamente interrompido a gravidez caso tivesse todas as informações necessárias, não apenas diante da dificuldade da prova, mas, principalmente, pelo dano não se traduzir no nascimento de uma pessoa doente ou deficiente, e, sim na impossibilidade de exercer uma escolha reprodutiva⁽²⁶⁾, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão⁽²⁷⁾.

Conforme dispõe Marta de Sousa Nunes Vicente⁽²⁸⁾, concluir que não existiria dano se a mãe optasse por não interromper a gravidez “esmaga parte do conteúdo do direito de autodeterminação, se pensarmos nele não só como a possibilidade da pessoa ‘se decidir’, mas como a faculdade da pessoa se decidir numa direção ou em sentido diferente do anterior, poder que, em virtude da violação de deveres de informação, foi inegavelmente cerceado”.

Não se deve esquecer que existe um ato de má prática médica e que a intenção dessa ação é simplesmente a de punir o médico que atuou de maneira indevida. Por isso, não se deve questionar se o pais teriam ou não abortado (até porque

²⁴ Direito esse que possui natureza fundamental não expresso diretamente, mas que é possível extrair do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa. Assim, o direito de formar família deve ser entendido como um direito de estabelecer relações, inclusive a de filiação, independentemente da constituição de casamento. Nesse sentido: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 399; CANÓTI-LHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. Anotada. 4. ed. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 559 e ss.

²⁵ O Tribunal da Relação do Porto (TRP) concedeu a mãe danos patrimoniais, em virtude do lucro que deixara de obter por abandonar a atividade profissional, tendo em conta a impossibilidade de compatibilizar um trabalho com a dedicação exclusiva que a condição da criança exigia (PORTUGAL. Tribunal de Relação do Porto. *Processo nº 9436/06.6TBMTS.P1.S1*. Relator: Felipe Carço. Porto, 1 de março de 2012).

²⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life). *Revista portuguesa do dano corporal*, Coimbra, ano 19, n.º 21, p. 65, 2010.

²⁷ RAPOSO, 2012, p. 97.

²⁸ VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: A jurisprudência perruche. *Lex Medicinæ*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 6, n. 11, p. 122, 2009.

¹⁹ RAPOSO, *op.cit.*, p. 86.

²⁰ RAPOSO, 2012, p. 87.

²¹ Quando o ordenamento jurídico proíbe o a interrupção da gravidez, os pais poderão requerer indemnização baseada no dano que sofreram ao serem surpreendidos com uma criança doente, mas não será o caso de uma *wrongful birth*.

²² RAPOSO, *op.cit.*, p. 100-101.

o diagnóstico não visa apenas a interrupção da gravidez), mas se o médico deveria ou não ter agido de outro modo, sendo legítimo pretender que o mesmo seja responsabilizado quando incumpra o seu dever de informar⁽²⁹⁾.

Vale notar que no que respeita aos danos não patrimoniais, o Tribunal da Relação de Lisboa numa decisão em 10 de janeiro de 2012 não se deixou prender pela descoberta daquela que teria sido a decisão dos pais se devidamente informados, com o argumento segundo o qual o fundamento da sua pretensão não reside no facto de terem sido impedidos de abortar, mas sim na anulação da mera possibilidade de livremente tomarem uma decisão⁽³⁰⁾.

Alguns autores defendem que a decisão da mãe, apesar de não ser essencial para verificação do dano, vai pautar no *quantum* indemnizatório a ser arbitrado.

Nesse sentido, Paulo Mota Pinto⁽³¹⁾ sustenta que deveria ser permitida a indemnização tanto no caso em que a mãe teria optado por abortar, como não, entretanto, se os pais provarem que com a informação correta teriam prosseguido com o aborto, não só serão devidos os danos patrimoniais decorrentes das despesas acrescidas pela deficiência, como serão devidas todas as despesas com o sustento da criança. Já nos casos em que o aborto nunca teria sido realizado pelos progenitores, a indemnização deverá cobrir a diferença entre os custos de

uma criança “normal” e o de uma criança doente/deficiente, devendo os pais cobrir as despesas decorrentes do simples facto de serem pais.

Por outro lado, Marta de Sousa Nunes Vicente⁽³²⁾ entende que a mulher tomou a decisão de prosseguir a gravidez (ainda que não informada sobre a condição da criança), aceitando o nascimento de uma criança saudável, frustrada essa expectativa, deve ser indemnizada pelos custos adicionais que terá pelo facto da criança nascer doente. Uma vez que a criança já era esperada, os pais não se podem furtar das obrigações próprias desta (art. 1878.º, n.º 1, CCP), a surpresa está na condição de saúde em que esta vem a nascer. Em caso de existir com um certo grau de certeza que posição seria a tomada pela mãe, se houvesse sido devidamente informada, o valor da indemnização variará, pelo facto de oscilar o grau da violação do direito em causa. A ideia da autora é baseada na teoria da perda de chance, desenvolvida pela doutrina francesa, que condiciona o montante da indemnização ao grau de probabilidade de ocorrência de determinado evento.

3.3. O nexa de causalidade

Alguns autores que sustentam que só existe nexa de causalidade na conduta do médico e a faculdade que os pais teriam de interromper a gravidez, não com o sofrimento causado com a surpresa da saúde do filho ou com as despesas decorrentes desse estado de saúde, pois aí haveria de considerar a vida do filho como um dano, o que ocasionaria uma discriminação da vida das pessoas doentes/deficientes⁽³³⁾.

Contudo, não é o valor da vida da criança doente/deficiência que está em causa, antes se baseia na

falta médica cometida perante um direito dos pais (mais especificamente a mãe), sendo o sofrimento e o custo das despesas danos consequenciais que possuem a mesma causa, visto que sem a conduta do médico não teriam sido produzidos, portanto, são objetivamente imputáveis ao médico⁽³⁴⁾.

Outros doutrinadores, apesar de aceitarem o nexa de causalidade, afirmam que a sua existência dependeria da decisão da mãe se tivesse sido devidamente informada. Assim sendo, se a mulher desejasse continuar a gravidez mesmo sabendo que o filho iria nascer naquelas condições, então a responsabilidade do médico seria afastada pela teoria do comportamento lícito alternativo. Isto porque o médico pode objetar que mesmo que tivesse atuado com diligência não se saberia com precisão se ela interromperia ou não a gravidez, pelo que estaria, assim, quebrado o nexa causal entre o facto e o dano.

O que acontece na prática é que o médico, alega que, se as tivesse proporcionado, o resultado teria sido o mesmo, isto é, que a mãe não tinha realizado a interrupção da gravidez, logo, o dano não é imputável ao seu causante se, agindo de acordo com a lei, se teria produzido o mesmo tipo de dano e na mesma extensão.

A moderna doutrina civilista em Portugal tem admitido o uso da figura do comportamento lícito alternativo como mecanismo de exclusão da responsabilidade civil⁽³⁵⁾. Entretanto, como acrescenta André Dias Pereira⁽³⁶⁾, o comportamento lícito al-

ternativo é um mecanismo que apresenta limites, visto que não será aceite em caso de violação grave do dever do médico, como, negligência grosseira ou dolo; omissão de formalidades consideradas essenciais; ausência de consentimento; omissão de informações relevantes ao doente. Apenas será de admitir nos casos de violações leves que são as omissões de informações secundárias ou não revelação de informações essenciais.

Além de tais condições, impende sobre o médico o ónus da prova do comportamento alternativo lícito enquanto facto extintivo ou impeditivo da sua responsabilidade, conforme art. 342.º, n.º 2 do CCP, ou seja, cabe ao médico provar que a mãe teria realizado o aborto ainda que tivesse todas as informações⁽³⁷⁾.

Bem como, a intenção da interrupção da gravidez deverá ser analisada sob o critério subjetivo do paciente concreto, o que significa ter por base a sua respetiva “personalidade, realidade e *modus vivendi* específicos”⁽³⁸⁾, devendo se averiguar que com a sua especificidade, naquele momento, naquele caso concreto teria realizado a interrupção da gravidez.

4. Conclusão

Diante de tudo o que foi mencionado, conclui-se que não pode o médico ser “desculpabilizado” ao não prestar informações ou prestá-las de ma-

da de chance. In: ASCENSÃO, Oliveira et. al. *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex, 1991, p. 151-152.

³⁷ PEREIRA, André Dias. Responsabilidade médica e consentimento informado: Ónus da prova e nexa de causalidade. In: CONFERÊNCIA APRESENTADA NO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS E JUDICIÁRIOS DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU, 2008, Macau. Coimbra: Estudo Geral — Repositório Digital da Produção Científica da Faculdade de Coimbra, 2008, p. 25-33.

³⁸ MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal — o caso das acções de “wrongful birth”. *Lex Medicinæ*. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 179, 2012.

²⁹ CORREIA, Vanessa Cardoso. Wrongful life action — comentário ao acórdão do supremo tribunal de justiça de 19 de junho de 2001. *Lex Medicinæ*. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 1, n. 2, p. 128-129, 2004.

³⁰ PORTUGAL. Tribunal de Relação de Lisboa. *Processo n.º 1585/06.3TCSNTL1-1*. Relator: Rui Vouga. Lisboa, 10 de janeiro de 2012.

³¹ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). *Lex Medicinæ*. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 22, 2007.

³² VICENTE, 2009, p. 121.

³³ MORILLO, Andrea Macía. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful Ufe)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 22-23.

³⁴ RAPOSO, 2012, p. 90.

³⁵ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 288-289; BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causa ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol. 2. Cascais: Príncipe, 2013, p. 945-946.

³⁶ PEREIRA, 2005, p. 490-492. Conferir também: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Aspectos particulares da responsabilidade médica: seguro do doente, responsabilidade dos agentes do Estado, per-

neira incorreta quanto ao diagnóstico realizado em sede de DPI e DGPI, de modo a tolher o direito reprodutivo dos pais. Não sendo possível admitir “que certos contratos de prestação de serviço médico pudessem ser desleixadamente cumpridos a pretexto de que, daí ‘apenas’ resultaria uma criança”, seria “premiar a irresponsabilidade e o enriquecimento ilícito, uma vez que o médico é pago pelos seus serviços”³⁹.

Apesar da *wrongful birth action* possuir algumas dificuldades técnicas para a determinação da responsabilidade civil diante dos debates ideológicos criados no plano do dano e do nexo de causalidade, mas o seu reconhecimento não colide com a Constituição e o valor supremo da vida humana⁴⁰. Vale citar que, mais recentemente, em 13 de janeiro de 2013⁴¹ e em 3 de dezembro de 2015⁴², o Supremo Tribunal de Justiça, deferiu a pretensão dos pais quer quanto aos danos não patrimoniais, quer quanto aos danos patrimoniais.

Referências

- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causa ao nível da responsabilidade civil extracontratual. v. 2. Cascais: Princípia, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: Anotada. 4. ed. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

³⁹ *Ibid.*, p. 325.

⁴⁰ KERN, Gisela Hildegard. O valor absoluto da vida humana — limite para a responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 4, p. 87-88, 2007.

⁴¹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 9436/06.6TBMTS.P1.S1*. Relatora: Ana Paula Boularot. Lisboa, 17 de janeiro de 2013.

⁴² PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 1212/08.4TBCL.G2S1*. Relator: Helder Roque. Lisboa, 3 de dezembro de 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed. v. 1. Tomo 3. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, Vanessa Cardoso. Wrongful life action — comentário ao acórdão do supremo tribunal de justiça de 19 de junho de 2001. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 2, p. 125-131, 2004.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica em Portugal*. Lisboa: [s.n.], 1984. p. 5-68. (Separata do Boletim do Ministério da Justiça).

DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. “Art. 142.º”. In: CARVALHO, Américo Taipa de et al. *Comentário comibricense do Código Penal*: parte especial. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FRADA, Manuel Carneiro da. A própria vida como dano. *Revista da ordem dos advogados*, Lisboa, ano 68, v. 1, p. 1-14, 2008. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idscc=71981&ida=72382 Acesso em: 03 setembro de 2018.

KERN, Gisela Hildegard. O valor absoluto da vida humana — limite para a responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 4, p. 79-88, 2007.

MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal — o caso das acções de “wrongful birth”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 161-182, 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MONTEIRO, Fernando Pinto. Direito a não existência, direito a não nascer. In: MONTEIRO, Fernando Pinto et al. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 131-138.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Aspectos particulares da responsabilidade médica: **seguro do doente, responsabilidade dos agentes do Estado, perda de chance**. In: ASCENSÃO, Oliveira et. al. *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex, 1991. p. 133-152.

—, *Responsabilidade por Conselhos recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

MORILLO, Andrea Macía. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

NUNES, Rui. O diagnóstico pré-natal da doença genética. In: NUNES, Rui; MELO, Helena (Coord.). *Genética e reprodução humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000. p. 81-131. (Coletânea Bioética Hoje, 1).

OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

—, Um caso de selecção de embriões. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 7-13, 2007.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. A vida, um dano indemnizável?. *Brotéria: Cristianismo e Cultura*, ano 4, v. 156, p. 335-336, 2003.

PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

—, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 435-497. (Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos).

PEREIRA, André Dias. Responsabilidade médica e consentimento informado: Onus da prova e nexo de causalidade. In: CONFERÊNCIA APRESENTADA NO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS E JUDICIÁRIOS DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU, 2008, Macau. Coimbra: Estudo Geral — Repositório Digital da Produção Científica da Faculdade de Coimbra, 2008, p. 1 - 33.

PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 5-25, 2007.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life). *Revista portuguesa do dano corporal*, Coimbra, ano 19, n.º 21, p. 61-99, 2010.

—, Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 33, n. 132, p. 71-125, 2012.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. *Direito e Justiça*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, v. 14, Tomo 3, p. 161-251, 2000.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: A jurisprudência perruche. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 6, n. 11, p. 121, 2009.

NOVASTECNOLOGIAS E A RESPONSABILIDADE NA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

Débora Gozzo⁽¹⁾

Palavras-chave: *Biotecnologia, reprodução humana assistida, inovações, responsabilidade.*

Keywords: *Biotechnology, artificial reproduction, innovations, liability.*⁽¹⁾

Resumo: *O artigo tem como ponto central o avanço das novas tecnologias na área da reprodução humana artificial, como a maternidade de substituição, o diagnóstico genético pré-implantaório, o designer baby e o aprimoramento humano, além de analisar a responsabilidade decorrente dessas atividades frente ao princípio da precaução em razão do risco envolvido nesses procedimentos.*

Abstract: *The article focuses on the advances of new technologies in the area of artificial human reproduction, such as surrogate motherhood, genetic diagnoses prior to the pre-implantation process, designer babies and the human enhancement. It also analyzes the liability stemming from these activities with regard to the precaution to be taken in view of the entailed risks of such procedures.*

¹ Pós-doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha e pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista da *Alexander von Humboldt Stiftung*. Professora Titular de Direito Civil da USJT. Ex-Professora Titular do Mestrado em Direito e da Graduação do UNIFIEO. *Fellow* do *Käte-Hamburger-Kolleg* (Center for Advanced Studies in the Humanities) da Universidade de Bonn/Alemanha. *Visiting professor* do *Referenzzentrum für Bioethik in den Biowissenschaften*, da Universidade de Bonn/Alemanha. *Visiting professor* da *Bucerius Law School*/Alemanha. *Research Fellow* do *Max-Planck-Institut* de Hamburgo. Integrante do Grupo de Robótica da Escola Politécnica/USP. E-mail: deboragozzo@gmail.com.

1. Introdução

O momento atual é regido cada vez mais pela prevalência da biotecnologia sobre a pessoa humana. Ao mesmo tempo em que esse progresso tecnológico pode significar avanços para o ser humano, pode também indicar que medidas precisam ser adotadas, a fim de que a máquina não venha sobrepor-se à pessoa. Em tempos em que a inteligência artificial começa a mostrar mais e mais a que veio, em que a manipulação da informação está cada vez mais presente, em que robôs começam a receber cidadania, em que cientistas japoneses e australianos conseguiram terminar de gerar cordeiros em um útero artificial, com total êxito, os operadores do Direito têm de refletir mais sobre eventuais limites que terão de ser estabelecidos, para que a humanidade continue humana. E é justamente sobre este último aspecto das novas tecnologias, que tem a possibilidade real de geração de um ser humano em um laboratório, que a atenção deve ser voltada. Há muito já se tem a utilização de recursos da biotecnologia no campo do aprimoramento da pessoa humana por meio da utilização de braços e pernas mecânicos — *cyborgs* —, do uso de animais como doadores de válvulas para emprego em coração humano — xenotransplantação —, e outros mecanismos que estão sendo estudados e que po-

derão levar o homem, em breve, a fundir-se ainda mais com a máquina. Se, pois, seres humanos começarem a ser gerados em úteros artificiais — relata Henri Atlan que experimentos nesse sentido já foram proibidos de terem continuidade, ainda que inicialmente só para salvar a vida de bebês prematuros, isto poderá significar o começo de um “admirável mundo novo”, para parafrasear Aldous Huxley, podendo servir a propósitos pouco éticos ou morais. Enfim, dependendo, em especial, da utilização que governos e empresas inescrupulosas poderão fazer, de seres que poderão ser gerados e manipulados, geneticamente, para servir a determinados propósitos, o progresso científico poderá colocar em risco a existência da diversidade entre os seres humanos.

Neste artigo serão tratados alguns desses aspectos, mas por perspectivas outras e complementares, como o da maternidade de substituição, na falta de um real útero artificial; do diagnóstico genético pré-implantatório, com foco no *savior sibling*, e no *designer baby*, que levará ao aperfeiçoamento do ser humano — *human enhancement* - desde sua fase embrionária. O objetivo deste artigo, no fundo, é o de revisitar algumas das questões ligadas às técnicas da reprodução humana assistida, a fim de constatar se elas são benéficas ou não ao ser humano que já foi ou que. A metodologia utilizada foi a da revisão bibliográfica.

2. Da biotecnologia e a reprodução humana artificial

Em 1978 nascia o primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Brown⁽²⁾, o que significou uma

² Disponível em: <http://broughttolife.sciencemuseum.org.uk/broughttolife/people/patricksteptoerobertedwards>. Acesso em: 28 Set. 2018.

grande revolução para a ciência e para aqueles que não conseguiam ter filhos por meio da concepção natural, isto é, sem a ajuda da medicina. A partir daí, no campo da pessoa humana, o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana se aperfeiçoam cada vez mais, levando-se a questionar se o *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley estaria próximo de se configurar. Ou seja, se o nascimento de pessoas seria possível por meio de úteros artificiais, criando-se uma *sociedade* de castas, em que alguns seriam mais inteligentes e, outros, menos dotados, e portanto, subordinados àqueles. Ao que tudo indica, isto talvez não esteja tão longe de ser alcançado, o que seria excelente, cogitando-se única e exclusivamente no progresso da ciência e da humanidade, mas que poderia ser catastrófico, levando-se em conta simplesmente o ser humano. O filme *Gattaca*, de Andrew Niccols, de 1997, também aborda essa temática.⁽³⁾ Em uma sociedade do futuro, as pessoas são projetadas para que não apresentem nenhum tipo de deficiência. Assim, os seres que forem fruto do amor de seus pais, nascerão como os humanos que hoje habitam o planeta; os que nascerem com a ajuda dos geneticistas das clínicas governamentais, serão perfeitos. No entanto, resta comprovado que a prática leva à discriminação genética e social da pessoa no seio da sociedade em que vive. Esta a mensagem preocupante e que deve ser refletida em termos de avanços biotecnológicos. Afinal, as relações humanas têm de levar em consideração o *outro*, seja ele perfeito ou não para os padrões. As diferenças estão aí, e o desafio a ser enfrentado tem sido conviver com elas. E é um pouco sobre isso que será tratado nos itens a seguir.

³ Excelente e instigante crítica ao filme foi feita por José Luiz Pérez Triviño. *Gattaca*. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7786/9687>. Acesso em: 29 Set. 2018.

3. Maternidade de substituição

Há algumas décadas a maternidade de substituição tem sido alvo de sérias críticas dos que não concordam com o fato do embrião não ser gerado pela doadora do material genético, ou seja, sua mãe biológica, mas por outra mulher, sendo esta muitas vezes uma futura avó, uma futura tia ou até mesmo uma amiga. No Brasil, aliás, estas possibilidades são concretas, uma vez que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.168/17, autoriza a maternidade de substituição, se envolvidas as mencionadas pessoas, conforme previsto no item VII, n. 3.1.⁽⁴⁾ No entanto, para que uma mulher que não seja parente possa ajudar àquela que não pode gestar seu filho, precisará haver uma autorização expressa do Conselho Regional de Medicina.⁽⁵⁾ Enfim, alguns países autorizam a prática, como acontece no Uruguai⁽⁶⁾, na Ucrânia, na Rússia, na Grécia e na Inglaterra⁽⁷⁾, e alguns estados americanos, como o da Califórnia.

O objetivo desta técnica é, em primeiro lugar, o de possibilitar a parceiros heteros ou homoafetivos, ter um filho biológico de ambos ou só de um deles, em especial nos casos de pessoas do mesmo sexo, ou daquelas que querem enveredar pelo terreno da monoparentalidade⁽⁸⁾, nos casos em que a mulher não tenha como levar uma gravidez adiante,

⁴ Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=14759. Acesso em: 29 Set. 2018.

⁵ Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=14759. Acesso em: 29 Set. 2018. V. item VII, n. 3.1., segunda parte.

⁶ Disponível em: <https://www.impco.com.uy/bases/leyes/19167-2013>. Acesso em: 29 Set. 2018.

⁷ V. DUDEN, Konrad. Leihmutterchaft — Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung, in: *Das Ständesamt*. (StAZ). Frankfurt/Berlin: MfSt, 2018, Vol. 71, n. 5, p. 137.

⁸ Note-se que o art. 226, § 4º da Constituição da República considera como entidade familiar, a família formada por um só dos genitores e a prole.

ou por qualquer outro motivo. Em termos legais, no que concerne ao Brasil, o inciso V do art. 1.597 do Código Civil, por exemplo, autoriza, ademais, a inseminação artificial heteróloga, ou seja, com o material genético de terceiro, quando o marido concordar. A lei civil brasileira de 2002, autoriza única e exclusivamente o uso de sêmen alheio, mas não de óvulo alheio. Ocorre que, novamente, a Resolução n. 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina, permite o uso de gameta alheio tanto pelo homem quanto pela mulher. Sendo assim, se o marido, depois de morta sua mulher, quiser ter um filho dela, poderá recorrer a esse expediente, uma vez que o médico não está proibido de fazê-lo. Não é à toa que o art. 5º, *caput*, da Constituição da República, estabelece a igualdade entre o homem e a mulher. Neste sentido, o homem também pode tentar valer-se da maternidade de substituição, se quiser ter um filho de sua falecida mulher, ou de forma independente.

No cenário mundial, o tema da maternidade ou gestação de substituição tem sido alvo constante de muitas discussões⁽⁹⁾, inclusive no que concerne o entendimento de ser ou não, o direito à reprodução sexual, um direito fundamental.⁽¹⁰⁾ Outro ponto de discórdia tem a ver com a entrega daquela que gerou o filho para aquele ou aqueles que com ela contrataram.⁽¹¹⁾ É fato público e notório que a

⁹ O *Center for Bioethics and Culture*, presidido pela enfermeira aposentada Jennifer Lahr, nos Estados Unidos, por exemplo, cuida de questões afeitas à maternidade de substituição, a fim de impedir a prática, demonstrando os abusos que são cometidos contra as mulheres que concordam em gerar um filho para outrem, mediante pagamento. Fato é que essa técnica da reprodução assistida tem sido considerada como geração de riqueza para alguns dos envolvidos, em especial as clínicas de reprodução que enciam esse negócio, em detrimento daquela que cede seu útero. V. <http://www.cbc-network.org>.

¹⁰ Sobre o tema, v.: DUDEN, Konrad. Leihmutterchaft — Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung, in: *Das Ständesamt*. (StAZ). Frankfurt/Berlin: MfSt, 2018, Vol. 71, n. 5, em especial p. 137.

¹¹ O primeiro caso no mundo de repercussão quanto a isso ocor-

gravidez não é só a gestação física, mecânica de um ser humano, mas de muitas implicações emocionais e psicológicas. Trata-se de período extremamente delicado na formação de toda e qualquer pessoa. A interação da gestante com o ser que carrega em seu ventre é importante para o futuro dele. Ademais, a maternidade de substituição acaba sendo uma forma de comodificação/reificação da pessoa humana.⁽¹²⁾ Lembre-se, ainda, que para uma grande parte dos ordenamentos, mãe é aquela que dá à luz, como acontece expressamente no direito alemão, cujo § 1.591 do BGB assim disciplina. O ordenamento civil brasileiro não tem regra tão clara, mas deduz-se de seus termos, que assim seja, levando, pois, a cabo, o brocardo romano “mater semper certa est”.⁽¹³⁾

Muito embora a maternidade de substituição não possa ser considerada uma técnica de modificação genética do bebê, ela representa, sem dúvida, um avanço extremamente significativo no campo da medicina reprodutiva, que só foi possível a partir de

reu no ano de 1986, em Nova Jersey, nos Estados Unidos. Aqui, uma mulher gerou uma criança para um casal, que a pagou pelos serviços, mas que pouco antes de dar à luz, resolveu ficar com o bebê, não o entregando. O pai biológico da criança ingressou em juízo, pleiteando a devolução da filha, uma vez que ele era seu genitor. No entanto, a mulher que gerou a criança também era sua mãe biológica. Ao final, o Tribunal americano acabou por determinar a entrega do bebê ao casal que a havia contratado, estabelecendo, contudo, direito de visita para a mãe biológica, bem como que a criança teria de escolher, ao alcançar a maternidade, quem ela gostaria de ter como mãe em seu registro de nascimento. Ela optou pela mulher de seu pai, não por sua mãe biológica. Este caso ficou conhecido como Baby M. POLLITT, Katha. The strange case of Baby “M”. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=18a0a4ba-8ca-1-4258-9534-1267fbadcf33%40sdc-v-sessmgr02>. Acesso em: 28 Set. 2018.

¹² GOZZO, Débora. A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição, in: SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e Medicina*. Novas fronteiras da ciência jurídica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57 e s.

¹³ V. GOZZO, Débora. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 20 Set. 2018.

Louise Brown. No fundo, quase um útero artificial.

4. Diagnóstico genético pré-implantatório de embriões

Atualmente não é incomum que pessoas que já saibam ser portadoras de algum problema genético, busquem aconselhamento na área, a fim de evitar transmitir alguma doença para a futura prole. É a partir desse aconselhamento genético, que o interessado procura submeter o embrião ao chamado “diagnóstico genético pré-implantatório”⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾, no intuito de certificar-se de que seu filho nascerá perfeito. Cuida-se, aqui, de prática igualmente aceita pelo Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n. 2.168/17, conforme consta do item VI.

Como o próprio n.1 do item VI da menciona-

¹⁴ De acordo com Kou Sueoka entende-se por “diagnóstico genético pré-implantatório”: “A basic embryo biopsy is performed at the eight-cell stage of totipotent embryos on day 3. Typically, one or two blastomeres of a day 3 embryo are biopsied. Although a two-blastomere biopsy provides better diagnostic accuracy than that provided by a single-blastomere biopsy, the risk of harm to the embryo development and implantation may increase with the collection of two cells.” Preimplantation Genetic Diagnosis: an update on current technologies and ethical considerations. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=8&sid=9d57b222-4b08-4994-ab9e-e1601f71c32a%40sdc-v-sessmgr05>. Acesso em: 22 Set. 2018.

¹⁵ Como bem ensina Juliano Ralo Monteiro, os “primeiros estudos a respeito do DGPI remetem aos pesquisadores Edwards e Gardner, que realizaram com sucesso a técnica em um embrião de Coelho, em 1968. Em humanos, o DGPI foi desenvolvido no Reino Unido em meados dos anos 1990 como uma alternativa ao atual diagnóstico pré-natal.” E complementa ele: “Segundo Dayal e Zarek, professores da Universidade de Medicina George Washington, inicialmente, o DGPI girava em torno de determinação de sexo. Em 1989, em Londres, Handyside e colegas relataram o primeiro filho nascido decorrente do DGPI. A partir de 2006, mais de 15.000 ciclos de DGPI foram relatados. Os professores da Universidade George Washington mencionam ainda que o DGPI é recomendado quando os casais estão em risco de transmitir uma anomalia genética conhecida para seus filhos. Somente os embriões saudáveis e normais são transferidos para o útero da mãe, diminuindo assim o risco de herdar uma anomalia genética (...)” MONTEIRO, Juliano Ralo. *Savior Sibling*: limites ao poder familiar?, in: GOZZO, Débora. ((Coord.). *Informação e Direitos Fundamentais*: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183-184.

da Resolução, essa técnica só poderá ser aplicada “à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças - podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.” E, continuando, dispôs o Conselho Federal de Medicina, no n. 2, do mesmo item, que as técnicas de reprodução humana assistida podem igualmente ser usadas “para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.” Tem-se aqui o chamado bebê-remédio, bebê-salvador ou, para usar a terminologia inglesa, *savior-sibling*.

O bebê-remédio, de fato, não é manipulado geneticamente, mas ele é escolhido, é selecionado, entre alguns outros embriões, em decorrência de suas características genéticas, “para salvar a vida de pessoa já nascida, portadora de doença grave, cujo tratamento implique um transplante de material genético que será providenciado pelo novo ser, o qual foi gerado especificamente para este fim.”⁽¹⁶⁾ Geralmente essa pessoa já nascida é um irmão já preexistente. Assim é que, Juliano Ralo Monteiro, com propriedade, ensina que por meio desse diagnóstico, admite-se “a concepção não só de um bebê que está livre da enfermidade hereditária que sofre o irmão mais velho, como também proporciona um doador idôneo capaz de possibilitar sua cura, dada a compatibilidade genética e as modernas técnicas biomédicas. Por esse motivo que a me-

¹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *O Direito à Imortalidade*: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 941.

dicina comemora os resultados com alegria, pois se tem notícias de que a cada caso de transplante bem-sucedido, envolvendo *Savior Sibling* há o relato de cura total, sem rejeição ou efeitos colaterais, graças à proximidade da partida genética”.⁽¹⁷⁾

O Diagnóstico Genético Pré-Implantatório, contudo, não tem servido única e exclusivamente para salvar vidas. Ele já foi usado para que um casal de lésbicas, surdas, tivessem implantado, no útero de uma delas, um embrião que seria tão surdo quanto elas.⁽¹⁸⁾ Seria isso aceitável? Veja-se, para esse caso, o que explica Kon Kueoka sobre o tema do diagnóstico pré-implantatório e sua ética:

The discussions regarding PGD indications may not be able to reach a clear consensus. The ESHRE Task Force on Ethics and Law suggested PGD is morally acceptable if it meets the proportionality criterion, and psychological and relational factors should be taken into account when discussing possible indications for PGD, although controversial indications remain. PGD for sex selection may be morally acceptable if the aim is to avoid trans-generational transmission, while social sexing is viewed as unacceptable. PGD for mitochondrial diseases caused by higher heteroplasmy ratio of mitochondria mutation may be acceptable except when there is uncertainty re-

¹⁷ MONTEIRO, Juliano Ralo. *Savior Sibling*: limites ao poder familiar?, in: GOZZO, Débora. ((Coord.). *Informação e Direitos Fundamentais*: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185. Este mesmo autor relata que o primeiro bebê-remédio a nascer no mundo foi Adam Nash, no ano de 2000, na cidade de Denver, Colorado, nos Estados Unidos. “Ele teve seu nome inscrito na história da medicina, pois foi o primeiro bebê a ser gerado por fertilização *in vitro* com o fim de salvar a vida de sua irmã, Molly, de 6 anos, que sofria até então com anemia de Fanconi, uma rara doença que causaria sua morte antes dos 10 anos. No momento de seu nascimento, o sangue do seu cordão umbilical foi coletado e posteriormente transplantado para sua irmã. Os relatórios sugeriram que o tratamento foi bem-sucedido”. RALO, Juliano Monteiro. *Savior Sibling*: limites ao poder familiar?, in: GOZZO, Débora. ((Coord.). *Informação e Direitos Fundamentais*: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185. V., ainda: RAPOSO, Vera Lúcia. *O Direito à Imortalidade*: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 942 e s.

¹⁸ SANDEL, Michael J. *The Case against Perfection*: ethics in the age of genetic engineering. Cambridge: Belknap/Harvard, 2007, p. 1.

garding obtainability of the healthy embryo. In contrast, PGD to select for handicap or disability may not be socially acceptable. (Grifos nossos).⁽¹⁹⁾

Por sua vez, mister mencionar-se as palavras de Vera Lúcia Raposo para o tema: “Será que a selecção das características de um filho viola um qualquer direito seu a nascer de determinado modo? Será que o direito à manutenção da identidade genética engloba esta vertente?” E ela responde: “Antes de mais nada, não existe nenhum suposto direito a nascer de determinado modo.” E complementa: “Por outro lado, no DGPI não se altera patrimônio genético de embrião, pelo que este direito não é posto em causa, embora se reconheça que mediante a selecção reiterada de embriões com certas características acabaremos por, a longo prazo, alterar o genoma da pessoa humana.”⁽²⁰⁾

Observa-se, a partir do exposto, que o diagnóstico pré-implantatório, embora seja uma atividade lícita e aceita eticamente, poderá não seguir esse destino para casos em que se persiga a reprodução artificial para fazer com que o ser humano nasça, então, de modo planejado com uma doença ou deficiência, a fim de não destoar de seus familiares.

Por fim, vale ainda fazer referência ao fato de que o diagnóstico genético pré-implantatório tem sido utilizado para evitar a transmissão de doenças relacionadas ao sexo de um dos genitores. A chamada sexagem, no Brasil, é proibida pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da já citada Resolução n. 2.168/17, que regulamenta a reprodução humana assistida, desde que não tenha o fim

de evitar doenças. Assim é que o item I, n. 5 da Resolução dispõe: “As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.” Aceitar-se a sexagem pode causar um desequilíbrio na população, o que pode ser prejudicial para a sociedade global.

5. Designer Babies e o aprimoramento humano

Tema polêmico no campo da biotecnologia, no que diz respeito à reprodução humana é o concernente aos bebês que podem ser projetados, os *designer babies*, em inglês. Com os avanços da engenharia genética, os embriões humanos poderão ser modificados e poderão ser aquinhoados com uma inteligência maior do que aquela que teriam naturalmente. Poderão, também, ter melhoradas suas características físicas, a fim de que possam ser, por exemplo, esportistas de alta capacidade competitiva, bem como poderão ter excluídos de sua herança genética, futuras doenças. Ou eles poderão ser descartados, justamente por não apresentarem uma constituição genética exemplar. Daí, inclusive, a importância do diagnóstico genético pré-implantatório, mencionado no item 4 acima.

Mas o que se deve entender realmente pela expressão “aprimoramento humano”⁽²¹⁾?

Explica Ryuichi Ida que os avanços “nas ciências da vida e nas tecnologias associadas têm aumentado tremendamente as possibilidades oferecidas pela medicina. Hoje nós temos a capacidade de repor partes do corpo humano e de aumentar suas fun-

ções além de níveis normais. A isto chamamos de “melhoria” ou “aprimoramento” do corpo humano e da natureza.⁽²²⁾ No fundo, o “aprimoramento humano” ou “human enhancement” tem a ver com a parte da medicina que busca a melhora do ser humano não no aspecto terapêutico, que seria sua função básica, mas no aspecto de sua melhora, de aperfeiçoamento de suas potências, independentemente de doenças.

O importante aqui é perguntar-se, se bebês devem ter suas características genéticas modificadas pela medicina, ou se isto viria a criar um novo modo de dano existencial. Explica-se. Da mesma forma que já houve quem defendesse um “direito a não nascer”⁽²³⁾, por conta de deficiências já passíveis de diagnóstico pré-natal, não poderia haver um movimento contrário, isto é, algo como um “direito a nascer deficiente”, a fim de ter asseguradas suas características por ocasião de sua concepção?

A esta questão pode-se responder afirmativamente, seguindo-se a corrente dos bioconservadores como Jürgen Habermas, Francis Fukuyama ou Michael J. Sandel, mas negativamente, talvez, segundo transumanistas, como Julian Savulescu e Nick Bostrom. Por aqueles, entende-se os defensores de que a melhora humana deve ser terapêu-

tica; para estes, ela vai além e deve servir a pessoa para melhorar suas capacidades. A resposta, pois, depende do posicionamento que se pretenda ter frente ao ser humano, levando em conta que ele tem o direito de ser o que é desde sua concepção.

Questões éticas, pois, como se observa, pululam nesse tema. Uma coisa tem sido falar da melhora, da *performance* da pessoa já existente. Mas, neste caso, ela mesma é livre, tem autonomia para decidir sobre sua vida e sua pessoa, o que ela bem entender, a partir do momento em que é capaz. Outra coisa é a decisão dos pais de interferirem na futura vida humana desse embrião, submetendo-o, desde sua concepção, a uma série de diagnósticos, que terão como fim única e exclusivamente detectar a existência de possíveis danos para sua saúde. Vale, aqui, pois, citar as palavras de Michael J. Sandel, que se mostra contrário a uma engenharia genética. Afirma o autor que: “(...) o problema com a engenharia genética é que ‘crianças projetadas’ não são totalmente livres; até mesmo melhoras genéticas favoráveis (para talento musical, diga-se, ou feito atlético) poderia levar crianças a fazer escolhas de vida, prejudicando sua autonomia e violando o seu direito de escolher seus planos de vida por elas mesmas.”⁽²⁴⁾

Há muito ainda a ser feito nesta seara, mas não se pode esquecer de que os avanços da biotecnologia não podem ser considerados *a priori* como ruins, se forem só para aprimorar o ser humano, e não exclusivamente para tratá-lo em termos terapêuticos. Sua escolha ou a de seus futuros pais,

¹⁹ SUEOKA, Kou. Preimplantation Genetic Diagnosis: an update on current technologies and ethical considerations. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=8&sid=9d57b222-4b08-4994-ab9e-e1601f71c32a%40sdc-v-sessmgr05>. Acesso em: 22 Set. 2018.

²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. *O Direito à Imortalidade*. O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 959.

²¹ Sobre “melhoramento humano”, v.: <http://betterhumans.com/mission.html>.

²² No original: “Advances in the life sciences and in associated technologies has tremendously increased the possibilities offered by medicine. Today we have the capacity to replace parts of the human body and to increase its functions beyond normal levels. We call this ‘improvement’ or ‘enhancement’ of the human body and of nature.” IDA, Ryuichi. Should we improve human nature? An interrogation from an Asian perspective, in: SAVULESCO, Julian. BOSTROM, Nick. *Human Enhancement*. Oxford: Oxford, 2013, p. 59

²³ A tese sobre um direito a não nascer surge na França, a partir do caso Perruche, no qual um bebê nasce com sérias deficiências, depois de seus pais terem sido certificados pelo laboratório clínico e pelo médico, de que o bebê não teria sofrido danos por conta da rubéola contraída por sua mãe durante a gestação. Sobre este caso ver entre outros: LYSAUGHT, M. Therese. Wrongful Life? The strange case of Nicolas Perruche. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=13&sid=8c315cbc-d4bf-4874-8ff6-e99f-9f461bdP%40sessionmgr4010>. Acesso em: 28 Set. 2018.

²⁴ No original: “(...) the problem with genetic engineering is that ‘designer children’ are not fully free; even favorable genetic enhancements (for musical talent, say, or athletic prowess) would point children toward particular life choices, impairing their autonomy and violating their right to choose their life plan for themselves.” SANDEL, Michel J. *The Case against Perfection*: Ethics in the age of genetic engineering. Cambridge: Belknap/Cambridge, 2007, p. 7.

têm de ser, contudo, feitas a partir de muita informação sobre eventuais consequências positivas ou negativas de “aperfeiçoamento”.

6. A responsabilidade pelas novas tecnologias

Os temas tratados nos itens anteriores já são suficientes para trazer à baila aspectos importantes da área da biotecnologia no campo da reprodução humana, no sentido de se poder avaliar todo o impacto que ela poderá ter na sociedade, à medida que os tratamentos médicos fiquem mais acessíveis a todos. No momento, o alto custo das técnicas médicas nessa seara ainda impedem que as camadas menos favorecidas da população possam delas se valer. Mas será que isto seria mesmo imprescindível? Será que não se estaria caminhando para uma sociedade que discriminaria as pessoas, dividindo-as entre as que teriam poder aquisitivo para se submeter, por exemplo a um diagnóstico pré-implantatório, e as que não poderiam? Não se estaria, enfim, alcançando uma nova forma de eugenia? Qual a responsabilidade dos envolvidos em relação àquele que nasce para um determinado propósito, no caso do bebê-remédio, por exemplo?

Apesar de todo esse questionamento, e de tantos outros que podem — e devem! — ser feitos, o fato é que há um risco inerente à toda e qualquer atividade na área da biotecnologia. Mais ainda, quando se reflete acerca de eventuais danos que possam ser causados a um ser ainda em sua fase embrionária, portanto, impedido de se manifestar, totalmente dependente da vontade daqueles que serão por ele responsáveis. Evitar-se novas práticas de eugenia, seja ela na sua forma positiva ou nega-

tiva, como faz referência Jürgen Habermas⁽²⁵⁾, parece ser algo que deva ser levado em conta, quando se trata de técnicas de reprodução humana, a fim de que todos possam ter condições de nascer e de desenvolver livremente sua personalidade.

Neste sentido, a atividade do profissional envolvido deve ser balizada nos moldes do previsto no parágrafo único do art. 927 da lei civil brasileira, considerada como “cláusula geral de responsabilidade por atividade de risco”. Dispõe a norma haver uma “obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.⁽²⁶⁾ Aqui se chega, pois, a um ponto central nesta questão, isto é, a de que a atividade biotecnológica implica, indubitavelmente, *riscos*.⁽²⁷⁾ Uma avaliação do que poderá ser causado ao futuro ser humano, inclusive em conformidade com o princípio da precaução, que nas palavras de Salvador Darío Bergel, questiona o próprio saber científico⁽²⁸⁾, deve ser feita por aquele que tiver

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 22 e s. Sobre a Eugenia positiva e negativa, v. ainda: SANTOS, André. CALDEIRA, Denise. FONSECA, Maria João *et.al.*. Os contornos distintivos entre a eugenia positiva e a eugenia negativa em face à necessária proteção ao patrimônio genético. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2476/1817>. Acesso em: 20 Set. 2018.

²⁶ Sobre esse dispositivo e as discussões doutrinárias sobre as atividades de risco que estariam envolvidas aqui, v.: SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21 e s.

²⁷ Sobre a biotecnologia ser uma atividade de risco, v.: BERGEL, Salvador Darío. O princípio da precaução como critério orientador e regulador da biossegurança, *in*: ROMEO-CASABONA, Carlos Maria. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Desafios Jurídicos da Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 352 e s.

²⁸ BERGEL, Salvador Darío. O princípio da precaução como critério orientador e regulador da biossegurança, *in*: ROMEO-CASABONA, Carlos Maria. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Desafios Jurídicos da Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 357.

em suas mãos o poder de concretizar as técnicas aqui mencionadas, sob pena de responder objetivamente pelos danos que causar. Afinal, quando se trata de ser humano, imprescindível não se olvidar da ética que deve existir nas atividades do homem, em especial as de risco futuro e imprevisível⁽²⁹⁾, tendo-se por pano de fundo o princípio da dignidade humana, previsto no inciso III do art. 5^o da Constituição da República. Um dever irrestrito de informar aos interessados⁽³⁰⁾ sobre eventuais riscos/danos pois, encontra-se na esteira de todo esse novo movimento da ciência.

7. Conclusão

Como analisado ao longo deste artigo, desde o aparecimento do primeiro bebê de proveta, em 1978, na Inglaterra, e com a possibilidade, portanto, de se ter acesso ao que antes era pertencente só ao corpo da mulher, isto é, à concepção “in vitro” e, conseqüentemente, o embrião, a história da reprodução humana e do embrião toma outras configurações. Ele pode ser colocado em útero alheio ao de sua mãe, pode ser investigado para que se saiba se ele é saudável, e/ou se pode servir de ajuda para recuperar a saúde de um parente, geralmente, um irmão, já preexistente, bem como pode vir a ser modificado geneticamente, a fim de que determinadas características lhe sejam aperfeiçoadas, antes mesmo de ser colocado no útero de sua mãe. Aqui valerá a escolha dos pais.

Todas essas inovações, que já existem em maior

²⁹ V. JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade*: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto/PUCP, 2006, p. 70 e s.

³⁰ PORTO BORGES, Isabel Cristina. GOMES, Tais Ferraz. ENGELMANN, Wilson. *Responsabilidade Civil e Nanotecnologias*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85.

ou menor grau no mundo atual, leva a um questionamento acerca da responsabilidade de se manipular um embrião humano, uma vez que as atividades acima mencionadas implicam, necessariamente, a existência de riscos para o embrião e, quiçá, para a sociedade. Daí ser importante mencionar o princípio da precaução.

Certo é que a sociedade anseia pelo desenvolvimento da biotecnologia, a fim de que sua vida possa ser melhorada/aperfeiçoada, ainda que numa fase pré-embriônica. Isto, porém, nem sempre significará que a atividade que venha a ser desenvolvida para isso seja isenta de riscos. Assim, como se está lidando aqui com um ser humano em potência, com um embrião, necessário que ele seja respeitado, sem negar-se os avanços da ciência. Como visto já na introdução a este trabalho, esses avanços têm sido impressionantes e são bem-vindos, desde que a ética não venha a ser atropelada. Afinal, muito já se pode fazer em termos de biotecnologia. A pergunta é: deve-se fazê-lo? Isto é o que se verá nos anos vindouros.

Referências

- BERGEL, Salvador Darío. O princípio da precaução como critério orientador e regulador da biossegurança, *in*: ROMEO-CASABONA, Carlos Maria. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Desafios Jurídicos da Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 347-372.
- DUDEN, Konrad. Leihmutterchaft — Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung, *in*: *Das Standesamt*. (StAZ). Frankfurt/Berlin: MfSt, 2018, Vol. 71, n. 5, p. 137-143.
- GOLDIM, José Roberto. Princípio do Respeito da Pessoa ou da Autonomia. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/autonomi.htm>. Acesso em: 28 Set. 2018.
- GOZZO, Débora. A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição, *in*: SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e Medicina*: Novas fronteiras da ciência jurídica.

ca. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-63.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 20 Set. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUCP, 2006.

IDA, Ryuichi. Should we improve human nature? An interrogation from an Asian perspective, in: SAVULESCO, Julian. BOSTROM, Nick. *Human Enhancement*. Oxford: Oxford, 2013, p. 59-70.

LYSAUGHT, M. Therese. Wrongful Life? The strange case of Nicolas Perruche. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=13&sid=8c315cbc-d4bf-4874-8ff6-e99f-9f461bdf%40sessionmgr4010>. Acesso em: 28 Set. 2018.

MONTEIRO, Juliano Ralo. *Savior Sibling: limites ao poder familiar?*, in: GOZZO, Débora. ((Coord.)). *Informação e Direitos Fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180-202

NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PORTO BORGES, Isabel Cristina. GOMES, Taís Ferraz. ENGELMANN, Wilson. *Responsabilidade Civil e Nanotecnologias*. São Paulo: Atlas, 2014.

POLLITT, Katha. The strange case of Baby “M”. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=18a0a4ba-8ca1-4258-9534-1267fbadcf33%40sdc-v-sessmgr02>. Acesso em: 28 Set. 2018.

RAPOSO, Vera Lúcia. *O Direito à Imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.

SANDEL, Michael J.. *The Case against Perfection: ethics in the age of genetic engineering*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SUEOKA, Kou. Preimplantation Genetic Diagnosis: an update on current technologies and ethical considerations. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=8&sid=9d57b222-4b08-4994-ab9e-e1601f71c32a%40sdc-v-sessmgr05>. Acesso em: 22 Set. 2018.

AS DIFICULDADES PROBATÓRIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DO RECURSO A PRESUNÇÕES E À PERDA DE CHANCE ⁽¹⁾

Diana Antão Seabra ⁽²⁾

Palavras-chave: *responsabilidade civil médica; responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; perda de chance; danos probatórios.*

Keywords: *medical liability; contractual liability; non-contractual liability; loss of chance; evidential damages.*

Resumo: *A medicina é uma atividade em constante evolução e, nas últimas décadas, temos assistido a um progresso absolutamente impressionante ao nível da tecnologia aplicada à ciência médica. Torna-se, assim, indispensável compreender e determinar a relevância que a inovação tecnológica, aliada à racionalização de recursos e às exigências do Homo Sanitas, pode assumir na verificação dos pressupostos da responsabilidade civil.*

Sensíveis à complexidade e ao risco indissociáveis da prática da atividade médica, bem como à sua mutabilidade, e perante as dificuldades probatórias com que se debatem os lesados nas ações de responsabilidade (civil) médica, os Tribunais abstêm-se muitas vezes de condenar médicos e hospitais pelos seus comportamentos lesivos, frustrando-se, na maioria das vezes, as aspirações ressarcitórias dos pacientes. Perante tais dificuldades, o sucesso de uma ação, sob o ponto de vista do lesado, está, na grande maioria das vezes, dependente do aproveitamento de presunções legais e do recurso a presunções judiciais.

Não espanta, por isso, que a doutrina e a jurisprudência

venham aventando a mobilização de mecanismos orientados para a desoneração do lesado do árduo fardo probatório que sobre ele impende.

Neste sentido, e à semelhança do que vamos assistindo noutros ordenamentos jurídicos, a teoria da perda de chance tem vindo a ganhar alguma visibilidade na nossa doutrina e na nossa jurisprudência, designadamente no âmbito da responsabilidade médica.

Tratando-se de uma teoria gizada para um ordenamento que não assenta no modelo binário iheringiano de ilicitude e de culpa, e uma vez que foi importada para o nosso ordenamento sobretudo para fazer face às dificuldades probatórias do nexu causal, trilharemos um percurso intrassistemático e analisaremos exemplificativamente a Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015, procurando concluir pela (des)necessidade de mobilização da teoria, face aos novos entendimentos de causalidade que vão surgindo, tímida mas assertivamente, quer na doutrina quer na jurisprudência.

Abstract: Medicine is an activity in constant evolution, in the last decades we have witnessed a remarkable progress in applied technology in medical science. Hence, it becomes crucial to understand and determine the relevance that technological innovation, allied to rationalization of resources and to the Homo Sanitas's demands, might assume when analyzing the conditions of civil liability.

Aware of the complexity and risk inextricably linked to medical practice, as well to its mutability, and when faced with evidentiary difficulties with which the aggrieved in medical (civil) liability proceedings struggle, courts often refrain from sentencing physicians and hospitals for their harmful behaviors, frustrating, most of the times, patient's compensation aspirations. In view of such challenges, the success of one proceeding, from the aggrieved perspective, is often reliant on legal and/or

¹ O texto que se apresenta corresponde, sem grandes alterações, à comunicação proferida no âmbito do Congresso *Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidade — Comemorando os 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 10 e 11 de maio de 2018.

² The text presented corresponds, without major changes, to the communication given at the Congress of Health, New Technologies and Responsibility — Celebrating the 30th anniversary of the Center for Biomedical Law, organized by the Biomedical Law Center of the Faculty of Law of the University of Coimbra, on May 10 and 11, 2018.

judicial presumptions.

Therefore, doctrine and jurisprudence have unsurprisingly been suggesting the mobilization of mechanisms oriented to exonerate the aggrieved of the heavy evidentiary burden that rests with them.

In this regard, and in similarity to other legal systems, the loss of chance theory has been gaining some visibility in our doctrine and in our jurisprudence, namely in the scope medical liability.

As the loss of chance theory was created for another legal system, that is not based on Ihering's binary model of guilt and unlawfulness, and since it was imported to ours mainly to face the evidentiary difficulties around causation, we'll pave an intrasystematic path, analyzing the decision on Case N.º 1573/10.5TJLSB, from the Civil Court of Lisbon — 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa (July 23th 2015), looking to conclude on the (un)necessary mobilization of the theory due to the new understandings of causation shy but assertively arising, both in the doctrine and in the jurisprudence.

A Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015 (transitada em julgado em 12 de outubro de 2015)³ ficou conhecida, sobretudo, por ter aplicado, pela primeira vez, a teoria da perda de chance nos domínios da responsabilidade médica, em Portugal.

A decisão versou sobre o caso de uma paciente que se dirigiu ao serviço de urgência de uma unidade de cuidados de saúde privada, apresentando problemas respiratórios. Nesse episódio de urgência, a paciente foi examinada por um médico especialista em medicina desportiva que lhe diagnosticou — erradamente, adianta-se — uma amigdalite pulcetácea (de origem bacteriana) e lhe deu alta, apesar de a paciente o ter informado de que estava há vários dias a tomar *Azitromicina* (antibiótico prescrito para amigdalites bacterianas), sem apre-

sentar quaisquer melhorias no seu estado de saúde e ignorando os resultados da medição de oxigénio no sangue que ele mesmo prescreveu, por considerar tratar-se de uma avaria do equipamento⁴.

Já durante a madrugada, o estado de saúde da paciente agravou-se e, sete horas depois, ela regressou ao hospital, sendo-lhe de imediato detetada uma pneumonia, a evoluir para a septicemia que conduziu à sua morte 17 dias depois.

Tratando-se de uma série de atos médicos realizados numa unidade de saúde privada, estar-se-ia perante uma situação que convocava simultânea e cumulativamente os regimes da responsabilidade contratual e da extracontratual.⁵ Em termos

⁴ Com efeito, a medição apresentou um resultado de 63%, um valor muito baixo — uma vez que os valores normais andam entre os 95% e os 100% e que valores inferiores a 80% revelam já um estado muito grave de falta de oxigénio. Ademais, ficou provado que a consideração de tal resultado permitiria antever a existência de uma septicemia e não de uma amigdalite. E ficou ainda provado que a realização de uma radiografia ao tórax ou uma simples auscultação com estetoscópio seriam suficientes para chegar ao diagnóstico correto.

⁵ Perante tal situação, a doutrina difere nas soluções encontradas. Por um lado, há o chamado sistema do cúmulo, que tem merecido a aceitação da maior parte da doutrina e da jurisprudência portuguesas, que se subdivide em três orientações: uma primeira relativa a um concurso de normas dos dois regimes de responsabilidade, isto é, considera-se haver um concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória, que permite ao lesado mobilizar, numa mesma ação, fundamentos das responsabilidades contratual e extracontratual; outra perspectiva vai no sentido de conceder ao lesado a opção por um dos regimes; por último, parte da doutrina defende que se deve permitir ações autónomas dos dois tipos de responsabilidade. Nesse sentido, VAZ SERRA, “Responsabilidade contratual e Responsabilidade extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, abril de 1959, pp. 208 e ss.; GASPAS, A. SILVA HENRIQUES, “A Responsabilidade Civil do Médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, Tomo I, pág. 345; Teixeira de Sousa, Miguel, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação, Estudo sobre a Dogmática da Pretensão e do Concurso de Pretensões*, Coimbra Almedina, 1988, pág. 230; RUI DE ALARCÃO, (texto elaborado por SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMEIDA DE SÁ e BRANDÃO PROENÇA), *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 210: “em todos estes casos existe um único dano, produzido por um único facto. Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física”; FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Separata de Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1984, pág. 40: “pensamos que na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como solução natural, a concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidades”; MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas Limitativas e de*

práticos, contudo, continua a considerar-se ser mais favorável ao lesado mobilizar-se o regime da responsabilidade contratual — à semelhança do que sucedeu na sentença —, em parte porque permite aproveitar a vantagem probatória concedida pelo art.º 799.º/1 do CC (a presunção de culpa), mas também porque, no domínio da responsabilidade contratual, se atenuam as dificuldades de fundamentação em torno da mobilização da teoria da perda de chance.

Exclusão da Responsabilidade Civil, Coimbra, 2003 (reimpressão), pág. 400: “não se trata, é bom de ver, de o credor obter duas indemnizações, mas antes de obter uma indemnização única, gozando porém da liberdade de escolher, para esse efeito, o regime contratual ou o regime extracontratual”; PINTO, CARLOS A. DA MOTA, *Cessação da Posição Contratual*, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 411: “representando a violação do dever contratual de proteção simultaneamente um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou a extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável”. Ainda nesse sentido, o Acórdão do STJ (PINTO MONTEIRO), de 19 de junho de 2001, proc. 01A1008, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>; Acórdão do TRLisboa (RUI VOUGA), de 24 de abril de 2007, proc. 10328/2006, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fcd06d21186e7212802573c4004b9423?OpenDocument>; Acórdão do STJ (RUI MAURÍCIO), de 27 de novembro de 2007, proc. 07A3426, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/626166b7045ca48e802573d1003bec2b?OpenDocument>; Acórdão do STJ (FERREIRA DE ALMEIDA), de 07 de outubro de 2010, proc. 1364/05.5TBBCL.G1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument>.

Por outro lado, e em sentido contrário, parte da doutrina adere a uma posição de não cúmulo, evocando, para o efeito, o princípio da consunção (ou da absorção). Alguns autores falam de uma relação de especialidade (FIKENTSCHER/HEINEMANN e GHESTIN), considerando que a responsabilidade contratual é um regime específico e, portanto, “consome” o da responsabilidade extracontratual. Por outro lado, ALMEIDA COSTA não se refere propriamente a uma relação de especialidade, porque adere a uma posição dualista entre modalidades de responsabilidade civil, mas entende que mesmo não havendo uma relação de especialidade, deve considerar-se que, se as partes entenderam disciplinar a responsabilidade por negócio jurídico, em plena concordância com o princípio da autonomia privada, então, essa responsabilidade será contratual — cfr. MÁRIO J. DE ALMEIDA in *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2011, 546-553.

³ Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachan.ce.pdf

Aderindo à tradicional dicotomia Demogüiana⁽⁶⁾, considerou-se que sobre o médico impendia uma obrigação de meios, que ele não cumpriu ou cumpriu defeituosamente, já que não usou os meios auxiliares de diagnóstico e os conhecimentos que tinha ao seu dispor e que, se o tivesse feito, teria conseguido chegar atempadamente ao diagnóstico e terapêutica corretos.

Perante a comprovação do incumprimento, o médico não conseguiu ilidir a presunção de culpa do art.º 799.º/1 do CC. Por outro lado, à semelhança de tantos outros casos em responsabilidade médica, não era possível afirmar o nexo de causalidade.

Deu-se como provado que: (1) o diagnóstico atempado é o principal fator que determina a evolução de uma septicemia; (2) que numa sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem.

Assim, perante a incerteza ou a dificuldade probatória que pairavam sobre o processo causal relativamente ao dano final, recorreu-se a um juízo de probabilidade sobre a sobrevivência.

Apesar de manifestar a sua intenção de não pretender fundamentar a sua decisão numa das várias posições doutrinárias acerca do conceito de perda

de chance, a magistrada acabou inequivocamente por reconhecer a presença de uma chance neutra, aleatória, autónoma, atual e séria⁽⁷⁾ cuja perda configuraria um dano presente, emergente, certo e autónomo (intermédio)⁽⁸⁾ do dano final de morte e causado pela conduta lesiva do médico — *rectius* mobilizou-se a teoria da perda de chance na sua versão originária, que perspetiva a perda de chance sob a ótica do dano, e não a, por vezes denominada,

⁶ Para mais desenvolvimentos sobre as características da chance: PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico — Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 208 e ss. CATHERINE, ELLIOTT; FRANCES QUINN, *Contract Law*, 6ª ed., Pearson Longman, Harlow, 2007, pág. 321. BOCCHIOLA, MAURIZIO, “Perdita di una chance e certezza del danno”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXX (1976), pág. 101. PARTISANI, RENATO, “Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance”, *Responsabilità civile e Previdenza*, Maggio-Giugno 2000, vol. LXV — N. 3, pág. 589. ZENO-ZENOCOVICH, VINCENZO, “Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura”, em *Rivista del Diritto Commerciale*, Anno LXXXIV (1986), Parte Prima, pp. 215-216; SEVERI, CRISTINA “Perdita de chance e danno patrimoniale risarcibile”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. LXVIII, n.º2, Marzo-Aprile 2003, pág. 316; LUNTZ, HAROLD, “Loss of Chance”, em *Causation in Law and Medicine*, Dartmouth Publishing Company, Ashgate, 2002, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/292970964_Loss_of_Chance, e “Loss of Chance in Medical Negligence”, em *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, N.º 522, 19 de Janeiro de 2011, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228192557_Loss_of_Chance_in_Medical_Negligence Há, ainda, quem assuma uma posição mista ou híbrida, como PATRIZIA ZIVIZ. A autora propõe a fixação de um patamar mínimo de 50% de probabilidade de concretização das chances relativas à obtenção de resultados favoráveis estritamente patrimoniais, mas afasta a aplicação do critério puramente matemático nos casos em que a vantagem que se lograva obter era de caráter não patrimonial, admitindo uma chance “*viduota*” quando o valor do bem jurídico em causa assim o justifique — v.g., perda de chance de sobrevivência. Vide ZIVIZ, PATRIZIA, “Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza”, nota a Trib. Monza, 18 febbraio 1997, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1998, pág. 709.

⁷ A propósito das características do dano da perda de chance PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 223.e ss. FERREIRA, RUI CARDONA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e a Perda de Chance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 120. CORDEIRO DA COSTA, PATRÍCIA HELENA LEAL, “O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português”, pág. 37. Disponível em: http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacoosta_danoperdachance.pdf. GOMES, JÚLIO, “Em Torno do Dano da Perda de Chance — Algumas Reflexões”, em *Studia Iuridica*, 91, *Ars Indicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 291-292.

⁶ Não se desconsidera, contudo, a posição que discorda desta distinção, propugnada, por exemplo, por FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da saúde e bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 111-112; e, no mesmo sentido MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Responsabilidade Civil Por Acto Ou Omissão do Médico”, in *Estudos De Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, vol. II, pp. 475-480.

Nesse sentido, veja-se, ainda, a Declaração de Voto do Sr. Conselheiro Custódio Montes no Acórdão do STJ (PIRES DA ROSA), de 17 de dezembro de 2009, proc. 544/09.9YFLSB, disponível em: <http://www.dgsi.pt/istj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d206ad6794706b18802576a10038d4cc?OpenDocument>

teoria falsa, perspetivada sob a ótica da causalidade (de uma causalidade parcial)⁽⁹⁾.

⁹ A decisão da *Cour d'Appel de Grenoble*, de 24 de outubro, de 1961, ficou marcada, não só pela aplicação da perda de chance aos casos de responsabilidade médica, mas pela transformação da figura num método de atenuação da apreciação do nexo de causalidade. O caso, que versava sobre uma fratura tardiamente diagnosticada, evidenciava os desvios que a teoria (originária) da perda de chance teria necessariamente que sofrer no âmbito da responsabilidade médica.

Essas modificações que a teoria da perda de chance sofreu, no âmbito da responsabilidade médica, nomeadamente através da aplicação da teoria da causalidade parcial, suscitaram grandes dúvidas no ordenamento francês, surgindo uma contracorrente que rejeita liminarmente a aplicação da perda de chance no âmbito da responsabilidade médica. Nesse sentido, a chamada teoria divisionista procede a uma divisão entre os casos de responsabilidade médica e os restantes casos, considerando que a *ininterrupção do nexo causal* não permite que se afirme a existência de um dano autónomo de perda de chance naqueles primeiros casos. Com efeito, segundo esta teoria, não se pode afirmar a autonomia do dano intermédio, que se julga ser ficcionado para afirmar uma ligação probabilística causal do facto com o dano final, quando se está diante de um processo causal que se desenrolou até ao seu *estado último*. A dúvida que subsiste prende-se, pois, com a relação causal entre o facto e o dano final, uma vez que não podemos afirmar com certeza qual a causa do dano: se a intervenção do médico, se o normal desenrolar da própria doença. Cfr. ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, pp. 36 e ss e PENNEAU, JEAN, *La Responsabilité du Médicin*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 32-33.

Rejeitando a referida divisão entre os casos de responsabilidade médica e os restantes casos, a teoria unitária recusa a aplicação da teoria da perda de chance, enquanto modelo de causalidade parcial, no âmbito da responsabilidade médica, mas não afasta, contudo, a configuração da perda de chance como um dano autónomo, nestes casos. Nesse sentido, a determinação dessa autonomia, no campo da responsabilidade médica, far-se-á através da constatação de que o paciente tinha efetivamente uma chance de cura ou sobrevivência, no momento da intervenção médica, e que, pela omissão do médico, ela se perdeu. Vide ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, pp. 44 e ss.; CHARTIER, YVES, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1983, pág. 38; e DURRY, GEORGES, “Responsabilité Civile”, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tomo 65.º, 1967, pp. 182-183.

Explicando, nestes casos, temos: um processo causal que não foi interrompido ou alterado, mas que, em abstrato, poderia tê-lo sido pelo lesante; esse facto omissivo consubstancia um facto ilícito e culposos; há um conjunto de outros fatores que concorrem com o facto ilícito enquanto potencial *causa* do dano, o que dificulta o juízo de que aquele facto ilícito foi *causador* do dano. Atente-se na construção do “*Bean Jar Paradigm*”, de JOSEPH KING. O Autor traça cinco variações do exemplo de um concorrente que deve retirar um feijão de um saco que contém feijões azuis e dourados, sendo que apenas os últimos concedem o direito a um prémio. Nas três primeiras variações, há um facto que impede a concorrente de tirar um feijão do saco (há uma interrupção do processo causal), e nas duas últimas variações, a concorrente chega a retirar o feijão do saco, mas por algum facto posterior, não nos é possível saber qual a cor do feijão retirado

Por conseguinte, no que concerne ao cálculo do montante indemnizatório, procedeu-se a três operações: (1) traduziu-se a utilidade económica do resultado final desejado num montante pecuniário; (2) aferiu-se probabilidade (chance) que a pessoa tinha de vir a obter o resultado final desejado (a cura ou a sobrevivência); e (3) multiplicou-se os dois valores. O coeficiente dessa terceira operação correspondeu ao montante que visava tornar indemne o dano (autónomo) da perda de chance.⁽¹⁰⁾

(não há uma interrupção do processo causal). A impossibilidade de estabelecer um juízo de prognose póstumo sobre o normal desenrolar dos factos, subtraindo a intervenção do lesante, justificaria, em ambos os casos, o afastamento do tratamento do problema sob o prisma da causalidade, perspetivando-o, antes, sob a ótica do dano. Cfr. KING (JR.), JOSEPH H., “Reduction of Likelihood’ Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine”, *The University of Memphis Law Review*, Winter, 1998, Vol. 28, pp. 516-519. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/umem28&div=20&id=&page=3>. Referindo-se criticamente à construção de JOSEPH KING — a chance encarada segundo a perspetiva do dano —, JOHN MAKDISI, alerta para a possibilidade de ressarcimento de chances na ausência de verificação do prejuízo final como consequência da afirmação da autonomia do dano da perda de chance, “Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability”, *North Carolina Law Review*, Vol. 67, n.º 5, 1989, pág. 1092. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3262&context=nclr>

¹⁰ Na teoria da causalidade parcial, não se considera que a perda de chance seja um dano autónomo do dano final, pelo que a perda de chance deverá ser atendida no plano da causalidade. E, perante a dúvida sobre a *adequação da relação causal* entre a conduta e o dano, o julgador deverá proceder a uma redução do da indemnização, em função da probabilidade do facto ter sido ou não causa do dano, partindo, pois, não de um dano autónomo, mas do dano final; ou, dito de outro modo, aquela *incerteza causal* deverá, por isso, refletir-se no cálculo do *quantum indemnizatório*, limitando o escopo da reparação ao ressarcimento da chance perdida.

Nesse sentido, busca-se a afirmação de uma *causalidade parcial*, o que implica que se conclua pela existência de um facto que é apenas causa provável de um dano e que se reconheça a existência de uma *multicausalidade* ou *multicondicionalidade*, isto é, que possam existir outras causas concorrentes para a produção daquele dano. Por outro lado, exige-se que essas causas sejam independentes entre si, para que se permita uma responsabilização parcial, na proporção da relação de probabilidade que o facto por si praticado tenha com o dano final, e que poderá, aliás, implicar a responsabilização de mais do que um agente. Assim sendo, e uma vez que nenhum dos factos é *conditio sine qua non* do dano, a nenhum deles poderá corresponder uma indemnização integral do dano. Cfr. BORÉ, JACQUES, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la

Tal cálculo não deixa de merecer, contudo, neste caso concreto, alguns reparos e observações. Em primeiro lugar, porque não resulta absolutamente claro na sentença qual o momento que se tomou em consideração para começar a contar as referidas 1ª hora (e a respetiva chance de 80% de cura ou sobrevivência), 3ª hora (40%) e 12ª hora (20%), isto é, não ficou claro qual o momento em que se considerou que a pneumonia se convolou na septicemia, isto atendendo ao facto de que a paciente apresentaria sintomas 4 ou 5 dias antes de se dirigir ao estabelecimento de saúde — razão pela qual se encontrava já a tomar antibiótico, naquele período que antecedeu o primeiro episódio de urgência.

Mas, para além disso, parece que o cálculo partiu de uma premissa errada: a de que a conduta do agente teria eliminado qualquer chance de sobrevivência. Ora, isto não é inteiramente verdade, como, aliás, se constata pela análise da própria sentença. Se “*numa sepsis grave diagnosticada (...) ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem*”, então sempre haveria uma chance residual de 20%, pelo que pode concluir-se que a conduta do médico causou uma depauperação da chance de sobrevivência.

causalité d'un fait dommageable”, *Juris-classeur Périodique — La semaine juridique*, année 1974, I, n.º 2620, n.º 7 a 11.

O método estatístico é apresentado, pois, como meio de incorporação, mas também de superação, da *álea* da vida, na determinação da causalidade jurídica, porque permite determinar graus de correlação entre o facto e o dano. E, para além de permitirem afirmar o nexo causal, os dados retirados desta prova estatística revestir-se-iam, ainda, de critério no cálculo do montante indemnizatório.

Pelo exposto, SAVATIER considera que o ressarcimento da perda de chance segundo o modelo da causalidade parcial é o “*Paradis des juges incétes*”, já que ao facilitar a prova do nexo de causalidade, potencia um juízo quase arbitrário sobre a atribuição de uma indemnização e tende a subverter a própria finalidade a que a perda de chance se propõe: a busca da verdade e da justiça material. No campo específico da responsabilidade médica, o Autor alerta para a possibilidade de a mobilização do modelo da causalidade parcial, e a incerteza e insegurança que isso implica para os profissionais, vir a fomentar a prática de uma medicina defensiva. Cfr. SAVATIER, RÉNE, “Une Faute Peut-elle Engendrer la Responsabilité d'un Dommage Sans L'avoire Causé?” *Recueil Dalloz Sirey — Chronique*, 1970, pág.125.

Assim sendo, ignorou-se uma operação fundamental no cálculo do montante indemnizatório: a aferição da diferença entre a percentagem relativa à chance de cura, fixada na sentença como sendo de 40% às 3:00h da manhã, e a percentagem residual, que poder-se-á considerar fixada num valor próximo dos 20% às 10:00h ou 11:00h da manhã.

E, bem assim, não só não se compreende que a percentagem de sobrevivência às 02:00 ou 03:00 horas do dia 31 de dezembro tenha sido fixada nos 40%, como causa algum espanto que se tenha concluído pelo montante ressarcitório de 248.000,00€ — um valor que, comparado com outros casos de responsabilidade médica, e tendo em conta que se trata em bom rigor de uma mera depauperação da chance (e não perda, como veremos), se apresenta extraordinariamente alto.

Curiosamente, nos ordenamentos da *Common Law*⁽¹¹⁾, atenta a função punitiva/preventiva da *Tort*

¹¹ Parte-se, desde logo, da ideia de que um comportamento é ineficiente enquanto constituir um prejuízo para a sociedade, isto é, enquanto os custos deste comportamento ultrapassarem os seus benefícios para a sociedade. O sistema de responsabilidade civil da *Common Law* deverá, por isso, dissuadir o agente da prática de tal comportamento, impondo-lhe os custos dessa atuação ineficiente (*deterrence of inefficiency*), e procurar, também, prevenir futuros comportamentos danosos e puni-los.

A responsabilização por *negligence* e *strict liability* (responsabilidade objetiva) opera por recurso a fórmulas quase matemáticas que procuram determinar se o valor do benefício da conduta é superior ao valor da probabilidade de perdas. Assim, nos casos de *negligence*, considera-se haver prejuízo para a sociedade, e consequentemente conclui-se pela responsabilização, se o valor do benefício ficar aquém do valor da probabilidade de perdas. Por outro lado, na *strict liability*, que se perfila com a nossa responsabilidade objetiva, não se apura se o comportamento foi eficiente ou não, há uma presunção inilidível de ineficiência, impondo-se, em função disso, a obrigação de indemnização dos danos causados.

O critério de prova da causalidade segue o *more likely than not standard of proof*, tanto na responsabilização dos casos de *negligence* como nos de *strict liability*, o que, na prática, significa que o juiz pode considerar provado o nexo de causalidade entre o facto e o dano, sempre que se possa concluir que existe uma maior probabilidade de o dano ter sido causado por aquele facto, do que não ter sido. A indemnização concedida não refletirá, contudo, este juízo probabilístico, pelo que, no que ao montante indemnizatório diz respeito, vale a regra do “tudo

Law, por um lado, e o recurso à análise económica do Direito, por outro, a compreensão dos casos em que a *causalidade* ganha contornos incertos, como na perda de chance, tem tomado rumos diferentes dos expostos.

Veja-se, o exemplo dado por ARIEL PORAT e ALEX STEIN⁽¹²⁾, adaptado de uma decisão da *English*

ou nada”, isto é, a indemnização nunca será parcial: ou corresponde à totalidade do dano final, ou não corresponde a nada. MAKDISI considera, contudo, que o próprio resultado a que se chega é ineficiente, a não ser que estabeleça uma *probabilidade de causalidade* de 100% ou 0%. Assim, o autor aduz que se chegará a resultados mais eficientes e consonantes com o efeito dissuasor subjacente ao instituto da responsabilidade civil, na *Common Law*, através do recurso a uma responsabilidade parcial ou proporcional. A probabilidade serviria aqui um duplo propósito, constituindo, aos olhos do autor, um critério mais perfeito do que a aplicação dos restantes *standards of proof* para aferir o nexo de causalidade e para determinar, também, o *quantum* indemnizatório — uma construção que apresenta semelhanças com a teoria da causalidade parcial. *Vide* MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, pp. 1067-1075.

Procedendo a uma análise da mobilização do *evidential damage*, segundo a perspectiva de inversão do ónus de prova da causalidade, ARIEL PORAT e ALEX STEIN alertam para aquele mesmo risco de ineficiência das decisões que, invertendo o ónus em favor do lesado, resultariam, muitas vezes, num efeito dissuasor insuficiente ou excessivo: se a capacidade de prova do lesado estiver tão comprometida que não consiga preencher o *more probable than not standard of proof*, não se aplicará a inversão do ónus e o *deterrence* será insuficiente para o lesante; se, porventura conseguir preencher esse *standard*, para o qual se exige uma percentagem superior a 50%, a reparação será integral, colocando o lesado numa posição mais favorável do que aquele em que estaria se não tivesse ocorrido a intervenção do lesante, e o *deterrence* será excessivo. Nesse sentido, os autores defendem a aplicação de uma inversão quando haja um equilíbrio probatório das duas partes, que, regra geral, deverá beneficiar o lesante, a não ser que tenha a sua conduta criado um desequilíbrio, caso em que beneficiará o lesado. Nesse sentido, ARIEL PORAT e ALEX STEIN, *Op. Cit.*, 2002, pp. 165-166.

Nos casos em que essa inversão seja demasiado penosa para o lesante, os autores consideram que se deve optar pelo ressarcimento dos *danos probatórios*, conferindo ao lesado a compensação pelo acesso à informação que lhe foi negado pela conduta do lesante. O montante indemnizatório seria, então, calculado tendo por referência o valor do *dano direto*, multiplicado pela probabilidade de o suposto lesante ter efetivamente causado esse dano, socorrendo-se, para esta aferição probabilística, de critérios estatísticos que exprimam o potencial probatório da informação negada ao lesado — cfr. ARIEL PORAT e ALEX STEIN, *Tort liability under uncertainty*, em Oxford University Press, New York, 2002, pp. 167-168. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228154427_Tort_Liability_Under_Uncertainty

¹² ARIEL PORAT e ALEX STEIN, “Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable”, *Cardozo Law Review*, n.º18, 1891 (1997),

House of Lords, Hotson v. East Berkshire Area Health Authority [1987] 1 A.C. 750: um paciente que precisava urgentemente de uma cirurgia — cuja probabilidade de recuperação é de 75% — vê a sua cirurgia negligentemente adiada pelos médicos. Ainda que executada exemplarmente, as chances de recuperação do paciente passam a ser de 25% e ele vem a falecer. Considerando que a única prova que se consegue fazer da causalidade é puramente estatística, será que o paciente deveria ser ressarcido por aquela depauperação das chances, ou, como os autores referem, pelo agravamento do risco em 50%?

É que, como notam, se o paciente pertencia àquele grupo dos 25% dos casos em que não se recupera, o seu dano não pode ter sido causado pelos médicos; e se ele podia ter sido salvo, então os médicos deveriam ser responsabilizados pelo dano causado e não pelo mero aumento do risco. Mas, em bom rigor, não conseguimos inserir este caso em nenhum dos dois cenários. Somos incapazes disso em virtude da incerteza que paira sobre o processo causal. Esta incerteza é que deve ser indemnizada, porquanto se entende causada pelo adiamento negligente dos médicos.

Nesse sentido, partem do pressuposto que o acesso à informação é um direito do lesado e que a privação do acesso aos factos é uma limitação à sua autonomia — um dano que deve ser reparado na íntegra. E, assim, o valor do direito de acesso à informação seria igual ao produto entre o montante correspondente ao dano à integridade física e a probabilidade⁽¹³⁾ de esse dano ter sido causado

pp. 15-18. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/2db3b43m#page-15>. Veja-se, ainda, outros exemplos, dos mesmos autores em “Indeterminate causation and apportionment of damages: an essay on Holby, Allen, and Fairchild”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n.º 4, 2003, pp. 667-702. Disponível em: http://www.professoralexstein.com/images/Indeterminate_Causation.pdf

¹³ Referindo-se ao recurso a juízos probabilísticos na determinação do montante indemnizatório, LUIS MEDINA ALCOZ

pelo adiamento. Este montante corresponderia ao valor que expectavelmente teria cada ação judicial contra o suposto lesante, antes de este ter comprometido o decurso de cada uma dessas ações. Na ausência de informação sobre a probabilidade causal, os autores defendem a aplicação do “princípio da indiferença” — *indifference principle* ou *principle of insufficient reason* —, que implica a conclusão de que os vários cenários causais são igualmente prováveis e que qualquer dos factos causais poderia ter produzido o dano (direto) do lesado.⁽¹⁴⁾

Tentando aferir o *evidential damage* sofrido pelo paciente, os autores consideram uma amostra de 100 doentes em situação análoga à que nos referimos. O doente é um de 75 — 50 dos quais foram prejudicados pelo atraso e 25 irão sucumbir à doença — e, pela atuação dos médicos, somos incapazes de identificar se ele pertence ao grupo que receberia uma indemnização ou se, pelo contrário, pertence ao grupo que não a receberia. A chance de que ele viesse a pertencer ao primeiro grupo é de 50/75, ou seja, 67%, aproximadamente; e de 33% de vir a pertencer ao segundo. Como havia 67% de chances da informação omitida⁽¹⁵⁾ vir

ressalta que esse não é uma opção de todo estranha ao sistema de *Common Law* e que nos casos de responsabilidade por dano causado por membro indeterminado do grupo ou ainda casos da chamada *Market Share Liability*, em que, à semelhança do que sucede nos casos de perda de chance, nos deparamos com uma incerteza sobre o facto que *causou* o dano, se recorre a um juízo de probabilidade para reconhecer uma indemnização parcial — cfr. ALCOZ, LUIZ MEDINA, “Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 30, Segundo Trimestre, 2009, pág. 64. Disponível em: <http://www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/LuisMedina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fc71cf931d588191bc9123527>

¹⁴ ARIEL PORAT e ALEX STEIN, *op. cit.*, 2002, pp. 177-178.

¹⁵ Os autores consideram que a ausência de informação aumenta o risco de erro na decisão judicial e que a certeza dos factos é essencial para a prossecução eficaz das finalidades de *deterrence* e *corrective justice*. Distinguem, contudo, dois tipos de manifestação de incerteza: situações em que a incerteza decorre das próprias circunstâncias do caso, isto

a revelar que ele pertencia àquele primeiro grupo, então o seu *evidential damage* será de 67% do montante referido às suas lesões físicas, enquanto que se nos mantivéssemos no domínio do risco e das chances, ele seria ressarcido em apenas 50%.

Exemplificando, ainda, com os Casos DES⁽¹⁶⁾, ARIEL PORAT e ALEX STEIN procuram demonstrar que o ressarcimento de *evidential damages* pode contribuir para o apuramento da verdade e para diminuir a ocorrência de danos diretos. Se os vários fabricantes se julgam, em certa medida, protegidos pela incerteza do caso — já que não se consegue identificar o lesante, nestas ações —, a atribuição de *evidential damages* irá compeli-los a tomar as providências necessárias (monotorizar as vendas dos produtos, por exemplo) para se afastarem das incertezas instaladas naquele domínio, distanciando-se, também, conseqüentemente, do seu ressarcimento e eliminando as chances de outros produtores se aproveitarem dessas incertezas para limitarem a sua responsabilidade. Supondo que um produtor passava a controlar as vendas, nas farmácias, da substância por si desenvolvida, haveria, também, um maior interesse em investir em investigação e segurança para diminuir os danos diretos. Um exemplo que, a ser seguido pelos

é, de fatores não imputáveis ao lesante; situações em que a incerteza e a incapacidade do tribunal aceder à verdade dos factos decorrer da intervenção de uma pessoa. Cfr. ARIEL PORAT e ALEX STEIN, *op. cit.*, 2002, pág. 160.

¹⁶ Os casos referem-se a mães que consumiram a substância Diethylstilbestrol (DES) durante a gravidez e cujos filhos acabaram por desenvolver problemas de saúde em virtude desse consumo. Uma vez que havia vários produtores dessa mesma substância, não era possível imputar a nenhum deles em concreto o dano sofrido por cada um dos lesados, surgindo a *market share liability* como forma de superação dessas dificuldades probatórias. Veja-se, a propósito, GIFFORD, DONALD G. e PASICOLAN, PAOLO “Market Share Liability Beyond DES Cases: The Solution to the Causation Dilemma in Lead Paint Litigation?”, *South Carolina Law Review*, n.º 28: 115, 2006, disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=fac_pubs

outros produtores — impedidos, agora, de continuar a beneficiar da incerteza —, contribuiria para o *social welfare*.⁽¹⁷⁾

Apartando-nos do exemplo anglo-saxónico e regressando à jurisprudência portuguesa, constata-se que a teoria da perda de chance tem sido mobilizada sobretudo em casos que versam sobre a responsabilidade dos mandatários judiciais — geralmente relacionados com o não cumprimento de prazos. Estamos em crer que, apesar da obrigação assumida pelos mandatários judiciais, à semelhança do que sucede com a dos médicos, ser (em abstracto) de meios, a mesma pode ser decomposta em várias obrigações, algumas delas de resultados, nomeadamente no que diz respeito ao cumprimento dos prazos. Esta obrigação, porque está fora do âmbito do que é a *arte*, não pode ser classificada como uma obrigação de meios. O seu não cumprimento representaria, portanto, a perda de uma chance *densificada*⁽¹⁸⁾, objeto de uma *quase propriedade*⁽¹⁹⁾, e, portanto, menos suscetível de resvalar para juízos arbitrários — mas que, assim sendo, acaba excluída da *mera perda de chances* porque o que na realidade se perde é uma chance que não é nem autónoma, nem neutra, nem aleatória e que é muito mais do que séria!

Ainda assim, compreendemos que a jurisprudência tenha — conscientemente ou não — apreendido o conceito de perda de chance e o tenha mobilizado para esse tipo de domínios, mas sufra-

¹⁷ ARIEL PORAT e ALEX STEIN, *Op. Cit.*, 2002, pp. 181-182.

¹⁸ A expressão é de JÚLIO GOMES, “Em Torno do Dano da Perda de Chance — Algumas Reflexões”, em *Studia Iuridica*, 91, *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: *Direito Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 324.

¹⁹ Na expressão de MAZEUD e TUNC *apud* SAVATIER, RENÉ, Anotação aos Acórdãos da *Cour de Cassation Civ. 1^{re} Chambre Civ.*, de 14 de dezembro de 1965, e da *Cour de Paris, 1^{re} Chambre*, de 10 de março de 1966, em *Juris Classeur Periodique — La Semaine Juridique*, Année 1966, I (II), 14753.

gamos a mesma reticência e cautela na mobilização da teoria nos casos de responsabilidade médica, isto é, num domínio em que, salvo raras exceções, não teremos a mesma facilidade em decompor a obrigação assumida pelo devedor e detetar-lhe segmentos de resultado.

E se, neste caso, que versa sobre a aplicação da perda de chance nos casos de responsabilidade contratual⁽²⁰⁾, nos assolam tantas dúvidas, não podemos deixar de retomar aquela consideração que fizemos *supra* que, ao nível da responsabilidade extracontratual, a mobilização da teoria da perda de chance se reveste de uma maior complexidade.

Veja-se, com efeito, que, na responsabilidade contratual, não estamos limitados pela autonomia

²⁰ Veja-se que, a propósito de um outro caso de erro de diagnóstico, por desconsideração de uma sepsis que veio a resultar, também, na morte do paciente, ocorrendo essa lesão num hospital público, e face ao entendimento jurisprudencial cristalizado de atribuição destes casos à jurisdição administrativa, que se vai mantendo fiel ao critério da adequação, ainda assim, se obteve uma condenação da instituição de saúde sem recurso ao conceito da perda de chance. Pode, então, ler-se no Acórdão do STA de 29/11/2005, proc. 0729/05 (António Madureira):

“II. Constitui actuação ilícita e culposa, por violadora das legis artis da medicina, a actuação de médicos de um hospital que atenderam e trataram um doente que tinha sofrido uma infecção dentária, medicando-o apenas para esta simples infecção, quando a sua situação clínica era já compatível com evolução para uma infecção generalizada (sépsis), que lhe não diagnosticaram e que sobreveio àquela, causando-lhe a morte.

III. Os referenciados deficientes diagnóstico e tratamento são de considerar causais do dano sofrido — a morte —, pois que, a infecção generalizada, podia ter sido evitada com o adequado tratamento. E, não tendo sido, podia ainda ter sido curada, pois que essa infecção, sendo uma situação clínica grave, potencialmente letal, não é, sempre, geradora da morte dos pacientes, pelo que é de aceitar que se tivesse sido tratada devidamente não teria ocorrido a morte. O que significa que a conduta dos médicos em causa não é de considerar indiferente na produção do dano e, como tal, que é perfeitamente razoável considerar que, sem a sua conduta ilícita e culposa, a morte não teria acontecido.”

Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/2bdb2027aaae551a802570d6003774d4?OpenDocument>.

E atente-se, ainda, no montante indemnizatório em que o Hospital foi condenado na sentença proferida a 30/6/2004, de € 573.737,39, confirmado pelo referido acórdão.

entre ilícito e culpa, podendo formular-se a hipótese de a chance estar incluída no âmbito do dever a que o devedor se obrigou.

Já na responsabilidade aquiliana, enveredando pela 1.ª modalidade de ilicitude, estamos condicionados pela constatação da violação de um direito absoluto e, assim sendo, a valoração autónoma do dano carece de sentido, por um lado, porque, como nota MAFALDA MIRANDA BARBOSA⁽²¹⁾, consubstancia unicamente uma “simples hipótese de lesão da chance de salvaguarda do bem jurídico”, o que resulta na ausência de ilicitude; e, por outro lado, porque tal valoração autónoma do dano implicaria que, se, contra todas as chances, o paciente sobrevivesse ou se curasse — *rectius*, pelo mero aumento do risco e na total ausência de ilicitude⁽²²⁾ —, sempre se indemnizaria a chance perdida⁽²³⁾.

Se procurarmos, porventura, enquadrar estas questões no domínio da segunda modalidade de ilicitude, isto é, na violação de normas de proteção de interesses alheios⁽²⁴⁾, sempre teremos de verificar se as regras da arte médica visam, não só orientar a prática médica, como ainda proibir compor-

tamentos dissonantes com elas, intentando, dessa forma, evitar a produção de resultados desfavoráveis e proteger as hipóteses de restabelecimento do paciente.⁽²⁵⁾

Assim, o ressarcimento da perda de chances configura, em bom rigor, um problema imputacional⁽²⁶⁾ e atendendo a que a teoria da perda de chance foi “importada” para o nosso ordenamento com o intuito de fazer face às dificuldades probatórias do nexo *causal*, parece-nos fundamental verificar se o nosso ordenamento já apresenta ou não uma solução para esses problemas. É que, na verdade, estamos a mobilizar uma teoria gizada para um ordenamento que não é o nosso, que não parte do binómio iheringiano de ilicitude e culpa, mas antes do ordenamento francês que parte de uma *faute*, em que são ressarcíveis os danos certos (daí a importância dada na teoria à certeza do dano) — um pouco, também, à semelhança do que sucede no ordenamento italiano com o art.º 2043º do Código Civil Italiano que refere a *ingiustizia* do dano como facto gerador de responsabilidade. Se, nesses ordenamentos, faz sentido autonomizar determinadas categorias de danos, está ainda por comprovar que essa autonomização se justifique à luz do nosso, já que: se a perda de chance for perspetivada segundo a ótica do dano, vamos encontrar dificuldades em adaptá-la a um sistema de responsabilidade civil que parte da ilicitude; se for pensada sobre a perspetiva da causalidade, poder-se-á considerar despicienda face aos novos entendimentos desse pressuposto que vão, tímida mas assertivamente,

²⁵ Em sentido semelhante: CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 104; PINTO, PAULO MOYA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 1106.

²⁶ Veja-se, a propósito, BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação — Contribuição para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extrac contractual*, Princípiã, Cascais, 2013, pág. 1109.

²¹ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, “Novas perspetivas em torno da causalidade na responsabilidade médica”, 2016, pág. 14. Disponível em: <https://clearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=435>

²² Não que se desconheça a posição defendida, por exemplo, por NUNO ROCHA, que faz depender a mobilização da teoria do dano da perda de chance dos casos em que o resultado desfavorável se materializou, mas sublinha-se que esta limitação acaba por evidenciar a dificuldade de afirmação da referida autonomia entre os dois danos. ROCHA, NUNO SANTOS *A “Perda de Chance” Como Uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, Coimbra, 2015 pp. 58-60.

²³ MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, pág. 1092. *Vide*, ainda, BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pp. 14-15, onde a Autora aduz que, afirmada essa autonomia, somos confrontados, não só com a ausência de ilicitude, como possíveis questões de dupla indemnização: indemnização do dano de morte e indemnização da perda de chance de sobrevivência.

²⁴ Sobre essa possibilidade, pronunciamos-nos já num estudo intitulado “Da preterição das *leges artis medicinae*, o que se presume? Breves notas de transdução jurídico-dogmática”, para o qual remetemos, bem como para a bibliografia aí indicada.

surgindo quer na doutrina quer na jurisprudência.

Aderindo à dicotomia germânica *haftungsbe-gründende/haftungsausfüllende Kausalität*, atualmente reconhece-se a importância da distinção de dois segmentos do nexo de causalidade: a causalidade fundamentadora da responsabilidade, que estabelece a ligação entre o comportamento do agente e a violação do direito absoluto, e a causalidade preenchedora da responsabilidade, que liga a violação do direito absoluto aos danos concretamente sofridos. Para o âmbito deste estudo, releva, sobretudo, a análise da *haftungsbegründende Kausalität*, e impõe-se a busca não um nexo de causalidade, propriamente dito, mas antes um nexo de imputação, cujo intuito é compreender quando se deve imputar um determinado dano ao comportamento do agente, partindo de critérios tipicamente jurídicos/normativos, e não de critérios científicos, das ciências exatas, que visam utopicamente estabelecer uma relação causa-efeito.⁽²⁷⁾

Conforme nota MAFALDA MIRANDA BARBOSA,

²⁷ Primeiramente, a teoria da causalidade adequada está limitada por um juízo probabilístico, contudo, a elevada probabilidade de se verificar determinado resultado, não implica necessariamente a materialização desse resultado no caso concreto, podendo, aliás, ocorrer exatamente o contrário e responsabilizar-se alguém que não tenha produzido o dano ou desresponsabilizar-se alguém que, efetivamente, o causou. Baseando-nos num juízo probabilístico puro, estaremos a afastar-nos da racionalidade jurídica. Por último, a resposta à questão “É normal e provável que daquele tipo de conduta resulte aquele tipo de dano?”, dependerá sempre da descrição feita dos eventos. Se A causou um golpe ligeiro num dedo de B e este acaba por morrer, não se pode afirmar ser normal e/ou provável que de um pequeno golpe resulte a morte de alguém. Contudo, se B for hemofílico, já será normal e provável que este venha a falecer na decorrência de um pequeno golpe. Cf. BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, “Perspetivas de solução de problemas relativos a alguns aspectos do requisito causal no quadro da responsabilidade civil médica — Breves considerações a partir da ponderação da experiência judicativa”, in *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 10, nº 20 (2013), pág. 48 e ss.

Veja-se, ainda, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 103: “[O] pensamento da elevação do risco ou do pôr em perigo bens jurídicos (ilicitamente), acoplado à inversão do ónus da prova da causalidade, auxiliam a resolver o problema da causalidade (...) puramente probabilística”.

urge encarar este pressuposto do ponto de vista imputacional. No entanto, como salienta, não devemos contentar-nos com um modelo absolutamente objetivo. Devemos antes perspetivar a responsabilidade objetiva “à luz da pressuposição ético-axiológica da juridicidade e das exigências de sentido comunicadas pela intencionalidade problemática de cada caso concreto”.⁽²⁸⁾

Propõe-se, pois, que se perspetive a responsabilidade do ponto de vista *ético-axiológico* e não apenas dogmático, e que se encare a ação como uma categoria *onto-axiológica*, superando-se, desta forma, as lacunas que a adoção de um critério puramente objetivo implicaria ao nível de uma causalidade fundamentadora da responsabilidade. Assim, o *filão fundamentador da imputação objetiva* será a *esfera de risco que se assume* com determinada conduta.⁽²⁹⁾

Partimos, com efeito, de uma premissa essencial: a consciência da liberdade⁽³⁰⁾, da autonomia e da dignidade da pessoa humana. Ora, a pessoa, “ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado”⁽³¹⁾, tor-

²⁸ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pp. 22-23.

²⁹ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 23.

³⁰ Importa considerar que esta pessoa não se confunde com o indivíduo. O indivíduo é o sujeito que está só, centrado em si mesmo, estando-lhe associada uma certa ideia de egoísmo. A pessoa, por seu turno, não está só, é necessariamente um ser em relação. Já não está encerrado sobre si mesmo procurando satisfazer apenas os seus interesses pois só se realiza no encontro com o outro. É através do outro que a pessoa reconhece que tem dignidade e, por isso, também tem de dirigir ao outro todo o seu respeito. Esta pessoa que está colocada no centro do direito civil é uma categoria ética, que pressupõe uma determinada axiologia. Por isso, podemos afirmar que o direito civil não é neutro, estando antes fundando numa série de valores, num determinado acervo de valores ético-axiológicos. BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação... cit.*, 2013, pp. 895-896.

³¹ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação... cit.*, 2013, pág. 900.

nando-se responsável por si e pelo outro. Nesse sentido, ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida, e fica automaticamente desenhada a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional; ou a esfera de risco assumida não é suficientemente definida para firmar aquele mesmo juízo. Por isso, exige-se a verificação de um aumento do risco, mediante a preterição daqueles deveres de cuidado, que permitirão que se afirme a culpa, por um lado, e que se delimite o “círculo de responsabilidade” que alicerçará o juízo imputacional, por outro.⁽³²⁾

No entanto, os dois planos — da culpabilidade e da causalidade — não se confundem. Assiste-se a uma hetero-conformação dos dois planos, que se convocam dialeticamente, sem que se cheguem, contudo, a identificar: “O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva”. É que a pessoa quando age, e quando age com culpa, assume uma esfera de risco⁽³³⁾⁽³⁴⁾, e isso deve refletir-se no plano da *causalidade*; como deverá, ainda, considerar-se a *previsibilidade*, entendida como uma “cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, gera ou incrementa”, não relativa a todos os danos eventos, isto é, não referente aos danos subsequentes ou que resultem da primeira lesão, mas recuada ao momento da edificação daquela esfera.⁽³⁵⁾

Deste modo, excluiremos, desde logo, a res-

ponsabilidade quando o dano se mostre impossível por falta de objeto ou por inidoneidade do meio⁽³⁶⁾ e afirmá-la-emos em caso de aumento do risco.

Nesse sentido, na senda do propugnado por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, o médico seria responsabilizado quando se pudesse concluir que o afastamento dos danos se mostrava possível e que a violação do dever aumentou o risco; *a contrario* já não responderia no caso de não o ter aumentado, provocado ou eventualmente diminuído, nem nos casos em que tivesse ocorrido um facto fortuito ou de força maior ou um comportamento lícito alternativo.⁽³⁷⁾ Neste último caso, e apesar da ausência de unanimidade quanto à procedência da sua invocação, a Autora considera que, ao nível da segunda ilicitude, nos devemos questionar se “a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo” e, respondendo-se afirmativamente, será suficiente para se infirmar o nexo de ilicitude com a norma violada. Por outro lado, uma vez que, na sua primeira modalidade, a ilicitude se circunscreve à lesão do bem jurídico, não parece proceder a invocação de um comportamento lícito alternativo.⁽³⁸⁾

Constatada a assunção dessa esfera, dever-se-á, seguidamente, aferir se o dano que ocorre é ou não a concretização de um desses riscos, cabendo ao lesante provar a irrelevância do seu comportamento para a emergência do dano, invocando, por exemplo, o comportamento conforme ao direito. Se se provar⁽³⁹⁾ que o dano ocorreria independente-

mente da licitude ou ilicitude, prova-se também o não aumento do risco, excluindo-se a imputação.⁽⁴⁰⁾ Todavia, como adverte a autora, não se trataria, em rigor, da invocação de um “comportamento lícito alternativo, porquanto, ao estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexo de ilicitude que falece e, consequentemente, o carácter ilícito do resultado”.

Uma vez que a esfera de risco assumida é mais ampla do que o círculo da culpa, a Autora considera que se deve ter presente uma ideia de *controlabilidade*, de *evitabilidade* do evento lesivo. Assim sendo, como referimos *supra*, exclui-se a indemnização dos casos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de força maior.⁽⁴¹⁾

Afirmando-se a possibilidade do dano e constatando-se que o mesmo se integra naquele leque de eventos que deveriam ser evitados pelo cumprimento do dever, será necessário confrontar esta esfera de risco, titulada pelo lesante, com a esfera de risco geral da vida, com a esfera de risco do lesado e com a esfera de risco de um (eventual) terceiro, averiguando de que forma se relacionam e se, entre elas, há, nomeadamente, concurso ou consunção.⁽⁴²⁾

Nesse sentido, a imputação deverá ser negada quando se trate de um risco a que todos estão expostos e em que a conduta do *lesante*, apesar de ter erigido uma esfera de risco, apenas determinou a presença do evento lesivo naquele tempo e naquele espaço.

Em segundo lugar, exige-se a consideração de uma eventual predisposição constitucional do lesa-

do para sofrer o dano, sendo que: se afirma a imputação caso essa condição seja conhecida do lesante, a não ser que se mostre irrazoável assumir que esse conhecimento investe o lesante numa posição de garante; se não for conhecida aquela predisposição, o lesante, uma vez que, ao não cumprir os deveres que se lhe impunham, assumiu uma esfera de risco, “haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada”⁽⁴³⁾, a não ser que se conclua que as *debilidades* do lesado são tão *atípicas* e tão *profundas* que ele próprio deveria assumir deveres especiais de cuidado. Ademais, dever-se-á considerar aqueles casos em que o próprio lesado, através da sua conduta, de forma livre ou não — o que deve também ser ponderado —, assume uma esfera de responsabilidade. Entram aqui em causa as ideias de *autocolocação em risco* e *heterocolocação em risco consentido* e, verificando-se essa atuação livre, dever-se-á tentar aferir se os deveres que o lesado preteriu visavam ou não evitar o comportamento do lesante.

Em terceiro lugar, haver-se-á de considerar a eventual existência de uma *esfera de risco encabeçada por um terceiro*. Em concreto, importa verificar se o comportamento do segundo lesante está ou não condicionado pelo do primeiro: se “[o] *segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento o comportamento do primeiro agente*”, então “ou este surge como autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação [ao primeiro lesante] não pode ser negada”.⁽⁴⁴⁾ Se, pelo contrário, estivermos perante uma atuação livre

probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta.” BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 26.

⁴⁰ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pp. 25-26.

⁴¹ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pp. 26-27.

⁴² BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação...*, *cit.*, 2013, pp. 958-1027.

⁴³ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 27.

⁴⁴ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 28.

³² BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 24.

³³ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação...*, *cit.*, 2013, pág. 897.

³⁴ Vide, a propósito, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, op. cit.*, 2006, pp. 102-103: “ocorrida a violação de um dever e, derivando daí uma elevação do risco de um dano, (...) [cabe] ao infrator o ónus da prova da demonstração de que a causa do prejuízo verificado foi, afinal, diferente”

³⁵ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 24.

³⁶ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pp. 24-25.

³⁷ Para um estudo mais aprofundado, vide BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação...*, *cit.*, 2013, pp. 897-957.

³⁸ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 25.

³⁹ Referindo-se ao tipo de prova exigido, adverte Mafalda Miranda Barbosa que o “julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efetiva causa do dano ou quando haja prova da elevada

por parte do terceiro, teremos de averiguar se os deveres preteridos pelo primeiro lesante visavam obviar o comportamento daquele — caso em que se afirmará a imputação — e, não tendo essa finalidade, exigir-se-á ao julgador que confronte os dois círculos de responsabilidade, aferindo da eventual consunção de um círculo pelo outro. Dever-se-á ponderar, portanto, se “a gravidade do comportamento do terceiro (...) [foi] de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante”, ou se, “ao invés, a obliteração dos deveres de respeito — deveres de evitar o resultado — pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante”, deve “implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele”.⁽⁴⁵⁾

Este cotejo entre as várias esferas permitirá, segundo entendemos, absorver e resolver os casos cuja solução se vai buscando mediante o recurso à perda de chance. De facto, a aferição da probabilidade de concretização das chances é uma operação que procura traduzir percentualmente nexos *estatístico-factuais*, afirmados em situações análogas, tendo subjacente a ideia de circunscrição de um determinado tipo de lesões, por referência a um quadro *condicional* específico. Referindo-nos especificamente ao âmbito da responsabilidade médica, se a teoria tem o mérito de poder abarcar as debilidades do próprio lesado e de atender à conduta do lesado como conformadora do dano, parece que, lamentavelmente, não se mostra capaz de se aplicar, em concreto, à casuística heterogénea por que prima o específico domínio da responsabilidade a que nos referimos. Aliás, para o ser, exige-se, de todo o modo, a ponderação, em concreto, das várias questões a que fizemos referência na enunciação das esferas de risco, já que, se não forem

ponderadas, o próprio juízo probabilístico estaria inquinado pela omissão de condições, refletindo uma qualquer realidade estatística incompleta, que não necessariamente a do caso concreto — e uma série de hipóteses que não lhe podemos fazer corresponder; e, se forem efetivamente ponderadas, e posteriormente traduzidas em probabilidades, implicarão a mobilização de uma operação/cálculo do montante indemnizatório despendida, face ao disposto no art.º 566.º/3 do CC.

Em jeito de conclusão, aduzimos que tendo em conta que um dos principais motivos para o insucesso das pretensões indemnizatórias dos pacientes-lesados é a incapacidade de provar os pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente o nexo de causalidade, e que a perspetivação deste como um nexo de imputação vem aligeirar as *supra* aludidas dificuldades probatórias, deixa de se justificar a mobilização de uma teoria gizada para um ordenamento que não é o nosso. Com efeito, passando a ser tratada como uma questão normativa, a *causalidade* dependerá do *juízo do julgador* e, nesse sentido, o paciente-lesado terá o ónus de provar o evento lesivo e de evidenciar a contribuição do comportamento do lesante no surgimento do dano, mas, nada mais:⁽⁴⁶⁾ “O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensão normativa da realização *judicativo-decisória* do direito que convocará o *sentido último da pessoalidade* e uma *ideia de risco lido à luz daquela*. Pelo que, em última instância, ficamos libertos das dificuldades que tradicionalmente *agrilhoam o decidente* e o *levam a procurar soluções que vão desde as presunções de causalidade, o alívio do ónus da prova dos caos de dolo e situações especialmente perigosas, as presunções prima facie, a regra id quo plerum que accidit, a regra res ipsa loquitur, o alívio das exigên-*

cias em termos de probabilidades, o recurso a categorias como a perda de chance.”⁽⁴⁷⁾

⁴⁵ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Responsabilidade Civil Extracontratual — Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*, Princípia, Cascais, 2014, pág. 196.

⁴⁶ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 29.

⁴⁷ BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, 2016, pág. 28.

A PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS EM TEMPOS DE (R)EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE SAÚDE

Eduardo Antônio da Silva Figueiredo ⁽¹⁾ | Juliana Filipa Sousa Campos ⁽²⁾

Palavras-Chave: Medicina Personalizada; Farmacogenômica; Dados Genéticos; Proteção de Dados.

Keywords: Personalized Medicine; Pharmacogenomics; Genetic Data; Data Protection.

Resumo: A medicina personalizada, assente no conhecimento do genoma de cada sujeito, conduzirá à (r)evolução dos sistemas de saúde e colocará novos desafios bioéticos, jurídicos, regulatórios e sociais. É necessário, portanto, procurar soluções que impeçam que direitos dos indivíduos possam sair vulnerados no decorrer desse multifacetado processo. Neste ensaio, os autores propõem-se a refletir sobre alguns desses desafios, especificamente os relativos à necessária proteção dos dados genéticos individuais.

Summary: Personalized medicine, which is based on the analysis of the individuals' genome, will lead to a (r)evolution of health systems and will pose new bioethical, juridical, regulatory and social challenges. Is it mandatory, then, that we look for new means to avoid that any of the individuals' rights can be violated during this multifaceted process. In this article, the authors will reflect on some of those challenges, specifically the ones related with the necessary protection of genetic data.

1. Considerações Preliminares

A atual sociedade (mundial) de risco⁽¹⁾ e a estrutural vulnerabilidade do Homem impulsionaram uma incessante busca pelo conhecimento e controlo daquilo que lhe é mais íntimo: os seus genes⁽²⁾. O chamado “Projeto do Genoma Humano”, iniciado nos finais dos anos 90 e concluído em 2003, logrou que se levasse a cabo a sequenciação e mapeamento do genoma, abrindo portas a novas possibilidades e instituindo a “realidade da genética-para-todos”⁽³⁾. Hoje em dia, o ser humano tem a capacidade de “conhecer, prever e mudar” os seus genes, revolucionando os mais variados aspetos da sua vida, em particular, no domínio da saúde. Vejase, a título de exemplo, a inovadora prática da terapia génica — que pode ser levada a cabo através da edição do genoma, quer na linha celular somáti-

195

¹ A expressão foi retirada da obra BECK, Ulrich, *World Risk Society*, Polity Press, 1999 (existem várias reimpressões posteriores).

² Tenha-se em consideração que os genes — enquanto unidades de transmissão genética — são apenas uma pequena parte constituinte do genoma humano, na medida em que este inclui todo o material que se encontra nos nossos cromossomas.

³ Note-se que, após a conclusão do Projeto do Genoma Humano, os custos da sequenciação do genoma diminuíram de forma drástica. Cfr. CORDEIRO, João, “Ethical and legal challenges of personalized medicine: paradigmatic examples of research, prevention, diagnostic and treatment”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n.º 32, vol. 2, Portugal, 2014, p. 167.

¹ *Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas (FDUC)*

Menção em Direito Constitucional

Investigador do CDB – FDUC

² *Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais (FDUC)*

Investigadora do CDB – FDUC

ca, quer germinal^{(4)/(5)} — ou a crescente personalização dos tratamentos médico-farmacológicos — através do desenvolvimento da medicina genómica ou da farmacogenómica.

A crescente tensão entre o direito ao acesso a cuidados básicos de saúde e o progresso biotecnológico, ao qual se liga um direito dos indivíduos de beneficiar do mesmo⁽⁶⁾, tem tornado urgente a reflexão e discussão societária em torno da futura (r)evolução dos sistemas de saúde e dos diversos desafios ético-jurídicos colocados pela mesma.

2. Medicina Personalizada e Farmacogenómica — Que Desafios?

2.1. Uma breve introdução conceitual. Algumas vantagens da personalização do tratamento médico-farmacológico.

Estamos em tempos de (r)evolução dos sistemas de saúde. Cada vez mais, a medicina personalizada⁽⁷⁾ se afirma como uma nova tendência, propondo a

implementação de um novo modelo de medicina que “analisa em pormenor o fenótipo e genótipo do indivíduo com o objetivo de definir uma adequada estratégia terapêutica e o momento certo de a introduzir”; e ainda, “que procura identificar as doenças para que este está predisposto e o momento útil e forma de as prevenir ou minorar”⁽⁸⁾. Assim se rompe com a máxima tradicional de “*one medicine for all the patients with the same disease*”⁽⁹⁾, erradamente crente de que diferentes indivíduos tendem a responder de forma igual (ou, pelo menos, semelhante) quando lhe sejam aplicadas as mesmas terapêuticas para o tratamento de determinada doença. Não obstante, são cada vez mais numerosos os estudos que demonstram que, por exemplo, a constituição genómica de cada sujeito tende a desempenhar uma influência fundamental na forma como ele responderá a uma determinada terapêutica que lhe venha a ser aplicada⁽¹⁰⁾.

Ora, assim sendo, a medicina personalizada procura pautar-se, por um lado, por um discurso de prevenção, identificando o risco de se desenvolve-

do ambiente que o rodeia. Cfr. PINHO, João Renato Rebello, “Medicina de Precisão”, in *Revista Einstein*, n.º 1, vol. 15, S. Paulo, Brasil, p. 7.

⁸ Esta proposta conceitual foi-nos dada a conhecer por HELOÍSA SANTOS, na aula ministrada no 1.º Curso Breve de Pós-Graduação em Biotecnologia e Direito, intitulada “Farmacogenética, Terapia Génica e Medicina Personalizada: Desafios Éticos” e ocorrida no dia 5 de Maio de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; vide ainda, VENTURA, Célia/ SANTOS, Heloísa, “Considerações éticas e científicas sobre a medicina personalizada”, 21.ª Reunião Anual da Sociedade Portuguesa de Genética Humana, Portugal, 2017, p. 40.

⁹ Apesar de a expressão se reportar, essencialmente, ao tratamento farmacológico aplicado a cada paciente (*medicine* = medicamento), utilizamo-la, aqui, num sentido mais amplo: no sentido de terapêutica, não só farmacológica, mas também médica. Cfr. RUIZ GARCÍA, Juan A., “Aspectos Jurídicos de la Medicina Personalizada”, in *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 286, Barcelona, 2005, p. 6.

¹⁰ Por exemplo, algumas pesquisas apontam para que a componente genética seja responsável, em média, entre 20 a 95% da variabilidade na resposta aos medicamentos. Cfr. CHARLAB, Rosane/ ZHANG, Lei, “Pharmacogenomics: Historical Perspective and Current Status”, in *Pharmacogenomics: Methods and Protocols* (ed. por Federico INNOCENTI & Ron VAN SCHAİK), Springer Protocols, 2013, p. 4.

rem certas patologias em pessoas ainda saudáveis, através da avaliação antecipada da sua predisposição genética individual para a contração das mesmas⁽¹¹⁾. Esta informação permitirá que se tomem as medidas mais adequadas e eficazes para prevenir que o paciente venha a padecer dessas enfermidades, por exemplo, por via da modificação do seu estilo de vida, do ambiente em que vive ou desempenha regularmente as suas atividades pessoais e profissionais ou através da aplicação, num momento ainda precoce, de uma terapêutica apropriada⁽¹²⁾. Por outro lado, esta é pautada por um discurso de procura da máxima precisão na realização do diagnóstico médico e de elevada adequação, eficácia e segurança no combate às enfermidades de que o sujeito já padeça, reduzindo-se a probabilidade de ocorrência de reações adversas.

Um dos ramos integrantes da medicina personalizada — e que, *hic et nunc*, nos parece pertinente destacar — é o da farmacogenómica (e da sua antecessora, a farmacogenética⁽¹³⁾), que é o campo de investigação que avalia a relação entre as características genómicas (as variações identificadas) e os respetivos efeitos com relevância farmacológica, analisando, também, como é que esses genótipos influenciam a resposta à administração dos vários fármacos⁽¹⁴⁾. É

¹¹ Tal é o caso de “mulheres com uma mutação deletéria BRCA1 ou BRCA2” que apresentam, relativamente às demais, um risco mais elevado de vir a desenvolver, durante a vida, cancro da mama ou dos ovários. Cfr. REDEKOP, W. Ken/ MLADSI, Deirdre, “The Faces of Personalized Medicine: A Framework for Understanding Its Meaning and Scope”, in *Value in Health*, n.º 16, 2013, p. 5.

¹² Vide VENTURA, Célia, “Questões éticas e sociais da medicina personalizada”, in *Boletim Epidemiológico — Observações*, Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, n.º 19, vol. 6, 2017, p. 44.

¹³ Este termo, cunhado por FRIEDERICH VOGEL, em 1959, visava “definir uma nova ciência que aplicava genética e farmacologia para o estudo da influência da herança genética na resposta aos medicamentos”. Cfr. CHARLAB, Rosane/ ZHANG, Lei, “Pharmacogenomics: Historical Perspective and Current Status”, artigo cit., 2013, p. 5.

¹⁴ Recorremos, uma vez mais, às propostas de Heloísa Santos — v. a nota de rodapé n.º 7.

que, como bem refere FERNANDO REGATEIRO, “da interação de fármacos com as enzimas envolvidas no seu metabolismo podem, por vezes, ocorrer efeitos adversos” que se podem traduzir numa reduzida ação do fármaco com ausência do efeito terapêutico esperado, numa resposta fisiológica exagerada, num aumento dos efeitos colaterais ou no desencadeamento ou precipitação de efeitos caraterísticos de doenças geneticamente determinadas⁽¹⁵⁾.

Em particular, esta prática tem o potencial de vir a reduzir o número de sujeitos que participam nos testes da fase clínica de desenvolvimento dos medicamentos, assim como os seus custos de produção, ao mesmo tempo que incrementará a sua eficácia⁽¹⁶⁾ e segurança. Há também quem entenda que a farmacogenómica conduzirá ao aumento expectável dos chamados “medicamentos órfãos”, que se dirigem a grupos mais restritos de pacientes.

Segundo JOÃO REBELLO PINHO, as áreas onde se têm levado a cabo mais estudos de medicina personalizada são as relacionadas com as doenças infecciosas e oncológicas, embora se denote uma recente extensão dos mesmos à área das doenças metabólicas. Acrescenta o autor que “é possível que testes genéticos sejam desenvolvidos para este fim em um futuro breve, para avaliar o risco de diabetes tipo 2 ou de doenças cerebrovasculares, inclusive com avaliação do microbioma”⁽¹⁷⁾. A personalização do tratamento médico-farmacológico é, pois, uma prática em crescimento exponencial.

¹⁵ Cfr. REGATEIRO, Fernando J., *Manual de Genética Médica*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2.ª reimpressão, 2007, pp. 210-212.

¹⁶ Estudos apontam para que, em regra, os medicamentos só sejam eficazes e seguros para cerca de 60% de uma população, provocando reações adversas nos restantes casos. Cfr. RUIZ GARCÍA, Juan A., “Aspectos Jurídicos de la Medicina Personalizada”, artigo cit., p. 6.

¹⁷ Cfr. PINHO, João Renato Rebello, “Medicina de Precisão”, artigo cit., p. 9.

⁴ Note-se, porém, que a legislação internacional, supranacional e nacional em vigor tende a apontar para a proibição de intervenções que tenham por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência, *silicet* que afete a linha celular germinal dos indivíduos. Cfr. PEREIRA, André Dias, “Gene Editing: A Challenge for Homo Sapiens?”, in *Medicine and Law*, n.º 36, vol. 4, 2017, pp. 19-20.

⁵ A título de curiosidade, tenha-se em conta que o Prémio António Champalimaud de Visão 2018 foi recentemente atribuído a um grupo de cientistas norte-americanos por terem descoberto a cura, através de terapia génica, da chamada Amaurose Congénita de *Leber*, uma forma de cegueira infantil. Cfr. SERAFIM, Teresa, “Prémio Champalimaud para a primeira terapia genética que trata uma forma de cegueira infantil”, in *Jornal Público*, 4 de Setembro de 2018, disponível *online* para consulta em: <<https://www.publico.pt/2018/09/04/ciencia/noticia/premio-champalimaud-para-a-primeira-terapia-genetica-que-trata-uma-forma-de-cegueira-infantil-1842990>>.

⁶ Cfr. FARIA, Paula Lobato/ CORDEIRO, João, “Managing a difficult ethical and legal equilibrium in healthcare: Assuring access to the basics while keeping up with innovation”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n.º 32, vol. 2, 2014, pp. 121-122.

⁷ Mantemos esta designação, embora vários autores venham defendendo que o termo “medicina de precisão” é o mais desejável, porque envolve, além da genética, também a análise do estilo de vida do sujeito e

2.2. Breve síntese dos desafios da medicina personalizada

São múltiplos os desafios que emergem deste modelo personalizado de medicina e que podem afirmar-se como verdadeiros impedimentos à implementação destas práticas nos sistemas de saúde dos vários países a nível mundial.

Estas limitações, como alguns autores lhes chamam⁽¹⁸⁾, apresentam uma índole diversificada e, por isso, tomamos a liberdade de as agrupar de acordo com a sua natureza específica. Assim, estas podem ser qualificadas de técnicas, económico-financeiras, sociais e pessoais. Atentemos, agora, em cada um delas, analisando as suas diferentes projeções ético-jurídicas.

2.2.1. Desafios técnicos

Desde logo, a realização dos ensaios necessários para a deteção de traços genéticos individuais que permitam, *a posteriori*, a personalização do tratamento que é aplicado a cada paciente apresenta alguma complexidade técnica (quer no que diz respeito à sua realização, quer no que toca à sua posterior leitura e interpretação⁽¹⁹⁾) e demanda uma maior interação e cooperação entre os laboratórios e as equipas médicas⁽²⁰⁾. O problema tende a

agravar-se, em tempos de submissão dos testes genéticos às forças liberais do mercado, com o acréscimo de popularidade dos chamados “*direct-to-consumer personal genetic tests*” (DTC-PGT)⁽²¹⁾, alguns deles propiciadores de resultados pouco fiáveis e precisos⁽²²⁾. E não se creia que os profissionais de saúde estão suficientemente preparados para ultrapassar (ou, pelo menos, minorar) estes problemas — na verdade, cada vez mais autores denunciam uma preocupante incapacidade dos mesmos em compreender e interpretar os resultados que lhes chegam, atendendo à sua falta de preparação em genómica e genética clínica. Tal facto afigura-se, ademais, preocupante tendo em conta que, como alerta CÉLIA VENTURA, “a integração da informação genética na restante informação de saúde e a sua democratização para um número crescente de especialidades médicas cria uma maior complexidade e exigência na prática clínica e consequentemente aumenta os riscos de erro médico”⁽²³⁾.

Não podemos, além disso, olvidar que existem múltiplos fatores, além da constituição genética de cada indivíduo, que também fazem variar a resposta às terapêuticas aplicadas — carecendo-se, nessa medida, de estudo aprofundado e cuidado dos mesmos⁽²⁴⁾.

²¹ Vide PERBAL, Laurence, “Une carte d’identité génétique pour demain?”, in *Comptes Rendus Biologiques*, n.º 338, Bélgica, 2015, p. 548.

²² Torna-se, neste contexto, fulcral a avaliação da validade analítica e clínica dos testes genéticos e da sua utilidade clínica. Para dar resposta a esta necessidade, vários países têm licenciado laboratórios para a realização dos ensaios genéticos, exigindo-lhes preparação específica e fiscalizando periodicamente a sua atividade. Cfr. CORDEIRO, João, “Ethical and legal challenges of personalized medicine: paradigmatic examples of research, prevention, diagnostic and treatment”, artigo cit., p. 167.

²³ Cfr. VENTURA, Célia, “Questões éticas e sociais da medicina personalizada”, artigo cit., p. 46.

²⁴ Por essa razão, há quem afirme que é de rejeitar um conceito “estreito” de medicina personalizada, que se baseie unicamente na análise de aspetos individuais estritamente biológicos, deixando de fora a análise de outros relevantes fatores, como o psicológico, social, cultural

2.2.2. Desafios de índole económico-financeira

De um ponto de vista económico-financeiro, impõe-se ter em conta os elevados custos que estão associados à medicina personalizada, indubitavelmente superiores aos da chamada “medicina tradicional”⁽²⁵⁾. Essa circunstância poderá colocar questões de acessibilidade a essas terapêuticas, que se farão sentir quer no plano nacional, quer internacional. Por um lado, pode questionar-se se aquelas pessoas que pretendam beneficiar delas, mas não disponham de meios económicos para tal, terão, efetivamente, apoio no acesso a um tal modelo de medicina. Por outro lado, pode questionar-se se e como é que os países menos desenvolvidos, que não reúnam recursos de diagnóstico adequados, nem profissionais especializados na matéria, de algum modo, poderão aceder ao mesmo⁽²⁶⁾. Colocam-se, portanto, vários problemas atinentes à equidade e igualdade no acesso à saúde, sendo de destacar que, no caso do Estado Português, se encontra constitucionalmente previsto que lhe incumbe prioritariamente “garantir o acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação” (art. 64.º/3/a da CRP).

Ainda nesta linha de reflexão, podemos antever que os países que pretendam desenvolver e imple-

mentar um sistema de saúde que ofereça tratamentos personalizados poderão vir a deparar-se com sérias dificuldades na alocação dos recursos necessários, exigindo-se, para tal, a deslocação de verbas de outras áreas de relevo⁽²⁷⁾.

Cfr. JAIN, Kewal K., *Textbook of Personalized Medicine*, obra cit., p. 653; e ainda, ESPINOSA BRITO, Alfredo, “La Medicina centrada en las personas y la Medicina Personalizada”, in *Medisur*, n.º 6, vol. 13, 2015, p. 923.

²⁵ Talvez isso justifique o apoio limitado por parte dos políticos e governos à personalização da prática médico-farmacológica. Cfr. JAIN, Kewal K., *Textbook of Personalized Medicine*, obra cit., p. 653.

²⁶ Perante as dificuldades práticas de implementação de um modelo de medicina personalizado nos países menos favorecidos, CÉLIA VENTURA pontua que é o princípio da solidariedade para com eles que consagrará uma solução eticamente responsável. Cfr. VENTURA, Célia, “Questões éticas e sociais da medicina personalizada”, artigo cit., p. 46.

mentar um sistema de saúde que ofereça tratamentos personalizados poderão vir a deparar-se com sérias dificuldades na alocação dos recursos necessários, exigindo-se, para tal, a deslocação de verbas de outras áreas de relevo⁽²⁷⁾.

Assim, em suma, não é pensável que se avance para um sistema de saúde personalizado se não existirem recursos que garantam o acesso a este por parte de todos os cidadãos. Tal exigirá, como é claro, uma profunda reflexão ao nível do planeamento estratégico deste “novo” modelo de medicina, impedindo que a sua institucionalização possa implicar a tomada de decisões precipitadas e que possam pôr em causa outros direitos fundamentais dos indivíduos.

2.2.3. Desafios de natureza social e pessoal

A personalização do tratamento médico-farmacológico coloca também desafios que se projetam, simultaneamente, na esfera pessoal e social.

Desde logo, esta mudança de paradigma nos sistemas de saúde pode implicar a transformação e re-compreensão de alguns conceitos já enraizados pelos vários intervenientes dos sistemas de saúde, com consequências psicológicas ainda não avaliáveis para os mesmos.

Acresce que, atenta a complexidade da matéria

²⁷ Vários autores alegam, porém, que estas preocupações tenderão a atenuar-se, mormente tendo em conta a progressiva diminuição do preço dos exames genéticos a realizar. Além disso, há quem refira que a alocação de recursos para personalizar o tratamento médico-farmacológico deve ser encarado como um “investimento” que terá, a médio ou longo prazo, retorno económico-financeiro, mormente com o aumento da taxa de sucesso do tratamento aplicado e diminuição das reações adversas. Por exemplo, nos EUA, as despesas com o tratamento de reações adversas ascendem aos 4 bilhões de dólares por ano, representando 5% dos internamentos e aumentando o período de hospitalização em, pelo menos, dois dias, o que eleva o custo em aproximadamente 2500 dólares por paciente. Cfr. PINHO, João Rebello/ SITNIK, Roberta/ MANGUEIRA, Cristóvão, “Medicina personalizada e o laboratório clínico”, artigo cit., p. 369.

¹⁸ Cfr. JAIN, Kewal K., *Textbook of Personalized Medicine*, 2nd Edition, Humana Press, 2015, p. 652.

¹⁹ Os testes realizados no âmbito da medicina personalizada visam a identificação das variações genéticas dos indivíduos para, com base nisso, se determinar a terapêutica mais adequada, eficaz e segura. Ora, porque o genoma humano comporta biliões de pares de bases, torna-se difícil a procura de variações que estejam diretamente relacionadas com o desenvolvimento da doença. Além disso, não existe total segurança quanto à utilidade clínica de algumas delas, nem da função que estas desempenham tendo em conta o lugar que ocupam. Cfr. CHADWICK, Ruth, “Ethical Issues in Personalized Medicine”, in *Drug Discovery Today: Therapeutic Strategies*, n.º 4, vol. 10, Elsevier, 2013, p. 172.

²⁰ Cfr. PINHO, João Rebello/ SITNIK, Roberta/ MANGUEIRA, Cristóvão, “Medicina personalizada e o laboratório clínico”, in *Revista Einstein*, n.º 3, vol. 12, S. Paulo, Brasil, 2014, p. 367.

em questão, será de duvidar que, em tempos de liberalização do mercado dos testes genéticos, o consentimento dos indivíduos⁽²⁸⁾ para a sua realização seja, ao menos, verdadeiramente esclarecido⁽²⁹⁾. Do mesmo modo, a realização desses testes a crianças e recém-nascidos parece assumir-se como uma questão particularmente delicada. Como refere, neste âmbito, JOÃO CORDEIRO, “em termos de consentimento informado, nem sempre o papel dos pais ou representantes legais é [, neste âmbito,] claro”⁽³⁰⁾.

Além disso, como bem alertam CÉLIA VENTURA e HELOÍSA SANTOS, as conclusões que se retiram dos ensaios genéticos realizados nem sempre se afiguram válidas para todos os grupos populacionais, abrindo portas à criação de novas assimetrias respeitantes a minorias étnicas e raciais. Este cenário, acrescido da ausência de investigação básica nestas populações minoritárias ou do próprio “desinteresse da indústria farmacêutica em comercializar fármacos dirigidos a genótipos órfãos”, põe em causa a “justiça distributiva e a equidade no acesso à saúde”⁽³¹⁾.

Outro elemento a destacar é a possibilidade preocupante de que a informação genética pessoal

²⁸ Neste âmbito, como bem pontua JUAN RUIZ GARCÍA, os pacientes devem prestar o seu consentimento esclarecido para a “realização de ensaios clínicos sobre os quais pretenda utilizar-se a medicina personalizada”, sendo, nesse sentido, previamente informados, de maneira inteligível, do objeto do ensaio, dos seus riscos, das condições do mesmo, dos possíveis resultados obtidos e do seu direito a poder retirar, a qualquer momento, o consentimento previamente dado. Uma vez informado, o paciente deve estabelecer os limites do seu consentimento e deixar claro qual a informação resultante do ensaio que pretende que lhe seja revelada. Cfr. RUIZ GARCÍA, Juan A., “Aspectos Jurídicos de la Medicina Personalizada”, artigo cit., p. 24.

²⁹ Para tal contribuem, do mesmo modo, “o tempo limitado para aconselhamento genético relativamente a estes achados e a pouca literacia genómica da população”. Cfr. VENTURA, Célia, “Questões éticas e sociais da medicina personalizada”, artigo cit., p. 45.

³⁰ Cfr. CORDEIRO, João, “Ethical and legal challenges of personalized medicine: paradigmatic examples of research, prevention, diagnostic and treatment”, artigo cit., p. 168.

³¹ Cfr. VENTURA, Célia/ SANTOS, Heloísa, “Considerações éticas e científicas sobre a medicina personalizada”, cit., p. 40.

em circulação possa ser utilizada como fator de discriminação do seu titular ou da família do mesmo, quer no domínio social, familiar, laboral e das próprias seguradoras.

A este propósito, relembremos que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005), estabelece, no seu art. 11.º, que “nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização”⁽³²⁾.

No âmbito interno, é o art. 13.º/2 da nossa Constituição (CRP) que consagra o princípio da não discriminação, impedindo que qualquer sujeito possa ser discriminado em razão, *inter alia*, do seu património genético⁽³³⁾. Por sua vez, o art. 11.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, reforça que “ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu património genético”.

Feitas estas referências de carácter geral, olhemos, de forma brevíssima, para a legislação anti discriminação em razão do património genético no âmbito laboral e dos seguros.

No domínio laboral, o art. 24.º do Código do Trabalho (CT) menciona que “o trabalhador ou candidato a emprego (...) [não pode ser] privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão,

³² Esta norma, que consagra o princípio da não discriminação, enquanto subprincípio do princípio fundamental da igualdade, pode ser encontrada em múltiplos documentos internacionais e supranacionais, como é o caso dos arts. 11.º e 12.º da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina ou dos arts. 6.º e 10.º da Declaração Universal do Genoma Humano e os Direitos do Homem.

³³ Embora o artigo não mencione expressamente o “património genético” como fator de discriminação, bem sabemos que a lista apresentada não tem carácter taxativo, devendo incluir-se nela outros fatores com base nos quais os sujeitos possam ser, atual ou potencialmente, discriminados.

nomeadamente [do] (...) património genético”. No que diz respeito aos testes genéticos no emprego, a supramencionada Lei n.º 12/2005, no seu art. 13.º, proíbe que os empregadores exijam aos seus atuais ou potenciais trabalhadores, mesmo que com o seu consentimento, a realização de testes genéticos ou a divulgação dos resultados dos testes já previamente realizados. Apenas naqueles “casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou suscetibilidade, ou afetar a sua capacidade de desempenhar com segurança uma dada tarefa”, se pode usar a informação genética pessoal relevante, desde que, única e exclusivamente, em benefício do mesmo. E, note-se, as normas aqui referidas só não se aplicarão em situações muito específicas, como aquelas que “impliquem risco para a segurança ou a saúde pública”. Ainda assim, nesses casos, os testes genéticos só serão admissíveis quando dirigidos a riscos muito graves e se forem relevantes para a saúde atual do trabalhador⁽³⁴⁾.

No âmbito dos seguros, essencialmente de vida e de saúde, a lei deixa claro que as companhias de seguros não podem pedir a realização de testes genéticos aos seus clientes atuais ou potenciais e, com base nisso, lhes recusarem um seguro de vida ou estabelecerem prémios mais elevados. Estão, igualmente, impedidas de utilizar a informação genética resultante da colheita e registo dos antecedentes familiares para os mesmos fins.

Neste cenário, a diversidade genética deve ser estudada e compreendida, protegendo-a de qualquer tipo de interpretações que possam conduzir a discriminações violadoras de direitos fundamen-

³⁴ Cfr. AMADO, João Leal, “Genética e contrato de trabalho: nótula em torno do mandato antidiscriminatório”, in *Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira — Volume 4* (Coord. por João LOUREIRO, André Dias PEREIRA e Carla BARBOSA), Almedina, 2016, p. 59.

tais do indivíduo⁽³⁵⁾. Nas palavras certas de JOÃO LEAL AMADO, “o Estado democrático, que promove a ciência, não poderá converter-se num Estado genocrático, que utilize a despistagem genética (ou permita que esta seja utilizada) para fins incompatíveis com o respeito devido ao princípio da dignidade da pessoa humana”⁽³⁶⁾.

2.2.4. Alguns desafios específicos da farmacogenómica

No que diz respeito à farmacogenómica, tememos, em particular, a possibilidade de incremento da desigualdade na prestação dos cuidados de saúde, especialmente, se o juízo custo-eficácia for colocado no centro do processo de *decision-making* na prestação de determinados tratamentos medicamentosos aos pacientes. É que, se a produção de um medicamento mais eficaz para o tratamento de pacientes com uma certa constituição genómica implicar custos muito mais elevados que o desenvolvimento de um medicamento para outros pacientes com uma constituição genética diferente, corre-se o risco de que os primeiros venham a ver-se sujeitos a recorrer a medicamentos de eficácia reduzida ou, em alternativa, a terem de pagar mais por um medicamento de igual eficácia para o tratamento da mesma enfermidade — circunstância que é, no mínimo, jurídica e eticamente problemática.

E, além disso, será que, em momento algum, se pode recusar o acesso a um indivíduo a um medica-

³⁵ É, pois, inaceitável a existência de biobancos “especializados na seleção de dados referentes a um subconjunto da população com base em noções sociais de raça” ou a proliferação de programas promovidos por empregadores, seguradoras ou governos que usem a informação genética para favorecer certo traço do genoma. Cfr. CORDEIRO, João, “Ethical and legal challenges of personalized medicine: paradigmatic examples of research, prevention, diagnostic and treatment”, artigo cit., p. 170.

³⁶ Cfr. AMADO, João Leal, “Genética e contrato de trabalho: nótula em torno do mandato antidiscriminatório”, artigo cit., p. 55.

mento simplesmente com base no facto de que os resultados dos testes de farmacogenética/ farmacogenómica realizados apontem para uma menor probabilidade de vir a responder positivamente ao mesmo — especialmente não existindo medicamento alternativo disponível⁽³⁷⁾? E quais serão as probabilidades de que, após ter sofrido reações adversas por ter optado por tomar esse medicamento, a resposta do sistema de saúde possa vir a ecoar, de uma forma ou de outra, um cruel “eu bem que te avisei”?

Por outro lado, se a farmacogenómica permite minorar a probabilidade de ocorrência de reações adversas durante o tratamento, contribuindo seriamente para a diminuição dos gastos no seio do sistema de saúde, podem gerar-se fortes pressões sobre os pacientes para que eles aceitem submeter-se, em tempos de escassez de recursos, à realização de testes genéticos antes da prescrição de uma qualquer terapia medicamentosa. Tal pode resultar numa inadmissível vulneração da autonomia do paciente e do seu consentimento livre e informado, irremediavelmente necessário para a realização juridicamente admissível dos mesmos.

Por fim, atenta a variabilidade da eficácia do fármaco consoante a raça ou etnia do sujeito, as situações de discriminação (mesmo que indireta) podem vir a multiplicar-se, mormente com o desenvolvimento prioritário de medicamentos mais seguros e eficazes para indivíduos de raças ou etnias dominantes numa determinada sociedade, tendo em conta o facto de que, dessa forma, o público-alvo tende a ser mais amplo, gerando-se, conseqüentemente, maiores lucros para a indústria farmacêutica.

³⁷ Cfr. ROSE, Nikolas, “Personalized Medicine: Promises, Problems and Perils of a New Paradigm for Healthcare”, in *Procedia — Social and Behavioral Sciences*, n.º 77, 2013, p. 344.

3. Informação Genética — Que Particularidades?

Como é sabido, a informação resultante da realização de testes genéticos possui, nas palavras de ROMEO CASABONA, “caraterísticas especiais que a diferencia de todas as outras”, mormente tendo em conta o seu carácter involuntário (isto é, a sua origem e caraterísticas não dependeram da vontade do indivíduo de quem se projeta), indestrutível (o seu suporte é indestrutível, na medida em que está presente em praticamente todas as células do organismo enquanto está vivo e, normalmente, inclusivamente depois de morto), permanente e inalterável (salvo algumas mutações genéticas espontâneas ou provocadas por engenharia genética ou pela ação de outros agentes exógenos) e singular (não se comparte com outras pessoas, salvo no caso dos gémeos monozigóticos)⁽³⁸⁾.

Além disso, tem-se afirmado que a informação genética é particularmente relevante⁽³⁹⁾ na medida em que, por um lado, apresenta o potencial de ligar material biológico ao indivíduo a partir do qual foi originado — deste modo, permitindo a sua identificação pessoal — e, por outro lado, porque a informação armazenada em biobancos e que tem como principal destino a sua utilização para fins de investigação científica se encontra usualmente ligada a outros dados de saúde do sujeito, afigurando-se fundamental para o diagnóstico e predição da mesma⁽⁴⁰⁾. Acresce, não com menos relevância,

³⁸ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos M., *Los Genes y sus Leyes. El Derecho ante el Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputació Foral de Bizcaia de Derecho y Genoma Humano, 2002, p. 63.

³⁹ Vide, a este propósito, o art. 4.º da Declaração Internacional da UNESCO sobre Dados Genéticos Humanos, de 2003.

⁴⁰ Cfr. CORDEIRO, João, “Ethical and legal challenges of personalized medicine: paradigmatic examples of research, prevention, diagnostic and treatment”, artigo cit., p. 167.

o seu crucial papel para efeitos de estabelecimento da filiação⁽⁴¹⁾.

Por essa razão, é fácil de ver que a informação que se pode obter através da realização de testes genéticos coloca, pela sua natureza delicada e íntima⁽⁴²⁾, alguns desafios, nomeadamente quanto ao seu acesso, utilização e divulgação, na medida em que tal poderá entrar em conflito com direitos e interesses legítimos do sujeito ou de terceiros.

Não obstante, é também verdade que a eficácia desta nova abordagem do exercício da atividade médica, indiscutivelmente mais personalizada, pressupõe uma colocação exaustiva de dados clínicos laboratoriais dos pacientes em bases de dados e redes informáticas (cada vez mais detalhadas, incluindo informações sobre patologias, o grupo populacional, o ambiente, a alimentação e as condições de vida dos sujeitos⁽⁴³⁾) sem controle de circulação e a sua partilha pelos vários atores que intervêm no palco dos serviços de saúde, o que dará aso à existência de grandes quantidades de dados bioinformáticos que demandam essa mesma tutela específica e acrescida⁽⁴⁴⁾.

Em suma, não é de todo recomendável a difusão e acesso não controlado, em especial, aos dados genéticos pessoais de cada sujeito (inclusive depois da sua morte!), mesmo que tal constitua pressuposto essencial da personalização do tratamento

⁴¹ Vide, para todos, LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina: Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na esfera da Genética Humana*, Vol. II, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, pp. 623-626.

⁴² Para mais desenvolvimentos, vide GÓMEZ CÓRDOBA, Ana I., “La Medicina Genómica: un cambio de paradigma y de la medicina moderna — retos para la bioética y el derecho”, in *Revista Latinoamericana de Bioética*, n.º 2, vol. 11, 2011, p. 80.

⁴³ Cfr. PINHO, João Renato Rebello, “Medicina de Precisão”, artigo cit., p. 9.

⁴⁴ Cfr. VENTURA, Célia, “Questões éticas e sociais da medicina personalizada”, artigo cit., p. 45..

médico-farmacológico⁽⁴⁵⁾; antes, se exige regulação clara e cuidada, *inter alia*, em torno das circunstâncias e objetivos que presidem à realização dos testes genéticos, de quem terá acesso à informação que deles resulta, a quem poderão comunicar-se os resultados e sob que condições específicas e quais as medidas de proteção da confidencialidade desses dados.

4. Normaçaõ Aplicável à Proteção de Dados Genéticos

Como bem afirma ANA GÓMEZ CÓRDOBA, “a proteção de dados genéticos dos indivíduos (...) é uma das mais importantes áreas para a reflexão ética e desenvolvimento jurídico, tendo em conta os riscos latentes de reducionismo, determinismo e discriminação genética”⁽⁴⁶⁾.

E a verdade é que é possível, em tempos de internormatividade, encontrar múltiplas normas que visam, quer a nível internacional, quer supranacional, quer interno, proteger a confidencialidade dessa categoria específica de dados⁽⁴⁷⁾.

Por exemplo, já desde 1997 que a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano

⁴⁵ Como bem afirma CÉLIA VENTURA, a verdade é que “a prática clínica da medicina personalizada implica a partilha da informação genética dentro do sistema de saúde, de forma a estar acessível aos vários profissionais que dela necessitem. Tal só será possível pela sua inclusão no processo clínico eletrónico do doente”. Cfr. *Idem*, p. 45.

⁴⁶ Cfr. GÓMEZ CÓRDOBA, Ana I., “La Medicina Genómica: un cambio de paradigma y de la medicina moderna — retos para la bioética y el derecho”, artigo cit., p. 83.

⁴⁷ Como teremos oportunidade de referir mais adiante, este direito à confidencialidade dos dados genéticos faz parte, mas não esgota, o chamado direito de privacidade dos sujeitos, hoje consagrado em múltiplos documentos, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 17º) ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 8º, cujo conteúdo se inspirou no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Convenção 108 do Conselho da Europa para a proteção de pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal). Cfr. CASTRO, Catarina Sarmento e, “Artigo 8.º — Proteção de Dados Pessoais”, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Comentada* (Coord. por Alessandra SILVEIRA e Mariana CANOTILHO), Almedina, 2013, p. 120 e ss.

e os Direitos Humanos realça, no seu art. 7.º, que os dados genéticos devem ter a sua confidencialidade assegurada, independentemente do uso a que se destinam. Por sua vez, a Declaração Internacional da UNESCO sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2004, impõe aos Estados que desenvolvam esforços no sentido de proteger a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável.

Internamente, a Constituição da República Portuguesa, no seu art. 26.º, reconhece ao indivíduo um direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁽⁴⁸⁾ e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. Nesse sentido, o legislador deve estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

Ora, a leitura conjunta deste preceito constitucional e do art. 35.º da CRP — que prevê, no seu n.º 1, um direito geral de acesso dos titulares dos dados aos registos informáticos; no n.º 4, um direito de sigilo dos dados pessoais informatizáveis e à sua não interconexão e, no seu n.º 3, o direito ao não tratamento de certos tipos de dados pessoais⁽⁴⁹⁾ —, pode extrair-se o chamado “direito à autodeterminação informacional”. Em suma, este

aglutina no seu seio um poder de controlo sobre os dados pessoais (o que implica o livre acesso, esclarecimento, contestação, retificação, atualização e eliminação dos mesmos), de um direito à sua não difusão (tutelando-se a privacidade e confidencialidade⁽⁵⁰⁾) e de um direito ao não tratamento dos dados sensíveis, os quais incluem, indubitavelmente, a informação genética do sujeito.

No âmbito legal, importa que olhemos para o regime consagrado na já mencionada Lei n.º 12/2005, relativa à informação genética pessoal e informação de saúde.

Começa o art. 6.º do supramencionado diploma por referir que “a informação genética é a informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo, excluindo-se desta definição a informação derivada de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gémeos, dos estudos de identificação genética para fins criminais, bem como do estudo de mutações genéticas somáticas no cancro” (n.º 1). Mais adiante, deixa-se claro que todos os cidadãos têm o “direito de saber se um processo clínico, ficheiro ou registo médico ou de investigação contém informação genética sobre eles próprios e a sua família e de conhecer as finalidades e usos dessa informação, a forma como é armazenada e os prazos da sua conservação” (n.º 6).

⁴⁸ Note-se que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) português, em acórdão de 27 de Setembro de 2003, já deixou claro que “a tutela do direito à intimidade da vida privada [se desdobra] em duas vertentes: a proteção contra a intromissão da esfera privada e a proibição de revelações a ela relativas” e que “a saúde faz parte da individualidade privada do ser humano e, assim, do assegurado resguardo da vida particular contra a eventualidade de divulgação pública”.

⁴⁹ E note-se que este artigo consagra um dos direitos, liberdades e garantias ao qual é reconhecida eficácia horizontal, vinculando não só o Estado e as entidades públicas em geral, mas também todas as entidades privadas detentoras de ficheiros de dados pessoais. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* — Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 551 e 557.

⁵⁰ Nas palavras certas de RUI NUNES: “o direito à privacidade pretende proteger a liberdade individual, delimitando uma zona da vida privada virtualmente inacessível a qualquer intromissão externa. Assim, a confidencialidade do ato clínico está contida nesse conceito mas não a esgota, sendo uma das vertentes de maior aplicação prática”. Cfr. NUNES, Rui, *GeneÉtica*, Almedina, 2013, p. 104; e ainda, para maiores desenvolvimentos na distinção de ambos os conceitos, FARIA, Paula Lobato/ CORDEIRO, João, “Health data privacy and confidentiality rights: crisis or redemption?”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n.º 32, vol. 2”, 2014, p. 125 e ss.

Além disso, devem a informação de saúde e a informação genética encontrar-se rigorosamente separadas, mormente quando esta não tenha implicações imediatas para o estado de saúde atual do sujeito, não podendo, nesses casos, ser incluída no processo clínico.

Prevê-se, igualmente, e *quicá* de forma demasiado genérica, que devem ser tomadas medidas legislativas e administrativas de proteção da informação genética, nomeadamente no que diz respeito ao acesso, segurança e confidencialidade deste tipo de dados.

No que diz respeito, especificamente, à realização dos testes genéticos, o diploma em análise limita-se a pontuar que “a realização de testes genéticos diagnósticos ou de farmacogenética obedece aos princípios que regem a prestação de qualquer cuidado de saúde” (art. 9.º/1), embora, em certos casos específicos previstos no n.º 2, se exija que os mesmos sejam feitos “a pedido de um médico, com a especialidade de genética e na sequência da realização de consulta de aconselhamento genético⁽⁵¹⁾, após consentimento informado, expresso por escrito”.

A comunicação dos resultados é, em regra, feita ao próprio, a quem legalmente o represente ou por ele venha a ser indicado. Assim, à partida, a comunicação dos resultados a terceiros não é permitida sem que se obtenha, previamente, a devida autorização do titular dos dados. Apesar disso, e porque não nos revemos em posições extremadas, defendemos, assim como STELA BARBAS, que a proteção da privacidade genómica, embora seja de extrema importância, não deve ter prioridade sobre a

“vida, a saúde e a segurança da população”⁽⁵²⁾, pelo que se reclama uma harmonização cuidada entre os valores em conflito.

Além disso, a comunicação dos resultados dos testes genéticos pode (e, nós diríamos, deve) ser precedida de uma séria avaliação psicológica e social do sujeito, o que bem se compreende tendo em conta a natureza da informação aí contida.

É neste contexto que surge, de forma bastante relevante, o chamado “direito a não saber”, hoje consagrado no art. 10.º/2 da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CDHB): “Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”⁽⁵³⁾.

JOÃO LOUREIRO explica-nos, de forma eloquentíssima, o porquê da sua importância: é que “conhecer o genoma pode ser: um saber de perdição — o conhecimento das predisposições genéticas para certas enfermidades ou de algumas doenças monogenéticas pode afetar gravemente a existência; um saber de salvação, no caso de a informação permitir adotar medidas de prevenção ou de adequada terapia; um saber de libertação, desde logo em pessoas que pertencem a famílias com histórias de risco e que descobrem, por via dos testes, que

⁵² Cfr. BARBAS, Stela, *Direito do Genoma Humano*, Almedina, 2007, pp. 419-420.

⁵³ Vide, também, o art. 5.º/c da Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos; o art. 10.º da Declaração Internacional da UNESCO sobre os Dados Genéticos Humanos; o art. 7.º/d da Declaração dos Direitos do Paciente, da Associação Médica Mundial; e a Tabela 7 das “*Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and the Provision of Genetic Services*”, da Organização Mundial de Saúde. Cfr. PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, n.º 9, Coimbra Editora, 2004, p. 467 e ss; e ainda, ANDORNO, Roberto, *Principles of International Biolaw: seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Éditions Bruylant, 2013, pp. 164-165.

⁵¹ Sobre o tema específico das consultas de aconselhamento genético, vide NUNES, Rui, *GeneÉtica*, obra cit., pp. 99-103.

os genes não as traíram”⁽⁵⁴⁾.

Ora, assim sendo, parece razoável que, ante manifestação de vontade de um sujeito nesse sentido⁽⁵⁵⁾, este seja poupado de frustrações desmesuradas decorrentes do conhecimento dos resultados dos testes genéticos e que possam afetar a sua percepção da própria vida⁽⁵⁶⁾. Ainda que com o advento da medicina personalizada se corra o risco de que o conhecimento da informação genética pessoal se torne a regra — e não a exceção —, devem os sujeitos continuar a ver assegurada a opção de manter-se na ignorância, afastando-se a presunção nem sempre correta de que um claro conhecimento da constituição genética pessoal permite ao indivíduo usufruir de uma maior autonomia⁽⁵⁷⁾. Note-se, porém, que, tal como acontece com a maioria dos direitos, o direito a não saber não é absoluto, podendo ter de ceder, nomeadamente quando estejam em causa interesses legítimos ou direitos de terceiros (p.e. membros da família ou a própria sociedade em geral) ou quando conflite com o dever

de informação do médico⁽⁵⁸⁾. Não se olvide nunca, porém, que se o conhecimento é poder, a ignorância pode ser uma bênção⁽⁵⁹⁾!

5. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais — Que Novidades?

O “novo” Regulamento Geral sobre Proteção de Dados Pessoais (mais conhecido por “RGPD”), que revogou a anterior Diretiva 95/46/CE⁽⁶⁰⁾, foi emanado com a finalidade de aumentar a efetividade e promover a harmonização da proteção de dados pessoais na arena europeia⁽⁶¹⁾, a partir do interessante conceito de “*privacy by design*”⁽⁶²⁾. Este entrou em vigor desde o dia 24 de Maio de 2016, mas a sua aplicação efetiva só se verificou dois anos depois, a partir do dia 25 de Maio de 2018.

⁵⁸ Vide BARBAS, Stela, *Direito do Genoma Humano*, obra cit., p. 402.

⁵⁹ Cfr. PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 449, disponível *online* em: < <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20médica.pdf>>.

⁶⁰ Este surge no âmbito de um projeto de reforma da Diretiva comunitária anteriormente vigente (que constituiu, nas palavras de SOFIA CASEIRO, um “marco essencial na história dos dados pessoais” — cfr. CASEIRO, Sofia, “The Fundamental Rights in Data Protection – A transnational problem with different approaches: a comparative study”, in *Constitutionalism in a Plural World* (ed. por Catarina Santos BOTELHO, Luís Heleno TERRINHA e Pedro COUTINHO), Universidade Católica Editora, Porto, 2018, p. 208), tendo em conta os avanços das tecnologias de informação e comunicação, que transformaram a coleta, armazenamento e transferência de grandes quantidades de dados pessoais. Acresce que a anterior Diretiva não conseguiu trazer harmonia e consistência na proteção de dados a nível europeu, tendo sido transposta de formas muito diversificadas pelos vários Estados-membros da União. Isso explica que agora se tenha optado por adotar um regulamento — que, pela sua natureza, é diretamente aplicável. Cfr. SHABANI, Mahsa/ BORRY, Pascal, “Rules for processing genetic data for research purposes in view of the new EU General Data Protection Regulation”, in *European Journal of Human Genetics*, n.º 26, Springer Nature, 2017, p. 150.

⁶¹ Cfr. *Idem*, p. 149.

⁶² Apesar dos seus custos e implicações técnicas, esta abordagem poderá ser a “chave para prevenir a violação da confidencialidade desde o zero”. Cfr. FARIA, Paula Lobato/ CORDEIRO, João, “Health data privacy and confidentiality rights: crisis or redemption?”, artigo cit., p. 127.

Segundo o regulamento, dados pessoais correspondem a “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável⁽⁶³⁾”. Alguns desses dados são classificados, ao abrigo do diploma, como dados sensíveis. Neste sentido, pode ler-se no ponto 51 do seu preâmbulo, que “merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos” para esses mesmos direitos e liberdades⁽⁶⁴⁾. Por essa razão, a legislação europeia confere-lhes uma proteção acrescida, prevendo requisitos especialmente exigentes para efeitos de acesso e processamento dessa informação — por exemplo, exige-se, para tal, consentimento expresso, inequívoco, prévio, para cada finalidade e acompanhado de prova confiável do mesmo⁽⁶⁵⁾.

E note-se, lendo o art. 9.º/1 do diploma em análise podemos verificar que “é proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos (...)”, *scilicet* dos “dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designa-

⁶³ É identificável “uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador”, como é o caso de um ou mais elementos específicos da sua identidade genética. Cfr. SALDANHA, Nuno, *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados*, FCA — Editora de Informática, 2018, p. 31.

⁶⁴ É aquilo a que a doutrina vem chamado de “enfoque do risco”. Cfr. AUTORIDAD CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Principales Novedades del RGPD”, disponível *online* em: <<http://apdcat.gencat.cat/es/documentacio/RGPD/novetats/>>, acesso em 21 de Setembro de 2018.

⁶⁵ Cfr. SALDANHA, Nuno, *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados*, obra cit., p. 45.

damente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa, nomeadamente da análise de cromossomas, ácido desoxirribonucleico (ADN) ou ácido ribonucleico (ARN), ou da análise de outro elemento que permita obter informações equivalentes” (ponto 34 do preâmbulo).

O tratamento de dados sensíveis pode, não obstante, não ser proibido nos casos previstos no art. 9.º/2 do RGPD, nomeadamente nos casos em que “o titular der o seu consentimento explícito para o tratamento desses dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas” (alínea a); para proteger interesses vitais do titular dos dados, no caso de este estar impossibilitado de dar o seu consentimento (alínea c); se esses dados forem “manifestamente tornados públicos pelo titular” (alínea d); se forem necessários “para efeitos de medicina preventiva ou de trabalho” (alínea h⁽⁶⁶⁾) ou “por motivos de interesse público, no domínio da saúde pública” (alínea i)⁽⁶⁷⁾.

Pode, assim, verificar-se, como bem pontua o ponto 53 do preâmbulo do diploma, que “o presente regulamento [estabeleceu] condições harmonizadas para o tratamento de categorias especiais de dados relativos à saúde, tendo em conta necessidades específicas”. Ademais, autorizaram-se os Estados-membros a manter ou introduzir outras condições, incluindo limitações, no que diz respeito ao tratamento de dados genéticos, dados biométricos ou dados relativos à saúde, desde que tal não im-

⁶⁶ Dispõe o n.º 3 do art. 9.º que: “os dados pessoais referidos no n.º 1 podem ser tratados para os fins referidos no n.º 2, alínea h), se (...) forem tratados por ou sob a responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional”.

⁶⁷ Estas duas últimas alíneas “vieram formalizar uma justificação legal para os usos regulatórios de dados pessoais de saúde no próprio setor de saúde e farmacêutico”, sem prejuízo da necessária garantia de confidencialidade dos mesmos. Cfr. BOARDMAN, Ruth/ MULLOCK, James/ MOLE, Ariane, *Guide to the General Data Protection Regulation*, Bird & Bird, 2017, p. 19, disponível *online* em: <<https://www.twobirds.com/~media/pdfs/gdpr/pdfs/bird--bird--guide-to-the-general-data-protection-regulation.pdf>>.

⁵⁴ Cfr. LOUREIRO, João, “Genética, moinhos e gigantes: Quixote revisitado: deveres fundamentais, sociedade de risco e biomedicina”, in *Derecho y Genética: Un reino de la sociedad del siglo XXI* (Ed. por Agustín JORGE BARREIRO), Madrid, p. 36.

⁵⁵ A regra é, pois, a de que cada sujeito conheça as informações sobre o seu estado de saúde — o “direito a não saber” não pode deixar de ser visto, neste contexto, como exceção (o que implica que este não possa ser presumido, pressupondo manifestação explícita da vontade do sujeito para a sua ativação). Cfr. ANDORNO, Roberto, *Principles of International Biolar: seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, obra cit., pp. 171-172.

⁵⁶ Neste sentido, pode o conhecimento genético alterar a consciência do indivíduo, a sua autoestima, controlou ou condicionar a realização de determinadas condutas. Cfr. RUIZ GARCÍA, Juan A., “Aspectos Jurídicos de la Medicina Personalizada”, artigo cit., p. 36.

⁵⁷ Aliás, é nessa mesma autonomia, *lato sensu* considerada, que se funda o próprio “direito a não saber”, entendido como uma espécie de sublimação ou “melhoramento” da mesma. A finalidade primordial deste direito é, porém, a defesa da integridade psicológica e emocional do sujeito. Vide, a este propósito, ANDORNO, Roberto, *Principles of International Biolar: seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, obra cit., pp. 166-167.

peça a livre circulação de dados pessoais na União, quando essas condições se apliquem ao tratamento transfronteiriço desses dados.

Não é demais recordar, também, que, segundo o RGPD — e em evidente novidade face ao regime anterior⁽⁶⁸⁾ —, cabe ao “responsável pelo tratamento [dos dados⁽⁶⁹⁾] responder por toda a implementação do regulamento e pela colocação da organização em *compliance*”, isto é, em conformidade com ele. Nesse sentido, essas pessoas estão encarregues de “assegurar a conformidade das operações de tratamento com a legislação sobre proteção de dados”, devendo estar em condições de provar, a todo o tempo, que levaram a cabo todas as medidas técnicas e organizativas para garantir essa mesma conformidade⁽⁷⁰⁾ — é o chamado princípio da responsabilidade proactiva⁽⁷¹⁾.

Embora muito houvesse a dizer acerca das novidades trazidas por este importante ato de direito derivado da União em matéria de proteção de dados pessoais, nomeadamente genéticos, não poderemos, *hic et nunc*, estender-nos mais na sua análise. Resta, pois, referir que se tem lutado por uma maior confidencialidade dos dados pessoais de cada indivíduo, tornando o seu consentimento a pedra angular de todo o sistema. Poderá, porém, dizer-se que, em tempos como os atuais, esse consentimento é, na maioria das vezes, verdadeiramente esclau-

recido quanto ao modo como esses dados vão ser empregues? Temos sérias dúvidas de que a resposta seja positiva...

6. Perspetivas de Futuro — Uma Conclusão

Disse ALFREDO ESPINOSA BRITO que “a sequenciação do genoma marca um antes e um depois para a história da Medicina”⁽⁷²⁾. E a verdade é que, percorrido este breve caminho, não nos parece exagerado dizer que a medicina personalizada terá um efeito revolucionário — por outros apelidado de “disruptivo”⁽⁷³⁾ — no atual sistema de saúde, acarretando inúmeras vantagens, mas também sérios desafios técnicos, económico-financeiros, sociais e pessoais, com inúmeras refrações no plano ético-jurídico, que, de modo algum, podem ser subestimados.

Nesse sentido, refletimos, ainda que de forma breve, acerca da questão da (porventura, cada vez mais ameaçada) privacidade e confidencialidade dos dados genéticos de cada sujeito, realçando o carácter particular desse tipo de informação e abordando alguns dos reptos colocados pela crescente generalização da partilha das bases de dados pessoais e genéticos e de biobancos para efeitos de investigação biomédica, tão necessária para a crescente personalização do tratamento médico-farmacológico. Concluimos que, neste âmbito, o silêncio já não é suficiente para a proteção desses dados pessoais⁽⁷⁴⁾, impondo-se a tomada de medidas efetivas nesse sentido.

Já dizia STAN LEE que “com grandes poderes,

⁷² Cfr. ESPINOSA BRITO, Alfredo, “La Medicina centrada en las personas y la Medicina Personalizada”, artigo cit., p. 922.

⁷³ Cfr. VENTURA, Célia, “Questões éticas e sociais da medicina personalizada”, artigo cit., p. 47.

⁷⁴ Cfr. FARIA, Paula Lobato/ CORDEIRO, João, “Health data privacy and confidentiality rights: crisis or redemption?”, artigo cit., p. 132.

vem grande responsabilidade”. Talvez por isso tenha sentido terminar este artigo realçando que o sucesso da medicina personalizada depende, não apenas do apoio da comunidade científica, médica ou política, mas sim do empenho da própria comunidade em geral⁽⁷⁵⁾, que deve, neste contexto, primar por uma atitude de verdadeira cautela e res-

ponsabilidade. Só assim se evita uma previsível (r) evolução dos sistemas de saúde que reduza, de forma determinística, o ser humano ao seu património genético⁽⁷⁶⁾ e que fique marcada pela sucessiva e inadmissível vulneração dos seus direitos e liberdades fundamentais.

⁷⁵ Cfr. ANNAS, George J., “Personalized medicine or public health? Bioethics, human rights, and choice”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n.º 32, vol. 2, 2014, p. 161.

⁷⁶ Cfr. NUNES, Rui, *GeneÉtica*, obra cit., p. 107.

⁶⁸ Outras relevantes novidades foram a consagração do chamado “direito à portabilidade dos dados pessoais” e o “direito a ser esquecido”. Cfr. FARIA, Paula Lobato/ CORDEIRO, João, “Health data privacy and confidentiality rights: crisis or redemption?”, artigo cit., p. 130.

⁶⁹ Segundo o art. 4.º/7 do RGPD, este “é a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outros, determina as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais”.

⁷⁰ Cfr. SALDANHA, Nuno, *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados*, obra cit., pp. 49-50.

⁷¹ Vide AUTORIDAD CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Principales Novedades del RGPD”, cit.

UNIFORMIZAÇÃO, COLETIVIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO PROCESSUAL DA TUTELA DA SAÚDE SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Elton Venturi ⁽¹⁾ | Thais Goveia Pascoaloto Venturi ⁽²⁾

Palavras-Chave: Saúde pública. Políticas públicas. Acesso à justiça. Precedentes. Tutela coletiva. Processo estrutural. Análise econômica do direito.

Keywords: Public health. Public policies. Access to justice. Precedents. Collective actions. Structural process. Economic analysis of the law.

Resumo: A uniformização de critérios decisórios a partir de precedentes das Cortes Superiores, a coletivização e a estruturação dos processos adjudicatórios de conflitos envolvendo o controle e a implementação de políticas públicas — dentre as quais a da saúde — são caminhos imprescindíveis para a racionalização e a equidade da proteção dos direitos fundamentais. Tais técnicas, aliadas à internalização de premissas econômicas básicas que devem orientar o processo político e jurídico de tomada de decisões a respeito da implementação das políticas públicas, apontam possíveis caminhos para a proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde de forma adequada, isonômica e equitativa.

Abstract: The standardization of criteria through precedents of the Superior Courts, the collectivization and the structuring of the adjudicatory processes involving the control and implementation of public policies — among them health care — are essential ways that allows rational and equitable protection of fundamental rights. These techniques, linked to the internalization of basic economic premises that should guide the political and legal decision-making process regarding the implementation of public policies, direct to possible ways to enable the protection of fundamental rights to life and health in an adequate and equitable way.

Sumário: 1. O controle judicial das políticas públicas: da reserva do impossível ao estado de coisas surreal — 2. A uniformização de critérios para a tutela jurisdicional da saúde por via dos precedentes das Cortes Superiores — 3. A coletivização das demandas para a implementação de políticas públicas da saúde 4. A estruturação dos processos de implementação de políticas públicas — 5. A instrumentalidade da análise econômica do direito para a definição de políticas públicas de saúde e para a adjudicação dos conflitos delas derivados.

211

¹ Visiting Scholar na Universidade da Califórnia — Berkeley Law School
Visiting Scholar na Universidade de Columbia — Columbia Law School
Estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa
Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor adjunto dos cursos de graduação e de pós-graduação do Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná
Procurador Regional da República

² Visiting Scholar na Fordham Law School — New York
Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná
Coordenadora dos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito da Universidade Positivo
Professora de Direito Civil da Universidade Positivo e da Universidade Tuiuti do Paraná
Mediadora titulada pela Universidade da Califórnia — Berkeley
Advogada

1. O Controle judicial das políticas públicas: da reserva do impossível ao Estado de coisas surreal

O tema relativo à judicialização das políticas públicas, apesar de não ser recente, tornou-se extremamente caro ao sistema de justiça brasileiro na medida em que crescem exponencialmente, pelo país afora, demandas judiciais pelas quais são pleiteadas as mais diversas prestações por parte do Poder Público a fim de garantir o bem-estar social.

Objetiva-se, em geral, a afirmação dos direitos e das garantias fundamentais inscritas na Constituição Federal de 1988, sonegadas ou insatisfatoriamente prestadas pela Administração Pública no campo da saúde, da segurança pública, da educação e de outros direitos sociais essenciais.⁽³⁾

Especificamente no campo da saúde pública, nada obstante os argumentos utilizados em defesa do Poder Público, sobretudo a chamada *reserva do possível* — que envolve uma análise econômica a respeito da contraposição entre orçamento público, despesas com a manutenção do sistema único de saúde e despesas específicas acarretadas pela concessão de tutelas jurisdicionais -,⁽⁴⁾ o Poder Judiciário brasileiro tem se revelado bastante sensível e categórico na priorização da salvaguarda da vida e da saúde, enquanto direitos fundamentais integrantes do *mínimo existencial*.⁽⁵⁾

A orientação do sistema jurisdicional nacional,

³ Segundo pesquisa do Instituto Datafolha (<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica>) divulgada em 17/4/2018, a corrupção ocupa o primeiro lugar na lista das maiores preocupações dos brasileiros, sendo apontada por 21% das pessoas abordadas. Em seguida, aparece a saúde (19%) e depois o desemprego e a violência (13%). Acessado em agosto de 2018.

⁴ A respeito dos inúmeros entraves administrativos à realização das políticas públicas de saúde, BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (orgs). *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵ Nessa linha, o já famoso precedente do STF assenta: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” (ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004).

neste particular, não faz mais do que afirmar o pretensioso projeto de Estado Social Democrático de Direito sonhado pelos legisladores da *Constituição Cidadã* que nos foi presenteada em 1988.

Sob a perspectiva da teoria dos direitos e garantias fundamentais, aliás, são conhecidas e frequentes as críticas opostas contra a oficial defesa do Estado, por muitos visto como o inimigo que teima em descumprir a missão que lhe foi constitucionalmente atribuída de custear e garantir a vida e a saúde de seus cidadãos, não importa a qual preço.

Todavia, os rumos da judicialização dos conflitos envolvendo o controle e a implementação das políticas públicas no Brasil apontam para a consagração do princípio da *reserva do impossível*.

A indiscriminada e bilionária⁽⁶⁾ concessão judicial de prestações que afetam o sistema único de saúde vem sendo percebida no âmbito de milhares de demandas individuais que não pretendem já agora tão somente arguir a inexecução das políticas públicas previamente projetadas pelo SUS.⁽⁷⁾

A percepção de que muitos magistrados, por ativismo ou por constrangimento, simplesmente esquivam-se de qualquer preocupação quanto à verificação de repercussões sistêmicas ou macroeconômicas de suas decisões — sobretudo em relação

⁶ Entre os anos de 2010 e 2016, só a União Federal destinou R\$ 4,5 bilhões para atender a determinações judiciais de compra de medicamentos, dietas, suplementos alimentares, além de depósitos judiciais. Estima-se que até o final do ano de 2017, os gastos dos Estados, Municípios e da União Federal tenham atingido a cifra de R\$ 7 bilhões, conforme notícia extraída do CNJ (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85896-cnj-debate-judicializacao-da-saude-em-audiencia-publica>). Acessado em maio de 2018.

⁷ Ainda segundo Mariana MUNIZ (Jota, edição de 12.12.2017), no ano de 2017 pendiam no sistema de justiça brasileiro aproximadamente 1,5 milhão de processos ligados a temas relacionados à saúde. Somente entre os anos de 2008 a 2015, os gastos da União e dos Estados cresceram 1.300% devido às demandas judiciais por fornecimento de medicamentos (fonte: www.jota.info/justica/processos-sobre-judicializacao-da-saude-chegam-15-milhao-em-2017-12122017). Acessado em agosto de 2018.

à evidente quebra da isonomia entre os utentes das mesmas políticas públicas -, representa sedução irrefreável para o ajuizamento de ações objetivando seja imposto à União, Estados e Municípios (solidários responsáveis pela gestão da saúde pública)⁽⁸⁾ arcar com medicamentos e procedimentos de alto custo.

Em tais casos, para além da duvidosa eficácia das terapias pretendidas, a princípio nenhuma preocupação subsiste com sua eventual extensão a todos os demais desafortunados cidadãos acometidos pelos mesmos infortúnios.

A *reserva do impossível* e o *estado de coisas surreal* por ela criado precisam ser seriamente debatidos pelos pensadores e operadores do sistema de justiça brasileiro, no intuito de se estabelecer objetivos, mecanismos, procedimentos e atores aptos à difícil e imprescindível tarefa de racionalizar e re-dimensionar a judicialização das políticas públicas — dentre as quais a da saúde.

Não é apenas a judicialização da saúde que está em xeque, mas a saúde da própria judicialização: o Poder Judiciário, sob pena de perda de legitimidade, não pode mais esquivar-se de sua responsabilidade pelas escolhas sociais, políticas e econômicas que é obrigado a fazer no cumprimento de sua inafastável missão constitucional.

Não é difícil constatar, aliás, que a indiscriminada e desordenada concessão de tutelas individuais em temas afetos exclusivamente à política pública da saúde viola as garantias e princípios que o sistema constitucional lhe atribui.

Com efeito, os dois fundamentais dispositivos da Constituição Federal que enunciam a saúde

⁸ A jurisprudência do STJ fixou-se no sentido da existência de solidariedade passiva entre os entes federativos no que tange a prestações relativas à saúde pública. Precedentes: AgRg no REsp 1028835/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008, AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 14/09/2010.

como dever do Estado e direito de todos estabelecem claramente três paradigmas constitucionais que devem orientar a pertinente política pública: a *universalidade*, a *isonomia* e a *preventividade*.⁽⁹⁾

Recentes dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referentes às ações judiciais na área da saúde no ano de 2016 revelam, todavia, que o sistema de justiça nacional segue em direção oposta.

Sistematicamente o Poder Judiciário defere tutelas *individuais* que, para além de inextensíveis a outros cidadãos que padecem das mesmas enfermidades (negando a universalidade e tratando os iguais desigualmente), revelam-se eminentemente curativas (e não preventivas).⁽¹⁰⁾ Assim, paradoxalmente, a “tutela da saúde à brasileira” em verdade nega e impede a implementação das diretrizes constitucionais a respeito da garantia das políticas públicas correlatas.

Não é preciso grande esforço para se concluir que é mais do que tempo de se reequacionar a tutela jurisdicional da saúde no Brasil, de modo a conciliar a imprescindível proteção da saúde e da vida de cada cidadão com a eficiente implementação de uma política pública que se revele efetivamente universal, igualitária e, preferencialmente, preventiva.

Por isso, no sentido da racionalização do sistema de justiça nacional para a resolução de contro-

⁹ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”. “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I — descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II — atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III — participação da comunidade.”

¹⁰ De acordo com o levantamento do CNJ (relatório “Justiça em Números” relativo ao ano de 2016), ao menos 1.346.931 processos com o tema saúde tramitaram no Judiciário naquele ano. A imensa maioria tratava de demandas individuais eminentemente curativas.

vérsias envolvendo políticas públicas, merece amplo debate e aprofundamento a adoção das técnicas de *uniformização*, *coletivização* e *estruturação* procedimental.⁽¹¹⁾

Tais técnicas, aliadas à internalização de premissas econômicas básicas que devem orientar o processo político e jurídico de tomada de decisões a respeito da implementação das políticas públicas, apontam possíveis caminhos para a viabilização da proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde de forma adequada, isonômica e equitativa.

1. A uniformização de critérios para a tutela jurisdicional da saúde por via dos precedentes das Cortes Superiores

Diante da explosão da judicialização da saúde, gradativamente o sistema de justiça brasileiro vem fixando parâmetros mínimos, verdadeiras *guidelines* que se prestam, acima de tudo, a orientar os magistrados no indeferimento de demandas evidentemente abusivas. Ao mesmo tempo, referidos parâmetros intentam viabilizar tratamento minimamente isonômico.

O primeiro grande passo nesse sentido foi dado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, quando foram remetidos à sua deliberação diversos pedidos de suspensão de decisões liminares deferidas para custeamento dos mais variados tratamentos e medicamentos não fornecidos pelo SUS.

Dentre as ordens que se visava sustar estavam: o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas

¹¹ Sobre a necessidade de racionalização da judicialização da proteção dos direitos fundamentais à luz do princípio da igualdade, SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

em UTIs e leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, e o custeio de tratamentos médicos fora do domicílio do paciente, inclusive no exterior.⁽¹²⁾

Por iniciativa do Ministro Gilmar Mendes, foi realizada uma audiência pública na qual foram ouvidos cerca de 50 especialistas, dentre os quais advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, no intuito de se obter informações técnicas, administrativas e econômico-financeiras a respeito da gestão da saúde pública no país.

Com base nos dados colhidos, o STF teve a oportunidade de reafirmar, preliminarmente, a própria viabilidade constitucional de o Poder Judiciário imiscuir-se no controle de políticas públicas envolvendo o sistema de saúde pública. A seguir, o tribunal acabou ponderando a respeito das consequências globais da destinação de recursos públicos para beneficiar apenas os indivíduos autores das ações judiciais.⁽¹³⁾ Concluindo o julgamento o STF

¹² Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n.ºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n.ºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n.ºs. 2361, 2944, 3345 e 3355.

¹³ Destacam-se do voto do relator de referidos pedidos de suspensão, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, as seguintes passagens: “Se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da efetiva cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias (...). Nesse aspecto, não surpreende o fato de que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias econômicas do direito (...). Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso” (STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, div. 29-04-2010, pub. 30.4.2010).

estabeleceu algumas diretrizes para o sistema de justiça a respeito da concessão de tutelas em ações referentes à saúde pública.

Especificamente no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA n.º 175), o plenário da Suprema Corte definiu certos pressupostos ou parâmetros que devem ser observados pelos magistrados quando do julgamento das ações relativas às prestações relacionadas à saúde, estabelecidos em ordem de prioridade de cumprimento.

Em primeiro lugar, segundo o STF, faz-se necessário indagar se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Em tais casos, o Poder Judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente. Na hipótese de inexistir política pública específica a satisfazer a pretensão do autor da demanda, deve o magistrado verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos administrativos do SUS.

Caso não haja previsão do tratamento pelo SUS, segundo o Supremo Tribunal Federal, deve o magistrado ponderar três situações diversas:

- i) quando a não prestação pelo SUS decorrer de uma omissão legislativa ou administrativa, a dispensação do tratamento seria a princípio dependente do registro do medicamento na ANVISA ou, quando menos, prova efetiva de sua eficácia, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas de saúde pública do Ministério da Saúde);
- ii) Por outro lado, quando a não prestação pelo SUS derivar de decisão administrativa de não fornecimento, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo,

que será privilegiado em detrimento de outros., ressalvando-se contestação judicial a respeito no caso de ineficácia do tratamento. Na hipótese de a pretensão deduzida na ação disser respeito a medicamentos e tratamentos experimentais, o Estado não está obrigado a fornecê-los;

- iii) Por fim, caso se trate de pretensão de aquisição de tratamentos novos ainda não incluídos nos protocolos do SUS, mas já fornecidos pela rede particular de saúde, as tutelas judiciais podem ser deferidas desde que seguidas de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares.

Após a fixação dos mencionados critérios por via do julgamento da STA 175, o Supremo Tribunal Federal ainda afetou dois recursos extraordinários ao regime de repercussão geral — ambos relacionados à judicialização da saúde.

No âmbito do *RE 566471* discute-se a respeito da obrigação do Poder Público ao fornecimento de medicamentos de alto custo.⁽¹⁴⁾

Já no âmbito do *RE 657718*, a tese de repercussão geral relaciona-se à obrigatoriedade do Estado ao fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária

¹⁴ Conforme rerratificação da tese pelo relator, “o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade — adequação e necessidade —, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.” À tese da repercussão geral restou assim definida: “Saúde — Assistência — Medicamento de Alto Custo — Fornecimento. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.” (RE 566471, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 15/11/2007, DJe-157, div. 06/12/2007, pub. 07/12/2007, DJ 07/12/2007, p. 016).

— Anvisa.⁽¹⁵⁾

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já afetou recursos especiais ao regime de julgamentos repetitivos (para fins de criação de precedentes vinculantes ao sistema de justiça) em matéria de saúde.

Dois precedentes já foram firmados pelo STJ.

Segundo definido pela Corte (Tema 84), “Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.”⁽¹⁶⁾

Também definiu o STJ (tema 98) a possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento a pessoa desprovida de recursos financeiros.⁽¹⁷⁾

Ainda pendente na Corte a definição a respeito da obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.⁽¹⁸⁾ Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais n.º REsp 1.726.563/SPP e REsp 1.712.163/SP representativos da controvérsia repetitiva (Tema 990), na qual se discute se as operadoras de planos de saú-

de estão obrigadas ou não a fornecer medicamento importados sem registro na ANVISA.

Como se percebe, as Cortes Superiores avançam na fixação de precedentes vinculantes no campo da judicialização da saúde, o que revela promissora notícia no caminho da racionalização da prestação jurisdicional em tal matéria.

Todavia, a fixação de precedentes, por si só, não garante a distribuição efetiva, adequada e isonômica da proteção à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros.

É preciso, nesse sentido, repensar a *forma* da prestação jurisdicional em matéria de saúde, o que suscita os temas da *coletivização* e da *estruturação* dos processos judiciais.

2. A coletivização das demandas para a implementação de políticas públicas da saúde

Os direitos fundamentais à vida e à saúde podem ser inferidos a partir de dimensões *difusa*, *coletiva* e *individual*, segundo classificação estabelecida no sistema normativo brasileiro.⁽¹⁹⁾

¹⁹ O código de defesa do consumidor (Lei n.º 8.078/1990) implementou expressa e didática conceituação a respeito dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, § único). Enquanto os dois primeiros são compreendidos como *transindividuais e indivisíveis*, os direitos individuais homogêneos decorrem da origem comum que liga diversas pretensões ontologicamente individuais. Sobre o tema, na doutrina italiana, Mauro CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pádua: CEDAM, 1976; Massimo VILLONE, *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso, La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato*. Milão: Giuffrè Editore, 1976; Guido ALPA, *Interessi diffusi*, *RePro* 81/146-159, São Paulo: RT, janeiro-março/1996 e Andrea PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuais) innanzi al giudice civile ordinario, Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pádua: CEDAM, 1976. Na doutrina nacional, GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984; NERY JR., Nelson. A ação civil pública, *RePro* 31/224-232, São Paulo: RT, julho-setembro/1983; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, São Paulo: Malheiros, 2007; WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”. In: *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

A partir disso, o acesso à justiça para se requerer tutela jurisdicional da vida e da saúde no Brasil é viável tanto em âmbito individual (mediante demandas propostas diretamente pelos cidadãos interessados na própria proteção) como também por via representativa em âmbito coletivo. Por iniciativa de instituições legitimadas, as ações coletivas, caso julgadas procedentes, projetam eficácia *erga-omnes* ou *ultra-partes*. Segundo o sistema de tutela coletiva nacional, ainda, as ações coletivas não induzem litispendência para as demandas individuais correlatas, o que teoricamente autoriza a confluência de umas e outras.⁽²⁰⁾

Essa dualidade de acessibilidade ao Poder Judiciário permitida pelo sistema nacional revela-se especialmente complexa quando se pretende a implementação ou a execução de políticas públicas, na medida em que pode projetar diferentes pretensões de tutela (difusa, coletiva e individual). A judicialização da saúde é um bom exemplo disso.

A grande questão passa a ser *como* o Poder Judiciário pode equacionar e racionalizar a proteção da saúde em todas as dimensões referidas.

Trata-se de garantir o acesso individual de todos aqueles que necessitem prestação jurisdicional urgente para a proteção da própria vida e saúde, sem descuidar do necessário controle judicial da adequação e constante atualização da política pública previamente projetada pelo Poder Público, no Brasil, por via do sistema único de saúde.

Se por um lado há inegável direito de ação in-

dividual para tutela particular de cada cidadão ao seu próprio bem-estar, por outro lado, os limites e pressupostos para que tal acessibilidade seja garantida são extremamente discutíveis, na medida em que invariavelmente impactam estrutural e financeiramente na respectiva política pública.

O que se percebe com nitidez é, em muitos casos, uma verdadeira *apropriação privada da política pública* por parte dos autores de demandas individuais que, relembre-se, não mais se contentam em tão somente exigir do Estado a dispensação de medicamentos e terapias por ele previamente definidas como de distribuição geral, gratuita e equitativa.⁽²¹⁾

Cada vez mais, na exata medida dos avanços científicos, tecnológicos e informacionais, os utentes do sistema de saúde ostentam pretensões de acesso a tratamentos e medicamentos muitas vezes sequer imaginados pelos gestores públicos. Não é preciso grande esforço para se compreender de que maneiras tais pretensões — levadas ao sistema de justiça por via de milhares de demandas individuais — impactam (quando não inviabilizam) o sistema único de saúde.

Por tal motivo, bem avançadas as discussões a respeito dos fundamentos e limites político-constitucionais da intervenção jurisdicional nas políticas públicas no Estado Social, o grande desafio que se coloca atualmente ao sistema de justiça brasileiro relaciona-se à *forma* de se permitir e garantir o

²⁰ Conforme dispõe o art. 104 da Lei n.º 8.078/1990, “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

²¹ Na crítica destacada por Daniel Wei Liang WANG “o caráter coletivo dos direitos sociais requer que políticas sejam pensadas coletivamente, o que os juízes, em regra, não fazem, principalmente porque não possuem informações essenciais para pensar uma política pública e também pela própria estrutura de um processo judicial, que se concentra no caso concreto objeto da disputa”. (Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. Cadernos gestão pública e cidadania, v. 14, n. 54 — jan./junho de 2009, disponível no endereço <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/44185/43066>). Acessado em agosto de 2018.

¹⁵ Iniciado o julgamento, a tese foi reformulada pelo relator (Ministro Marco Aurélio Mello), em decisão proferida em 28/09/2016, ganhando a seguinte redação: “O Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na Anvisa, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem”. Com a afetação do mencionado recurso extraordinário ao regime de repercussão geral, o STF determinou a imediata suspensão de todos os processos que envolvem a adjudicação do tema referido, sempre ressalvada a possibilidade da concessão de tutelas de urgência por parte dos magistrados de origem.

¹⁶ REsp 1069810/RS.

¹⁷ REsp REsp 1474665/RS e REsp 1101725/RS.

¹⁸ Tema 106, afetado a partir do [REsp 1657156/RJ](https://www.stj.jus.br/imprensa/vernoticia.php?id=1657156) e do [REsp 1102457/RJ](https://www.stj.jus.br/imprensa/vernoticia.php?id=1102457/RJ).

controle jurisdicional da efetiva e adequada prestação da saúde.

Nesse passo, a *coletivização* da tutela jurisdicional referente à execução das políticas públicas preexistentes e à implementação de outras tantas omitidas pelo Poder Público parece ser o caminho a se seguir.

O acesso coletivo à justiça para a afirmação de políticas públicas em um país como o Brasil, por inúmeros e já bem conhecidos motivos, revela-se absolutamente imprescindível e estratégico. A afirmação faz sentido não apenas porque o acesso individual ao Poder Judiciário ainda é precário, ineficiente e ainda capturado por poucos atores, mas, sobretudo, porque a funcionalidade do sistema de tutela coletiva é a única que se presta, ao menos em teoria, a garantir a proteção universal, isonômica e equitativa para todos os administrados.⁽²²⁾

Mas a coletivização da tutela referente à política pública da saúde não deve ser encarada tão somente como uma aspiração social ou política: ela é, antes de tudo, uma imposição técnica do sistema processual brasileiro.

Neste sentido, não nos convence a tese segundo a qual a *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais implicaria a inviabilidade de se restringir o ajuizamento de demandas coletivas por parte de qualquer cidadão que se considerasse desatendido por parte do Estado.⁽²³⁾

²² Atuações típicas do Poder Judiciário que favoreçam indivíduos ou grupos de indivíduos em determinados casos concretos podem inviabilizar planejamentos de políticas públicas de longo prazo, destinadas a proteger um número maior de pessoas. Como já advertiam Cass R. SUNSTEIN e Stephen HOLMES, o juiz decide qual a melhor forma de se aplicar esses recursos escassos, mesmo sabendo pouco ou quase nada sobre a política pública em questão, as finanças públicas e a capacidade de gasto do poder público, ou a respeito de outros problemas sociais que suscitem uma atuação o governamental. *The cost of rights*, New York, W. W. Norton & Company, 1999, p. 95)

²³ Como recentemente sustentou SARLET: “Já no que diz com a controvérsia em torno da tutela individual e/ou coletiva do direito

Na verdade, sob o ponto de vista da própria *titularidade* das pretensões de tutela da saúde, carecem os cidadãos de *legitimidade ativa ad causam* para, por via de demandas individuais por eles propostas, deduzir pedidos de tutelas referentes a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O sistema processual coletivo nacional confere referida legitimação tão somente para instituições previamente definidas (o Ministério Público, a Defensoria Pública, as associações civis, os sindicatos e as pessoas jurídicas de direito público).

Toda e qualquer pretensão de intervenção jurisdicional direcionada a impor ao Poder Público *implementação ou inovação de políticas públicas* alicerça-se nas premissas de universalidade, de isonomia e de equidade. Assim sendo, a evidente dimensão geral e transindividual dessas pretensões qualificam-nas como relativas a *interesses ou direitos transindividuais*, não sendo deduzíveis, portanto, por via de ações individuais na exata medida em que *inexiste direito subjetivo puramente individual à alteração ou à inauguração de uma nova política pública*.

Por via de demandas individuais (sempre cabíveis, sob a premissa da inafastabilidade), somente é dado aos autores pleitear a *execução* de políticas

à saúde, muito embora a complexidade do tema e a diversidade dos argumentos não tenham permitido um inventário completo e nem uma análise pormenorizada, é possível, à luz das premissas lançadas e sumariamente desenvolvidas, apostar no acerto da tese de que tanto os direitos sociais (como, de resto, os direitos fundamentais no seu conjunto), em geral, quanto o direito à saúde, em particular, possui uma dupla dimensão individual e coletiva, e, nesta medida, uma titularidade — no que diz com a condição de direitos subjetivos — igualmente individual e transindividual, tal como acertadamente vem sendo reconhecido pelo STF. Cuida-se, portanto, de direitos de todos e de cada um, de tal sorte que o desafio é saber harmonizar — sem que ocorra a suspensão de uma das dimensões — ambas as perspectivas.” SARLET, Info Wolfgang. Titularidade dos direitos fundamentais e processo: uma análise à luz do direito à saúde. In *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: RT, 2017, p. 125.

públicas previamente estabelecidas e que estejam sendo olvidadas ou insatisfatoriamente prestadas, gerando lesão ou ameaça de lesão a direito individual patrimonial e ou extrapatrimonial.

O sistema processual clássico, que rege a admissão, tramitação e julgamento das ações individuais, funda-se precisamente na lógica da referibilidade entre a legitimidade ativa *ad causam* (ligada à afirmação da titularidade da pretensão individual deduzida) e a formação da coisa julgada restritamente entre as partes. Por outro lado, o sistema processual coletivo foi projetado para viabilizar a representação em juízo dos interesses ou direitos transindividuais (tais como se revelam as pretensões de implementação de políticas públicas) objetivando a extensão da eficácia do julgado *erga-omnes*.

Assim sendo, relativamente à judicialização da saúde, a *lógica* do sistema de tutela jurisdicional brasileira conduz à conclusão técnica de que, sempre que a pretensão extrapolar o controle judicial da adequada *execução* da política pública da saúde para o fim de suscitar verdadeira *intervenção* do Poder Judiciário (por exemplo, para que novas terapias ou medicamentos passem a ser incorporados e dispensados universalmente pelo SUS), a *forma* de se invocar a tutela jurisdicional deve se dar única e exclusivamente por via das demandas coletivas.

Essa lógica processual, que coloca nos seus devidos lugares as demandas individuais e as demandas coletivas no campo da judicialização da saúde, já foi há muito prescrita por Luiz Roberto Barroso como um dos parâmetros indispensáveis para a racionalização do controle jurisdicional dessa política pública no país. São suas as seguintes conclusões:⁽²⁴⁾

A) As pessoas necessitadas podem postular ju-

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizon-

dicialmente, em *ações individuais*, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo — União, Estado ou Município — que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

B) No âmbito de *ações coletivas* e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas — de ordem médica, administrativa e orçamentária — competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas — para a modificação das listas — o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

Longe de acarretar suposta violação de acesso à justiça, tal fórmula vem ao encontro não apenas da garantia do devido processo legal como, também, da igualdade, da universalidade e da equidade de tratamento efetivo de todos os cidadãos brasileiros.

Todavia, a realidade da praxe forense brasileira aponta para um absoluto descontrole no que diz respeito à admissibilidade de demandas individuais e coletivas no campo da saúde.

te, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>. Acessado em agosto de 2018.

Seja pela desconsideração de que não há legítima pretensão individual à alteração de políticas públicas, seja pela persistente ignorância das diferenças técnicas entre os sistemas de tutela jurisdicional individual e coletiva, não é possível simplesmente desconsiderar a realidade imposta pelo constante ajuizamento de milhares de demandas individuais ao longo do sistema de justiça brasileiro pelas quais se deduz pretensões de verdadeira alteração da política pública de saúde.

O que fazer com elas? Simplesmente inadmiti-las e instar as entidades colegitimadas a ajuizar as demandas coletivas correlatas? Ou admiti-las e conferir-lhes um regime especial de tramitação que implique modalidade de conversão de demanda individual em demanda coletiva?

O novo código de processo civil brasileiro pouco ou nada auxilia na busca por respostas para a racionalização do sistema de justiça.

Por um lado, a mera comunicação judicial endereçada às instituições legitimadas ao ajuizamento de ações coletivas a respeito da possível ocorrência de demandas repetitivas, objetivando a provocação do ajuizamento de demandas coletivas, parece não garantir nem uma coisa, nem outra.⁽²⁵⁾

Por outro lado, a única previsão contida no texto do novo CPC aprovado pelo parlamento que

versava sobre tutela coletiva — relativa à *conversão de ações individuais em ações coletivas* — não foi sancionada, sendo vetada pela presidência da república por força de forte oposição da Ordem dos Advogados do Brasil.⁽²⁶⁾

Apesar do veto à coletivização de demandas individuais, ainda assim parece viável, de *lege lata*, solução que pragmaticamente conduz a resultado similar. Vetos parlamentares, sempre é bom lembrar, não constituem *legislação negativa*, vale dizer, não constituem de *per si* qualquer óbice para que resultados práticos equivalentes aos idealizados pelo texto vetado possam vir a ser construídos por via de interpretações sistemáticas e teleológicas.⁽²⁷⁾

É, em nosso entender, precisamente o que ocorre com a possível coletivização das ações individuais de tutela da saúde.

Instaurada uma demanda individual que pretenda impor ao SUS custeamento de novos tratamentos ou medicamentos em prol do autor — ainda que, para nós, trate-se de hipótese de ilegitimidade ativa *ad causam*, como adiante defendemos -, nada impede que, após analisada possível medida de urgência necessária à proteção da saúde e da vida do demandante, o processo possa vir a ser efetivamente coletivizado. Para tanto, bastaria a convo-

²⁶ Eis o texto vetado do art. 333 do CPC: “Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I — tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II — tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”.

²⁷ Sobre o assunto, VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 134.

cação de entidades colegitimadas (dentre as quais, a Defensoria Pública e o Ministério Público) para que, em querendo, viessem a assumir o polo ativo da demanda, redimensionando-a a uma dimensão transindividual, no intuito da obtenção de eficácia erga-omnes do provimento de procedência.⁽²⁸⁾

Entretanto, como adiante esclarecemos, a coletivização deve ser acompanhada de uma necessária estruturação do procedimento, a viabilizar uma gestão processual que permita, por exemplo, a relativização de preclusões (sobretudo de alterações objetivas e subjetivas da demanda), decisões e execuções estruturais.

3. Da estruturação dos processos de implementação de políticas públicas

A pura e simples coletivização das pretensões de inovação das políticas públicas, tal como a da saúde, por si só, não é suficiente para garantir adequada e igualitária proteção jurisdicional aos utentes do sistema único de saúde.

Isso se deve ao fato de que o sistema processual coletivo brasileiro, em que pese estar fundado em racionalidade e principiologia próprias e distintas daquelas inerentes ao sistema processual individual,⁽²⁹⁾ ainda é gravemente refém do procedimen-

²⁸ Nesse exato sentido, Eduardo CAMBI e Marcos Vargas FOGAÇA sustentam que “apesar do veto ao incidente de coletivização, como é dever do juiz determinar o saneamento de vícios processuais (art. 139, inc. IX, CPC), o princípio da instrumentalidade recomenda que o magistrado, ao invés de indeferir a petição inicial por falta de condição da ação e resolver o processo sem julgamento de mérito (arts. 330, inc. I, e 485, inc. I, CPC), aplique, por analogia o disposto no artigo 9º da Lei 4.717/65, com reforço do artigo 139, inc. X, do CPC, e oficie a um dos colegitimados para, querendo, prosseguir no curso da ação, com a possibilidade de aditar ou emendar a petição inicial, a fim de transformar a ação, inicialmente individual, em coletiva”. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015. In: *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 389-409, Mai.-Ago. 2017, p. 407.

²⁹ A respeito dos princípios fundamentais da tutela coletiva, VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

to comum ditado pela lógica das ações individuais.

Como não há previsão de relevantes especializações procedimentais da ação civil pública e das demais ações coletivas nacionais, acaba se aplicando às demandas coletivas o rito comum do código de processo civil.⁽³⁰⁾

A adoção do rito comum previsto pelo código de processo civil às ações coletivas, para além de ser de duvidosa constitucionalidade, gera notória deficiência, insuficiência e subversão do sistema de tutela jurisdicional dos interesses ou direitos transindividuais.

Há muito destacamos, apenas como ilustração, a necessidade de adoção de um modelo diferenciado de *devido processo social* para a legítima adjudicação das demandas coletivas no país. Isso implicaria profundas alterações não apenas na *forma* de ser do processo coletivo, mas em sua compreensão como instrumento democrático de proteção dos direitos e garantias sociais fundamentais e da promoção das políticas públicas correlatas.⁽³¹⁾

Dentre as possíveis alterações procedimentais imprescindíveis para adequar os processos coletivos à sua natural complexidade,⁽³²⁾ pode-se destacar a subdivisão das demandas coletivas de acordo com as espécies de tutelas deduzidas, a relativização do sistema de preclusões relacionadas às eventuais necessidades de alterações subjetivas e objetivas e a estrutu-

³⁰ Conforme o art. 19 da Lei nº 7.347/1985, “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil (...) naquilo em que não contrarie suas disposições”.

³¹ VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso a justiça e o devido processo social. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Vol. 39. Curitiba, 1996.

³² Sobre a necessidade de adequação procedimental aos diversos e complexos objetos litigiosos versados pelo direito processual civil, CAPONI, Remo. *Processo e complexidade*. Trad. Michele Pedrosa Paumgartten. Revista Eletrônica de Direito Processual — REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017. Disponível em www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/31697/22471.

²⁵ Conforme dispõe o art. 139 do CPC, “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X — quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”. Referido dispositivo, em verdade, não representa nem inovação, nem realista perspectiva de aperfeiçoamento do sistema de tutela coletiva, na medida em que deriva de outro dispositivo normativo existente desde 1985 no país, mas comumente ignorado. Segundo o art. 7º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

ração das decisões e da execução da tutela coletiva.⁽³³⁾

Acima de tudo, não se pode olvidar que os processos adjudicatórios envolvendo a implementação de políticas públicas parecem não admitir — ao menos sob o ponto de vista de legitimidade democrática — a simples substituição das escolhas constitucionalmente imputadas ao Poder Público pelas escolhas do adjudicador — o Poder Judiciário.⁽³⁴⁾

Estudos sobre estruturação dos processos de implementação de políticas públicas vêm se disseminando e densificando na doutrina nacional, fundamentalmente preocupada em criar condições para um diálogo processual institucional entre os Poderes Públicos para a adequada tutela dos direitos fundamentais.⁽³⁵⁾ A respeito da especialização do procedimento judicial para a solução de conflitos envolvendo a implementação de políticas públicas, inclusive, há projeto de lei em tramitação perante a Câmara dos Deputados.⁽³⁶⁾

³³ Muitas dessas alterações já foram idealizadas e sugeridas pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009 (nova Lei da ação civil pública).

³⁴ Consoante WANG, “Em um Estado democrático é indispensável que decisões sobre alocação de recursos sejam reservadas aos poderes políticos, pois estes foram democraticamente eleitos pelo povo para tanto e estão sujeitos a avaliações, principalmente nas eleições periódicas, o que não ocorre com os membros do Poder Judiciário”. WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. *Cadernos gestão pública e cidadania*, v. 14, n. 54 — jan./junho de 2009, disponível no endereço <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/44185/43066>. Acessado em agosto de 2018.

³⁵ Dentre todos, vide ARENHART, Sérgio e JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017; COSTA, Susana Henriques da., WATANABE, Kazuo e GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodium, 2017.

³⁶ Trata-se do PL nº 8058/2014, proposto pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, a partir de projeto acadêmico coordenado pela saudosa professora Ada Pellegrini Grinover. Dente as características dos processos especiais para o controle e intervenção em políticas públicas, conforme dispõe o Parágrafo único do art. 2º de referido PL, destacam-se: “I — estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II — policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III — dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais

Para tanto, parece claro que o *modo de ser* do processo civil deve ser repensado quanto aos critérios de admissibilidade, procedimentalização, julgamento e execução. O necessário envolvimento do Poder Público nessas demandas — não apenas como *parte demandada*, mas como *ente representativo democraticamente eleito e constitucionalmente encarregado das escolhas políticas* -, deve acarretar profundas alterações *dos* e *nos* processos adjudicatórios, conforme explica ARENHART:

Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional. Sem dúvida, essa flexibilização é essencial para a adequada proteção de certos interesses. Com efeito, a especialização

Poderes e a sociedade; IV — de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V — colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI — flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII — sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII — tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX — que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X — que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI — que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.”

de certos órgãos da Administração Pública podem torná-los, em relação ao órgão jurisdicional, um ambiente muito mais apropriado para a especificação das prestações específicas a serem realizadas ou mesmo para a avaliação da suficiência das medidas adotadas para a proteção do direito tutelado.⁽³⁷⁾

Entretanto, para além (e antes) de se repensar o processo de adjudicação do controle e implementação de políticas públicas, é necessário apostar fortemente no modelo de justiça consensual recentemente institucionalizado no Brasil, ancorado nos chamados *meios adequados de resolução de conflitos* (mediação, conciliação, negociação e arbitragem, dentre outros).⁽³⁸⁾

Se o tradicional método de adjudicação se revela de duvidosa legitimidade e adequação quando utilizado para solucionar conflitos envolvendo o controle e implementação de políticas públicas, os instrumentos resolutórios consensuais surgem não como “alternativas”, mas antes como instrumentos mais adequados para tal objetivo.

Nesse sentido, a mediação, a conciliação e a negociação — porque construídos a partir de uma racionalidade baseada menos na contraposição entre os litigantes do que na coordenação dos envolvidos para a obtenção da melhor solução do conflito -, surgem como mecanismos teoricamente idôneos a viabilizar a coordenação dos esforços das entidades administrativas que devem atuar para a promoção dos direitos fundamentais em grau universal e

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acessado em fevereiro de 2018.

³⁸ A institucionalização dos mecanismos de resolução consensual dos conflitos no Brasil pode bem ser inferida a partir da edição da lei de mediação (Lei nº 13.140/2015), assim como do novo código de processo civil (Lei nº 13.105/2015), que determinou a obrigatoriedade da tentativa de solução consensual pré-processual e endo-processual.

equitativo.

5. A instrumentalidade da análise econômica do direito para a definição de políticas públicas de saúde e para a adjudicação dos conflitos delas derivados

A uniformização, a coletivização e a estruturação dos processos adjudicatórios dos conflitos envolvendo o controle e a implementação de políticas públicas são caminhos imprescindíveis para a racionalização e a equidade da proteção dos direitos fundamentais.

Tais técnicas devem ser empregadas à luz da análise econômica do direito, precisamente na medida em que se revela instrumento que orienta as escolhas (administrativas e judiciais) não apenas mais racionais, mas sobretudo eficientes e igualitárias.

É preciso, contudo, compreender o sentido e os limites da aplicação da análise econômica do direito em um sistema de justiça tradicionalmente refratário a qualquer influência econômica quando da proteção de direitos fundamentais:

Em primeiro lugar, devem-se considerar as próprias limitações inerentes à ciência econômica, que se pretende meramente descritiva dos padrões de comportamento social. Por isso mesmo, as maiores críticas voltadas contra a análise econômica dizem respeito à assunção de premissas que se revelam muitas vezes irrealis ou inatingíveis (unrealistic assumptions), ao emprego de um modelo estático de verificação do equilíbrio das relações sociais e ao reducionismo ao qual aparentemente conduz, na medida em que relega a realidade a um pequeno número de parâmetros puramente econômicos. Tais críticas (cuja pertinência usualmente é refutada pela doutrina da law and economics), to-

davia, não são capazes de obscurecer a relevância da análise econômica para a complementação e o enriquecimento do estudo do direito. Por outro lado, ao Direito não satisfaz uma leitura puramente econômica das relações jurídicas no intuito de orientar o legislador ou o julgador a respeito dos melhores caminhos em busca da maior eficiência. Isso porque, independentemente dela (e mesmo em desfavor dela), o próprio ordenamento constitucional dos “Estados Sociais” (como o brasileiro) já erige um complexo e amplíssimo sistema de garantias de direitos fundamentais (individuais e metaindividuais), cuja proteção prometida, muitas vezes, revela-se incompatível com os mais óbvios critérios de eficiência econômica. Esse antagonismo acima destacado, aliado a um possível superdimensionamento que vitimou a análise econômica do direito nas últimas décadas, acabou por criar um notável preconceito contra o seu emprego, sobretudo em relação àqueles que nela veem uma indevida mecanização da distribuição da justiça ou o triunfo do mercado sobre os direitos fundamentais.

(...) A aproximação entre Direito e Economia, portanto, deve estar devidamente informada pela diversidade fundamental das próprias racionalidades envolvidas que, se, por um lado, oportuniza o surgimento de importantes e cada vez mais ampliados modelos interpretativos dos fenômenos juridicamente relevantes, recomenda, por outro, que os juristas encarem a análise econômica muito mais como um instrumento que propicia a adequação do Direito ao tempo e ao espaço social do que um modelo finalístico com pretensões de ditar, autonomamente, o comportamento dos sistemas de justiça.”⁽³⁹⁾

³⁹ VENTURI, Thaís G. P. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo:

Um bom exemplo de adoção da racionalidade econômica para a construção de políticas públicas na área da saúde — ou para a possível resolução de conflitos dela derivados — pode ser inferido do modelo inglês.

A solução implementada no Reino Unido para a gestão de demandas individuais na área da saúde foi a criação do chamado índice *QALY* (*Quality Adjusted Life Years*), utilizado pela agência reguladora (*National Institute for Health and Care Excellence — NICE*).⁽⁴⁰⁾

Por via desse índice, calcula-se a razoabilidade e a viabilidade do fornecimento de um específico tratamento mediante cálculo que envolve a expectativa de vida do paciente com a terapia, multiplicada pela qualidade de vida, dividida pelo custo. Se o índice for baixo, o *NICE* não incorpora o tratamento em seu atendimento. Para além da adoção de referido índice, estabeleceu-se ainda um teto de 30 mil libras anuais que o governo inglês pode gastar com tratamentos individuais. Custos que excedam referido teto devem ser arcados pelo cidadão.⁽⁴¹⁾

Estaria, contudo, o sistema de justiça brasileiro preparado para incorporar as premissas da *law*

Malheiros, 2014, p. 144-148.

⁴⁰ Segundo Lara de Nornonha e FERREIRA, “Os *QALYs* (*Quality-Adjusted Life Years*) são utilizados quando estão em causa estas decisões sobre alocação de recursos no sector da saúde (tanto em termos particulares, como em decisões da sociedade em geral) como auxílio à tomada de decisão. Foram desenvolvidos na década de 70, como uma forma de integrar os ganhos em saúde de alterações, tanto em qualidade de vida, como em quantidade de vida, e integrar também ganhos entre indivíduos. Aquando do seu desenvolvimento, pretendia-se que os *QALYs* incorporassem tanto a morbilidade (ganhos em qualidade) como a mortalidade (ganhos em quantidade), combinando-as numa única medida”. Utilidades, *QALYS* e medição da qualidade de vida. In: *Associação portuguesa da economia da saúde* (documento de trabalho nº01/2002), disponível em http://apes.pt/wp-content/uploads/2015/05/dt_012002.pdf. Acessado em agosto de 2018.

⁴¹ Conforme informa WANG, Daniel Wei Liang. *Revista Consultor Jurídico*, 12 de março de 2018. Acessível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/judicializacao-saude-beneficia-mercado-pesquisador>. Acessado em setembro de 2018.

& *economics* para a gestão do sistema único de saúde ou para a adjudicação dos milhares de conflitos dele exsurgidos?

A resposta depende do quão universal, efetiva e isonômica se deseja venham a ser as políticas públicas de saúde no Brasil.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS DO BRASIL

Felipe Dutra Asensio¹⁾ | Vanessa Velasco Hernandes Brito Reis

Palavras-chave: *Direito à Saúde; Judicialização da Saúde; Responsabilidade Solidária*

Resumo: *A saúde foi consagrada como direito de todos e um dever do Estado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em 1990, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) e estabelecidos os direitos e deveres destinados a promoção, proteção e recuperação da saúde através da formação de uma rede hierarquizada, regionalizada e descentralizada e com atribuições comuns e exclusivas dos entes federativos (União, Estados e Municípios). Com a repartição de competências, observa-se que aproximação entre o direito e a saúde tem gerado desafios administrativos ao pacto federativo; isso por que, tem sido incomum a observância de regras administrativas de repartição de responsabilidades em saúde pelos juizes. O pre-*

sente estudo versa sobre a competência comum e solidária dos entes da Federação para o fornecimento de medicamentos, e busca apresentar os principais avanços dos limites e desafios de se reconhecer a responsabilidade solidária entre a União, Estado e Município em casos de judicialização da saúde no Brasil. Considerando todos os julgados, à primeira vista, o reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes da Federação pode parecer fortemente positivo sob o prisma do usuário, que terá mais atores possíveis no polo passivo de eventual pleito judicial. Porém, sob o prisma da gestão, pode trazer desafios econômicos, administrativos e sistêmicos principalmente para os municípios, que são os principais réus das ações judiciais em saúde no Brasil.

227

Introdução

A primeira premissa para entender a direção do SUS e a responsabilidade solidária é que o Brasil se organiza como um sistema político federativo. A federação possui três esferas de governo, quais sejam: união, estados e municípios. Além disso, destaca-se a existência do distrito federal. Pela Constituição de 1988, todas as essas esferas ou entes possuem autonomia administrativa e não têm entre si uma vinculação hierárquica.

Este federalismo deve ser considerado no estudo da saúde. Por exemplo, apesar de haver uma distribuição de competências e atribuições entre os entes da federação, a opção política da saúde foi em reforçar o papel dos municípios. Por conta do princípio da descentralização, estes entes passaram

¹ Professor Adjunto da UERJ/UCP/USU, no Brasil, e da Ambra, nos Estados Unidos. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista de Produtividade “Jovem Cientista do Nosso Estado” da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ). felipedml@yahoo.com.br

² Mestre em Direito pela UCP. Especialista em Direito Processual Tributário pela UNIDERP. Advogada formada pela UNIFLU. Procuradora do Município de Petrópolis/RJ. Professora Substituta da FND/UF RJ. Membro do corpo editorial da Multifoco e da Lex Humana. Pesquisadora do Centro de Ciências Jurídicas da UCP. Coorganizadora de livro publicado no Brasil, e possui três capítulos de livros publicados. Vice-Presidente da Associação Serrana dos Advogados Públicos. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/RJ — 3ª Subseção. Membro da Comissão de Gestão Jurídica da OAB/RJ, do Instituto de Estudos Tributários e de Finanças Públicas de Juiz de Fora e Regiões, e da Associação Nacional dos Procuradores Municipais. velasco.reis@gmail.com

a ter diversas responsabilidades na implementação de políticas públicas. Como os municípios brasileiros têm realidades bastante diferentes, tornou-se também importante a regionalização e hierarquização dos serviços de saúde. A implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente no que concerne à questão federativa, não pode deixar de lado dois elementos fundamentais. Em primeiro lugar, observam-se fortes desigualdades no Brasil das diversas naturezas. Em segundo lugar, os problemas e desafios de efetivação da saúde são variados e heterogêneos, englobando desafios da política, do financiamento, dos recursos humanos, da cultura, etc.

De todo modo, talvez o grande desafio do federalismo da saúde seja que, do ponto de vista político, ele é descentralizador rumo ao município, mas do ponto de vista tributário e financeiro é centralizador rumo à União. A década de 90 foi um momento importante de estruturação do federalismo na saúde. Além das importantes Leis 8080/90 e 8142/90, houve a publicação de Normas Operacionais Básicas. Este conjunto de normas contribuiu para uma melhor definição das competências dos três entes da federação. Vale ressaltar, ainda, a criação de estruturas e mecanismos institucionais que pudessem articular de maneira mais cotidiana o Estado e a sociedade, tais como os Conselhos e Conferências de Saúde.

Porém, a principal característica do modelo federativo de saúde é, sem dúvida, a direção única. A defesa da direção única começou com o movimento de reforma sanitária, que começou na década de 70 e influenciou a legislação do SUS nas décadas de 80 e 90. A defesa da direção única representou uma forte crítica à dispersão organizativa existente nas políticas de saúde anteriores à CRFB. Para exemplificar, na esfera federal da época havia pelo

menos cinco ministérios responsáveis pelas ações e serviços de saúde, quais sejam: Ministério da Saúde, da Previdência e Assistência Social, da Educação e Cultura, do Trabalho e do Interior. Certamente o que não havia era direção única! Não foi difícil observar que esta diversidade de Ministérios não somente dificultava a realização de projetos em comum, mas também gerou superposições, contradições e, principalmente, o fracionamento das políticas de saúde. Portanto, a direção única seria importante para evitar a diversidade de políticas públicas sobrepostas e desarmonizadas. A ideia seria de harmonizar e fazer com que a prestação dos serviços de saúde fosse mais integrada a partir das três esferas de governo.

A direção única parte do pressuposto de que os gestores do SUS — federais, estaduais e municipais — são os responsáveis em cada esfera de governo pela formulação e implementação das políticas de saúde. No âmbito nacional, temos o Ministro da Saúde. No âmbito estadual, temos o Secretário de Estado da Saúde ou cargo equivalente. Por fim, no âmbito municipal temos o Secretário Municipal de Saúde ou cargo equivalente. Basicamente, todos os gestores do SUS passam a exercer um conjunto de funções comuns, que caracterizam a direção única, quais sejam: a) a formulação e planejamento de políticas de saúde; b) o financiamento e aporte de recursos para implementar tais políticas; c) a coordenação, regulação, controle e avaliação do sistema e dos atores envolvidos; d) a prestação direta da saúde através de ações e serviços.

Com a direção única exercida pelos respectivos entes da federação, as responsabilidades com a gestão da saúde e o financiamento do SUS tornaram-se algo compartilhado entre os entes eles. À União coube o papel de coordenar e dirigir a política nacional de saúde, inclusive criando políticas, parâ-

metros e diretrizes de democratização do sistema e de ampliação de serviços. Aos estados coube o papel de coordenar o processo de implantação do SUS em seus respectivos territórios. Portanto, o gestor estadual tem a necessidade de agir de maneira articulada com os municípios e a União e com as instâncias de participação social, especialmente o Conselho Estadual de Saúde e a Conferência Estadual de Saúde. Os municípios, por fim, têm a responsabilidade de implantar o SUS em seu âmbito, com foco principal na atenção básica. Também cabe ao gestor municipal agir de maneira articulada com os estados e a União e com as instâncias de participação social, especialmente o Conselho Municipal de Saúde e a Conferência Municipal de Saúde. Ao distrito federal coube reunir as responsabilidades dos estados e dos municípios em matéria de saúde.

Este artigo discute a competência comum e solidária dos entes da federação no Brasil para o fornecimento de medicamentos e busca apresentar os principais avanços dos limites e desafios de se reconhecer a responsabilidade solidária entre a União, Estado e Município em casos de judicialização da saúde. Foram analisadas todas as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2012 e 2017 no que se refere à competência administrativa em matéria de direito à saúde e os efeitos do reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes da federação para a União, estados e, principalmente, os municípios a partir das seguintes categorias de análise: a) efeitos econômicos; b) efeitos administrativos; c) efeitos sistêmicos. Em linhas gerais, os julgados analisados consolidam o direito à saúde e aprofundam a democratização do acesso à saúde no Brasil. Porém, podem produzir “efeitos colaterais” relacionados à associação linear entre competência comum e responsabilidade solidária, o que revela desafios na relação entre Esta-

do, sociedade e instituições jurídicas no processo de efetivação do direito à saúde e de consolidação do SUS no Brasil.

1. O Direito à Saúde como Política Social no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, eminentemente social como é, trouxe no seu artigo 6º a saúde como direito social, e consequentemente como direito fundamental, com o seguinte texto: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Além do artigo acima citado, a Constituição estabelece no artigo 196 ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, e confere ao indivíduo o direito subjetivo de exigir do Estado prestações positivas e/ou negativas então omitidas. A universalidade está relacionada aos titulares do direito à saúde. É um princípio que estabelece que todo cidadão possui acesso gratuito aos serviços prestados na saúde, não havendo qualquer tipo de distinção entre os usuários do serviço. Já a igualdade é um princípio que garante as mesmas oportunidades para todos os indivíduos de acesso ao serviço público.

Outro princípio que é importante destacar é o da integralidade, que assegura a abrangência do atendimento, ou sejam com base nesse princípio o serviço público em saúde deve alcançar todos os níveis de complexidade, e para isso o Estado tem que investir em pesquisas, exames e tratamentos. Busca-se proteger e promover a saúde através da prevenção, promoção e de forma curativa, ao garantir o acesso dos indivíduos a meios que lhe trarão uma possível cura ou pelo menos a melhora na qualidade de vida daquele indivíduo enfermo.

Também se extrai da norma constitucional ora analisada que há dois princípios básicos relacionados ao direito à saúde, quais sejam: o princípio do acesso universal e o princípio do acesso igualitário. Nesse sentido Araujo e Nunes Júnior (2009) explicam:

O princípio do acesso universal traduz que os recursos e ações na área de saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas. Sob a ótica da atual Constituição Federal, são incogitáveis mecanismos de restrição do acesso à rede e aos serviços públicos de saúde, tal como a restrição, outrora existente, que deferia o acesso exclusivamente àqueles que contribuíssem para a previdência social. O princípio em pauta é complementado logicamente pelo princípio do acesso igualitário, cujo significado pode ser traduzido pela máxima de que pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas etc. Logo, é incompatível com o atual sistema constitucional, por diversas razões, o atendimento privilegiado em hospitais públicos daqueles que remunerem diretamente o serviço.

O artigo 197 da Carta Maior ao revelar que as políticas públicas sociais e econômicas proferidas através de ações e serviços devem ser de relevância pública, acaba por vincular o poder público na consecução dos mesmos ao dispor que *São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

O SUS foi instituído pela CRFB de 1988 com a finalidade de permitir o acesso de todos às ações e serviços públicos de saúde, através do artigo 198 da CRFB: *As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I — descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II — atendimento integral, com*

prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III — participação da comunidade. Além disso, o artigo 200 da CRFB traz as seguintes atribuições do Sistema Único de Saúde:

I — controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II — executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III — ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV — participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V — incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI — fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII — participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII — colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A prestação do serviço público é sempre de responsabilidade do Estado (artigo 198 da CRFB), todavia ela pode ser realizada diretamente pela rede pública de saúde, como também indiretamente, através de convênios e da terceirização, e pela rede privada, obedecidos os princípios expressos na Lei 8.080/1990, quais sejam: integralidade, igualdade e participação da comunidade. O SUS foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.080/1990 — Lei Orgânica da Saúde —, que organizou o sistema e estabeleceu direito e deveres para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Em relação ao financiamento da saúde pública, a Constituição de 1988, no artigo 195, buscou

criar uma base sólida ao estabelecer as fontes de receita, onde há uma responsabilidade comum dos três entes federados — União, Estados e Municípios. Além das contribuições sociais acima citadas, há também os tributos e as transferências constitucionais, definidas no artigo 155 a 159 da CRFB. A Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, ao regulamentar e assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde determinou a vinculação de receitas, estabeleceu a base de cálculo e os percentuais mínimos de recursos orçamentários que a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios são obrigados a aplicar em ações e serviços públicos de saúde. Já a Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, tornou obrigatória a execução do orçamentário que ela especifica.

Assim, com base nas alterações das Emendas 29 e 86, o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu os percentuais mínimos na ocasião, e o artigo 198 da CRFB passou a tratar especificamente dessa base de cálculo. O parágrafo 3º da nova redação do artigo 198 prevê a possibilidade de os percentuais mínimos serem reavaliados, por lei complementar, pelo menos a cada cinco anos desde a data de promulgação da Emenda. Em 2003 foi publicado pelo Ministério da Saúde as portarias de nºs 384 e 385, que modificaram a NOAS/01/2002, ao definir questões referentes à habilitação e à desabilitação dos Municípios e Estados. Em 2004, através da portaria 2023 novas regras foram definidas. Em seguida, no ano 2006 o Ministério da Saúde instituiu o Pacto pela Saúde, através da portaria de nº 399, e nela se extrai o “Termo de Compromisso de Gestão”, sendo portanto extintos qualquer tipo de habilitação anterior.

Os recursos federais vêm sendo repassados progressivamente aos Estados e Municípios, por

meio de transferências diretas do Fundo Nacional de Saúde aos fundos estaduais e municipais, de acordo com o regulamentado no Decreto n 1.232, de 30 de agosto de 1994 — que dispõe sobre as condições e a forma de repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal, e dá outras providências. Os fundos dos estados e municípios recebem, além das transferências do Fundo Nacional de Saúde, aportes de seus próprios orçamentos.

Destaca-se que a Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 dispôs sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, por meio de Conferências de Saúde e pelos Conselhos de Saúde, o que reafirma a saúde como direito universal e vital ao ser humano. Trata-se da maior política no Brasil de inclusão social, que através de um sistema solidário e universal acolhe a todos os cidadãos, independentemente de sua raça ou cor, sem contraprestação, e que busca na sociedade uma democracia participativa voltada à consolidação do SUS e da saúde como direito fundamental.

2. Da Competência Comum dos Entes Federativos

A Constituição da Republica Federativa do Brasil determina no seu artigo 196 que é responsabilidade de todas as esferas federativas a prestação e defesa da saúde. Por se tratar de interesse de caráter social, o legislador constituinte brasileiro buscou reunir esforços de todos os entes que compõe a Federação Brasileira, através da denominada competência comum.

A competência comum não quer dizer que todos os entes da Federação têm os mesmos deveres e atribuições. Na verdade, convoca-se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para

que os mesmos através de uma ação conjunta e permanente, respondam por essas obrigações sociais que competem a todos eles, cuja finalidade é a de cooperação, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 23 da CRFB. Tanto na Constituição de 1988, no seu artigo 23, quanto nas leis posteriores à norma constitucional — especialmente a Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde — LOS) — é possível identificar atribuições comuns e exclusivas de cada ente, buscando uma previsibilidade administrativa dos deveres de cada um.

Apesar de em âmbito constitucional haver essa previsão de competência comum, não é possível identificar o papel de cada ente federado no SUS. As atribuições em cada ente são feitas através da LOS. Essa lei, além de instituir o Sistema Único de Saúde, estabeleceu em seu artigo 15 as atribuições comuns dos três entes da Federação. A relação de atribuições é decisiva para que os diversos governos possam fazer esforços e estratégias comuns para a efetivação da saúde. O efeito prático é a necessidade de os três entes da Federação conjugarem esforços para que efetivem a saúde no Brasil. Porém, também existem as competências exclusivas de cada ente.

De acordo com o artigo 16 da LOS, compete à direção nacional do SUS, que é exercida pela União. O traço mais marcante desta competência é o caráter de coordenação nacional das políticas de saúde a serem desenvolvidas no SUS. A competência estadual em matéria de saúde fica a cargo da secretaria estadual de saúde ou órgão equivalente. A LOS estabelece no artigo 17 o que compete à direção estadual, ao Estado compete promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde. A competência municipal em matéria de saúde fica a cargo da secretaria municipal de saúde ou órgão equivalente. A LOS estabelece

no artigo 18 o que compete à direção municipal. O traço mais marcante dessa competência é o caráter de coordenação municipal das políticas de saúde a serem desenvolvidas no SUS, que recebe destaque por conta da descentralização do sistema.

Determinou, ainda, a prioridade, ao ente municipal, para a execução das políticas públicas de saúde, bem como para a distribuição de medicamentos, cabendo a cada município formular a sua Relação de Medicamentos em complementação às relações estadual e federal. Constata-se da leitura das normas que regulamentam a matéria que houve a preocupação em priorizar a competência para executar os serviços referentes à saúde ao Município. Todavia, o custeio do Sistema Único de Saúde é realizado por todos os entes da federação, não havendo vinculação com quem irá efetivamente prestar o serviço à saúde. Como os serviços de saúde estão integrados numa rede, nenhum gestor ou profissional de saúde consegue resolver sozinho todas as demandas que são submetidas a ele. Isso porque tem que contar com outros serviços de menor ou maior complexidade, tais como exames, tratamentos, medicamentos, procedimentos etc., assim como com outras redes que dão suporte à saúde, tais como a educacional, a de ciência e tecnologia, a de infraestrutura etc.

As características da rede de saúde são a regionalização e a hierarquização. A regionalização valoriza a consideração dos aspectos regionais e locais na prestação dos serviços de saúde, inclusive no que concerne a carências, costumes, valores, crenças e hábitos específicos de cada lugar. A hierarquização traz a necessidade de que o conjunto de unidades, serviços e ações de saúde trabalhe de maneira articulada, responsabilizando-se pela atenção integral de uma determinada região a partir de diversos recortes territoriais (por exemplo: distrito, microrregião, macrorregião etc.).

O funcionamento da rede é de responsabilidade do gestor do sistema em cada nível, a ser pactuada nas instâncias devidas (por exemplo: comissões bipartites e tripartites, consórcios, mecanismos participativos etc.). Essa pactuação deve observar integralmente os direitos dos cidadãos. Dentre tantos instrumentos existentes de gestão em saúde, três recebem destaque: o Plano Diretor de Regionalização (PDR), o Plano Diretor de Investimentos em Saúde (PDI) e a Programação Pactuada Integrada (PPI). Vale ressaltar ainda a existência do Sistema de Planejamento do SUS (PlanejaSUS).

Vale também destacar a existência do Pacto de Gestão do SUS, firmado entre os entes da Federação em 2006. O Pacto apresenta as responsabilidades de cada ente, com o propósito de evitar superposições e duplicidades de esforços e de promover uma atuação mais orgânica e coerente entre eles. Muito além de definir diretrizes gerais, o pacto tem a preocupação de avançar na descentralização do SUS, respeitando as diversidades locais e regionais. Não é por acaso que busca intensificar a territorialização da saúde para a organização do SUS, inclusive com regiões sanitárias e colegiados de gestão. O pacto também explicita as diretrizes para o sistema de financiamento público tripartite ao buscar critérios de alocação equitativa dos recursos, reforçar os mecanismos de transferência de recursos, integrar o financiamento e estabelecer relações contratuais entre os entes federativos.

Considerando as competências dos entes da Federação no âmbito do SUS e, em especial, no fornecimento e custeio de medicamentos, observa-se que não se trata de algo simplesmente abstrato. Em verdade, nesses 25 anos de vigência do SUS, foram estabelecidos diversos instrumentos normativos para conferir maior concretude à responsabilidade de cada ente. Obviamente, seria ingênuo afirmar

que todas as atribuições estão claramente definidas e que não há espaço para imprecisões, omissões ou contradições. Porém, mesmo assumindo essas imprecisões, não se pode ignorar que houve um avanço institucional na repartição de competências, especialmente no que concerne a medicamentos. Por conta das especificidades das políticas, dos programas, das ações e dos serviços de saúde, é comum que os profissionais do direito não tenham o controle normativo de todos os aspectos institucionais de repartição de competências.

3. Análise das Demandas Judiciais em Medicamentos

O Poder Judiciário Brasileiro alcançou um papel fundamental na efetivação dos direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, especialmente o direito à saúde, papel esse que vem implicando diretamente na atuação do Poder Público e da sociedade em geral. É crescente o número de ações pleiteando os mais diversos serviços na área da saúde, dentre os quais se encontra o fornecimento de medicamentos; e isso se dá porque o Poder Público não vem concedendo o serviço de saúde de maneira espontânea, sob a alegação de que os recursos são escassos. Destaca-se que os gastos com a saúde pública ficam adstritos ao orçamento público, através de uma previsão orçamentária; e esse orçamento deve obedecer a uma série de parâmetros legais, cujos princípios norteadores são aqueles que regem a Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ocorre que essa crescente demanda pelo Judiciário tem provocado uma série de debates em torno de suas dimensões, limites e necessidade de distribuição de responsabilidade e resultados entre os entes da Federação Brasileira. Como estratégia me-

todológica optou-se pela realização da análise dos dados coletados através das decisões prolatadas pelos tribunais brasileiros, durante o período de 2012 a 2017, referente à solidariedade dos entes públicos, a respeito do fornecimento de medicamentos.

3.1 Ementas de algumas das Decisões Objeto Da Pesquisa

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. ARE 1049831 AgR / PE — PERNAMBUCO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 27/10/2017

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO. ARE 977190

AgR / MG — MINAS GERAIS — AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO — Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI — Julgamento: 09/11/2016

AGRAVOS REGIMENTAIS. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. SAÚDE PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRATAMENTO SEM OS RESULTADOS ESPERADOS. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL PARA A MELHORIA DA SAÚDE E MANUTENÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. FÁRMACO REGISTRADO EM ENTIDADE GOVERNAMENTAL CONGÊNERE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SL 815 AgR / SP — SÃO PAULO AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR — Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente) Julgamento: 07/05/2015

Agravos regimentais no recurso extraordinário. Julgamento conjunto. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Solidariedade entre os entes federativos. Existência. Fornecimento de medicamentos de alto custo. Repercussão geral reconhecida. Devolução dos autos à origem. Artigo 543-B do CPC e art. 328 do RISTF. 1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os en-

tes da Federação. 2. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da repercussão geral da questão relativa ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Aplicação do art. 543-B do CPC. 3. Agravo regimental do Estado do Ceará não provido e agravo regimental interposto pela União prejudicado. RE 818572 AgR / CE — CEARÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI — Julgamento: 02/09/2014

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. DECISÃO EM SENTIDO DIVERSO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.01.2010. RE 626382 AgR / RS — RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 27/08/2013

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art.

323 do RISTF). 2. Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis à ora recorrida seria, ou não, imprescindível à sua saúde, ensejaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO FRALDAS DESCARTÁVEIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. DESCAMAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE RECURSOS DA AUTORA. COMPROVAÇÃO. RE 668724 AgR / RS — RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. LUIZ FUX — Julgamento: 24/04/2012

3.2 Comentários às decisões judiciais e os seus efeitos colaterais

O que se pode observar de todos os julgados é que a responsabilidade solidária desses entes é premissa do julgamento, admitindo-se o ajuizamento da demanda contra um, alguns ou todos os entes federativos, de acordo com a opção do demandante. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Tema 793 (referente ao RE 855.178) assentou que há responsabilidade solidária entre os entes federativos ao fixar que *o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo*

figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.

A fim de complementar a presente pesquisa, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça fixou o mesmo entendimento, através do REsp nº 1.203.244/SC; e em continuidade, todos os Tribunais do Brasil passaram a adotar essa posição. Segue abaixo o acórdão do STJ no REsp 1.203.244:

PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC 1. O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. Precedentes do STJ. 2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que “o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios”, e “o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional”, razão por que “o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar

a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida” (RE 607.381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011). Grifos nossos.

Observa-se, nos julgados em questão, um exemplo comum de aproximação entre o direito e a saúde, de um lado, e de produção de tensões e contradições, de outro. À primeira vista, o reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes da Federação pode parecer fortemente positivo sob o prisma do usuário, que terá mais atores possíveis no polo passivo da ação. Porém, sob o prisma da gestão, pode trazer desafios de sobreoneração de um dos entes da Federação em detrimento dos demais. Nesse sentido, uma decisão judicial que reconhece direitos sempre abre novos horizontes de efetivação e, ao mesmo tempo, inaugura novos desafios administrativos e operacionais.

Outro desafio importante dessa aproximação entre o direito e a saúde é uma tendência dos órgãos judiciários de confundir a competência comum com a responsabilidade solidária. Desse modo, tem sido incomum a observância de regras administrativas de repartição de responsabilidades em saúde. Exemplo disso são as poucas referências às chamadas “listas dos SUS”, que são relações de medicamentos previstas para cada ente da Federação e que buscam evitar que um ente tenha que custear medicamentos de responsabilidade de outro. Observa-se uma tendência de as decisões judiciais serem mais principiológicas e se aterem às normas gerais da Constituição de 1988. Porém, em alguns casos, a desconsideração das competências regulamentadas em leis ordinárias e demais instrumentos normativos pode conferir uma relativa instabilidade decisória.

Isso evidencia que o Judiciário não é isento de

desafios internos para lidar com o volume processual cada vez mais intenso em saúde. Um dos principais desafios refere-se à cultura interna dos magistrados, que pode ser caracterizada pela fraqueza da vinculação decisória e pela forte independência funcional.

Segundo Taylor, [...] a fraqueza de precedentes vinculantes também polemiza os objetivos extensivos do formalismo com o sistema de *civil law* brasileiro. O número de leis, combinado com a falta da estabilidade das decisões (*stare decisis*), significa que as chances de uma interpretação do direito pode variar de juiz para juiz. Casos similares podem, então, ser legitimamente decididos, entre os limites os institucionais, de múltiplas formas. Isso permite um cenário em que o particularismo não é apenas possível, e que o juiz está longe de ser um *expert* e, mais ainda, de um intérprete. Isso também resulta, sistematicamente, num aglomerado de casos que surgem de uma variedade de interpretações possíveis nos vários níveis do sistema de tribunais.

No limite, o juiz brasileiro pode emanar decisões das mais diversas e, em alguns casos, reconfigurar as normas jurídicas para atender a determinadas interpretações a respeito dos direitos. É importante ressaltar que as regras de competência não podem ser confundidas com a previsão normativa de responsabilidade solidária. A competência diz respeito à repartição administrativa de atribuições entre os três entes da Federação prevista nas relações de medicamentos, sendo discutível se essas relações são taxativas ou exemplificativas. A responsabilidade diz respeito ao dever jurídico de cada ente da Federação de, em conjunto ou isoladamente, efetivar um determinado direito específico. Nesse sentido, por mais que sejam garantistas e reconheçam o direito à saúde dos cidadãos, as decisões similares às analisadas neste artigo podem eventualmente produzir três “efeitos colaterais” ao

vincularem a competência comum em saúde à responsabilidade solidária.

Em primeiro lugar, nota-se que a ausência de clareza sobre a repartição de competências em saúde entre os profissionais do direito pode produzir um efeito colateral. Enquanto direito social, a saúde é permeada por diversas leis, atos normativos, decretos, resoluções, recomendações e outros instrumentos jurídicos que visam a tornar mais densa a sua institucionalidade. Porém, na medida em que os profissionais do direito tendem a ter uma visão abstrata do direito à saúde e ancorada nos princípios e na Constituição de 1988, observa-se uma tendência de ignorarem as regras infraconstitucionais que se desenvolveram no âmbito do Legislativo e da própria gestão, inclusive pactuadas com os mecanismos de controle social do SUS.

Em segundo lugar, ao se reconhecer a responsabilidade solidária entre os entes da Federação, observa-se uma tendência de sobreonerar os municípios em relação aos estados e à União. A esse respeito, *Asensi e Pinheiro* salientam que isso pode ocorrer pelos seguintes motivos: (a) relativo desconhecimento dos profissionais do direito a respeito das atribuições de cada ente da Federação em matéria de saúde; (b) a atuação das defensorias públicas tende a se desenvolver de maneira mais sólida nas capitais e com foco na atuação municipal em saúde; e (c) em razão da descentralização da saúde, os municípios passam a ser concebidos como principais responsáveis por efetivar demandas judiciais pelos profissionais do direito. Com isso, observa-se uma tendência de “municipalização das demandas”, seja porque são de responsabilidade do município, seja porque são de responsabilidade de outros entes da Federação e o município responderá em função da responsabilidade solidária.

Em terceiro lugar, observa-se uma fragilidade dos mecanismos de compensação financeira por demandas judiciais que um ente da Federação suportou e que seriam de responsabilidade de outro ente. A competência comum não afasta a repartição de atribuições administrativas que os entes pactuam entre si nos instrumentos de gestão próprios do SUS. Porém, as leis específicas da saúde que tratam de orçamento — Constituição de 1988, LOS, Lei n. 8.142/1990¹⁴ e Lei Complementar n. 141/2012¹⁵ — não especificam as condições e os procedimentos de ressarcimento de um ente em relação a demandas judiciais pelas quais respondeu e que deveriam ser custeadas e fornecidas por outro ente.

Considerando esses “efeitos colaterais”, é importante considerar os desafios oriundos da responsabilidade solidária em matéria de saúde e em que medida podem produzir desigualdades e ineficiências sistêmicas na prestação dos serviços de saúde. Obviamente, são “efeitos colaterais” que podem ocorrer, mas não necessariamente. De todo modo, em função de uma relativa indiferença dos julgados em relação à distinção entre as regras de competência e de responsabilidade, é possível que tenhamos situações discrepantes na prestação dos serviços de saúde e na continuidade das políticas públicas. Não se pode ignorar a densidade normativa e institucional das ações e dos serviços de saúde, sendo fundamental que as decisões judiciais se qualifiquem ainda mais para além dos princípios e da Constituição de 1988.

Considerações Finais

O protagonismo das instituições jurídicas — e, em especial, do Judiciário — não esteve isento de contradições no Brasil e isso é um processo compreensível. Exames, tratamentos e medicamentos,

principalmente se forem excepcionais, trazem em seu bojo, quando deferidos judicialmente, a necessidade de fornecimento sem obrigatoriamente haver um planejamento de governo. Independentemente de isso ser bom ou ruim, o fato é que a judicialização da saúde no Brasil tem reconfigurado drasticamente as responsabilidades dos entes da federação para o estabelecimento de políticas públicas que atendam aos critérios de universalidade, integralidade e descentralização.

Sem dúvida, os julgados analisados consolidam o direito à saúde e aprofundam a democratização do acesso à saúde no Brasil. Porém, podem produzir efeitos colaterais relacionados à associação linear entre competência comum e responsabilidade solidária. Em matéria de medicamentos, por exemplo, a repartição de atribuições é bastante clara e objetiva, havendo ainda margem para a inclusão de medicamentos não constantes das listas do SUS.

À medida que o Judiciário se fortalece no Brasil e assume o protagonismo na efetivação do direito à saúde, estaria este Poder necessariamente efetivando o SUS? Não seria o caso de incluir o Judiciário nesse Pacto pela Gestão do SUS, de modo a reduzir os “efeitos colaterais” das decisões? O que se observa, na verdade, são desafios que se apresentam na relação entre Estado, sociedade e instituições jurídicas no processo de efetivação do direito à saúde e de consolidação do SUS.

Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Sistema único de saúde**. Brasília: Alumnus-Leya, 2015.

- ; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil**. Brasília: CNJ, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.
- BRASIL. Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011.
- BRASIL, Ministério da Saúde. **SUS: instrumentos de gestão em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.
- BRASIL. Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.
- BRASIL. Lei Federal n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.
- BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; BARBER-MADDEN, Rosemary; TORRES-FERNANDES, Marília; SHUQAIR, Nur; WATANABE, Helena. **Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo**. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 30, n. 6, 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v30n6/5117.pdf>>. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101996000600014>.

- TAYLOR, Matthew. **Citizens against the State — the riddle of high impact, low functionality courts in Brazil**. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 25, n. 4, p. 418-438, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v25n4/28292.pdf>>. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572005000400007>.

MUERTE DIGNA, EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO EN ESPAÑA

Federico Arnau Moya ⁽¹⁾

Keywords: *Right to life, right to health, assisted suicide, euthanasia, patient autonomy, law concerning a dignified death, medically assisted suicide.*

Palabras claves: *Derecho a la vida, derecho a la salud, cooperación al suicidio, eutanasia, autonomía del paciente, ley de muerte digna, suicidio médicamente asistido.*

Sumario: *I. Cuestiones previas. 1. La progresiva aceptación de la regulación de la eutanasia en España. 2. Concepto de eutanasia y suicidio asistido. 3. El derecho a decidir: El marco normativo constitucional e internacional. II. El camino hacia la regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en España. 1. Etapa inicial: prohibición de la eutanasia y suicidio asistido en el Código penal. 2. Etapa intermedia: de los cuidados paliativos a las leyes de muerte digna. 3. Las previsiones normativas de eutanasia y SMA en España. 4. Conclusiones.*

Resumen: *Este trabajo es un análisis de la evolución del derecho de las personas a solicitar y recibir ayuda para morir en España. La primera fase se inicia con la publicación del Código Penal de 1995 donde, a pesar de que continúa prohibiéndose esta práctica, ya se abre un pequeño resquicio al atenuarse la responsabilidad de los cooperadores necesarios al suicidio. En la fase intermedia, el legislador español se va acercando al reconocimiento de la eutanasia a través de las denominadas leyes de autonómicas de muerte digna que se van publicando como consecuencia de los cambios sociales experimentados por la sociedad española. Con estas leyes empiezan a admitirse toda una serie de prácticas médicas que constituyen ver-*

daderos supuestos de eutanasia indirecta y pasiva. En una última fase, todavía por concluir, ya se ve cercano el deseado momento para muchos ciudadanos españoles en que el derecho a la eutanasia y el suicidio médicamente asistido finalmente sean legalizados en España. No obstante, todo depende del éxito en la tramitación de la proposición de ley orgánica de regulación de la eutanasia que todavía se está tramitando en las Cortes Españolas. ⁽¹⁾

Abstract: *This paper provides an analysis of the evolution of the right of people to apply and receive help to die in Spain. The first phase starts with the publication of the Penal Code of 1995, where even though this practice continues to be banned, a small loophole has been opened as the responsibility of the necessary cooperators to suicide is lessened. In the intermediate phase the Spanish legislator is gradually approaching the recognition of euthanasia through the so called laws of dignified death that are being published as a result of social changes experienced by the Spanish society. With these laws they begin to admit a whole series of medical practices that are true assumptions of indirect and passive euthanasia. The final phase, the desired moment for many Spanish citizens is already close, when the right to euthanasia and medically assisted suicide could finally be legalized in Spain. Nevertheless, everything depends on the success in the procedure of the proposal of the Organic Law of regulation of the euthanasia that is still being processed in the Spanish courts.*

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil. Universitat Jaume I de Castellón

I. CUESTIONES PREVIAS

1. La progresiva aceptación de la regulación de la eutanasia en España

La cuestión de la eutanasia y del suicidio médicamente asistido (en adelante SMA) es un tema recurrente en España igual como sucede con otros países de nuestro entorno jurídico en los que ambas prácticas se encuentran prohibidas por sus respectivos códigos penales. En todos ellos cada vez que una persona aquejada por una enfermedad terminal, o con grandes discapacidades acompañada, con insufribles dolores la necesidad de regular esta materia ocupa multitud de titulares en los periódicos. En España han sido famosos los casos de Ramón Sampredo, tetrapléjico desde que tuvo un accidente a los 25 años y quedó postrado de por vida en una cama. Sampredo fue el primer español en solicitar que se le aplicase el suicidio y tras habersele denegado se quitó la vida en 1998 con la necesaria ayuda de una amiga que le suministró cianuro. En este caso no se trataba de un enfermo terminal cuya muerte era inminente, sino de un enfermo crónico e irreversible que había agotado su deseo de vivir. Aquel caso fue tan famoso que dio lugar a una película de gran éxito: *Maradentro*. Esta película no sólo contaba la vida y sufrimientos de aquel hombre sino que, sin duda alguna, provocó muchas adhesiones con el fallecido y, sobre todo, supuso el inicio del debate de la eutanasia en España. Otros casos ya han llegado a influir en el legislador, como sucedió en Andalucía, donde se promulgó la conocida como ley de muerte digna de 2010. Estos, casos, tal como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley, han sido el de Inmaculada Echevarría, que vivió 10 años postrada en una cama y conectada a un respirador que la mantenía con vida artificialmente. Su petición de

muerte voluntaria, solicitando que fuera desconectada de la máquina fue atendida por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía en 2007. El otro caso que influyó en el legislador andaluz fue el caso judicial conocido como «El bulo de las sedaciones de Leganés», en el que tras unas denuncias anónimas, varios cargos del servicio de urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés, fueron despedidos y objeto de una querrela —en 2005— por supuesta sedación excesiva en enfermos terminales con el presunto resultado de muerte de 400 pacientes. Este caso judicial, que finalmente fue archivado por falta de pruebas, convirtió en héroe de la «muerte digna» al excoordinador de Urgencias de aquel hospital, el doctor Luis Montes, más tarde presidente de la Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente⁽²⁾. En otros países de nuestro entorno donde también está prohibida la eutanasia, como Francia, también ha habido casos muy conocidos que han provocado la apertura del debate sobre esta figura⁽³⁾.

² Mediante Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (S.17^a) de 21 enero 2008 se confirmó el Auto de Archivo del Juzgado de Instrucción n.º 7 de Leganés por el que se decretaba el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones de la querrela presentada «porque no se puede llegar a la conclusión de que los médicos imputados sean responsables de la muerte de sus pacientes. Que no puede predicarse que los médicos, conscientemente sedaran al paciente para causarle la muerte, ni tampoco que les prescribieran tales fármacos, sin conocer sus consecuencias letales, sino entendiendo que los pacientes morirían en un muy corto espacio de tiempo y que debían mitigar sus dolores, decidieron la sedación». Asimismo, la Audiencia Provincial rectificó en parte el auto determinando que no hubo mala práctica médica en el hospital Severo Ochoa. En otro caso la SAP Madrid (S.16^a) 2 diciembre 2011 condena al entonces portavoz del Partido Popular M.A.R. como autor de un delito continuado de injuria grave realizado con publicidad por utilizar, en un programa de televisión de máxima audiencia, el término «nazi» para referirse al doctor Montes cuya causa ya había sido sobreseída. Se fijó una indemnización de 30.000 €.

³ ROYES, A.: «La eutanasia y el suicidio médicamente asistido», *Psicooncología: investigación y clínica biopsicosocial en oncología*, Vol. 5, N.º. 2-3, 2008, pág. 323, destaca el revuelo mediático que causaron en Francia los casos de Chantal Sébire, que padecía una enfermedad incurable que le ocasionaba grandes sufrimientos y una falta absoluta de calidad de vida. Cuando decidió poner fin a su vida la justicia gala le denegó la posibilidad de acogerse tanto a la eutanasia o como al SMA.

En España, nos atrevemos a decir que como consecuencia de todos aquellos casos tan famosos, el respaldo a la eutanasia ha ido creciendo en los últimos años hasta llegar a un 86% de apoyo en el caso de los enfermos terminales. En el caso de los enfermos crónicos irreversibles como el del citado Sampredo el apoyo se cifra en un 62%⁽⁴⁾. En Europa en una encuesta efectuada por IPSOS-*The Economist* para 15 países España ya se situaba en cuarto lugar con un 78% a favor de la legalización de la eutanasia por detrás de Bélgica, Francia y Holanda.

La eutanasia está regulada a nivel estatal en Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Suiza, Colombia, Uruguay y Canadá⁽⁵⁾. En Estados Unidos se permite el suicidio asistido de pacientes terminales con una supervivencia esperada de 6 meses en siete esta-

Más tarde resurgió el debate con ocasión de la decisión de suicidarse de Rémy Salvat, un gran incapacitado desde la infancia, afectado por una enfermedad mitocondrial. Decisión que adoptó después de que el presidente de la República le denegara su petición de ayuda médica para el suicidio.

⁴ Según el periódico *La Vanguardia* (14-07-2018). El respaldo a la eutanasia ha ido variando desde el 58,5% de una encuesta efectuada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) en 2009, hasta el 77,5 de otra encuesta del mismo organismo en 2011. En 2017 esta cifra fue superada hasta alcanzar el 848% en otra encuesta llevada a cabo por Metroscopia. Finalmente, en una encuesta realizada por YouGov para el periódico *La Vanguardia* la cifra alcanza el 86% de apoyo para los enfermos terminales. Un 62% también respalda la eutanasia para enfermos no terminales como Ramón Sampredo. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20180715/45870735547/mayoria-espanoles-apoya-eutanasia-enfermos-no-terminales-ramon-sampedro.html> (consultado el 25-11-2018).

⁵ SÁNCHEZ MORENO, M. R.: «La eutanasia en Europa: ¿qué hay detrás del tabú?», *El Notario del siglo XXI*, N.º 73, Mayo-Junio 2017. Disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7673-la-eutanasia-en-europa-que-hay-detras-del-tabu> (Consultado el 28-08-2018), señala las diferencias entre los países europeos que admiten la eutanasia: en el caso de Bélgica y Luxemburgo solo se admite la eutanasia activa pero no el suicidio asistido. Por el contrario Holanda y Suiza admiten ambas figuras. En el caso de este último país no existe una ley de eutanasia, sino que ésta junto con el SMA se admiten de manera indirecta, puesto que no está penado el suicidio asistido de modo que se entiende admitida la eutanasia activa. Finalmente, Suiza admite la aplicación de la eutanasia a los extranjeros por lo que se ha generado un nicho de negocio con los extranjeros que acuden a este país para poner fin a su vida.

dos: Oregón (1994), Washington (2008), Montana (2009, por decisión judicial), Vermont (2013), Colorado (2016), California (2016) y Hawái (2018), y la capital, Washington D.C. (2016), permiten el suicidio asistido. En el estado de Victoria, en Australia, empezará aplicarse la Ley de Muerte Asistida de 2017 en junio de 2019⁽⁶⁾. Es de destacar el caso de Portugal en el que en mayo de 2018 se rechazó la despenalización de la eutanasia lo que le hubiera convertido en el primer país del Sur de Europa en legalizar esta práctica⁽⁷⁾.

2. Concepto de eutanasia y suicidio asistido

La eutanasia, según el Diccionario de la Real Academia Española, es la «intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura». La expresión eutanasia puede utilizarse en varios sentidos, así pues, cabe hablar de eutanasia indirecta, negativa y activa. La eutanasia indirecta supone una opción por tratamientos que —como sucede con la sedación paliativa— pueden acortar la vida aun a pesar de que su objeto sólo sea el de evitar el dolor del paciente⁽⁸⁾. La denominada

⁶ Datos proporcionados por la página web de la asociación Derecho a Morir Dignamente (DMD). Disponible en <https://derechoamorar.org/eutanasia-mundo/>. Consultada: 23-11-2018.

⁷ En mayo de 2018 la Asamblea de la República Portuguesa rechazó cuatro proyectos de ley que contemplaban la despenalización de la muerte asistida. En todos los textos la eutanasia quedaba limitada a mayores de edad con enfermedades terminales y sin trastornos mentales que pudieran afectar a la declaración de voluntad. Asimismo los solicitantes debían de manifestar su voluntad de morir en varias ocasiones y los médicos tenían garantizada su libertad de conciencia. Es de destacar que no se aprobó el Proyecto de ley presentado por el Partido Socialista por cinco votos y que se opusieron al mismo, tanto la derecha católica como los comunistas. Vid. *El Mundo*, 29 mayo 2018 Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2018/05/29/5b0db4b6e2704eccc778b4596.html>. Consultado el 27-09-2018.

⁸ En el art. 11.1 de la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida del Grupo Parlamentario Ciudadanos se dice que «Todas las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a una atención

eutanasia pasiva consiste en la renuncia a estar conectado a cualquier tipo de maquinaria –como un respirador artificial en el caso de Inmaculada Echeverría -que prolonga artificialmente la vida del paciente que es clínicamente irrecuperable⁽⁹⁾. La eutanasia activa es la que origina más problemas en los países de nuestro entorno jurídico –piénsese en Portugal, Francia, Alemania o Italia- donde esta modalidad se encuentra penalizada puesto que consiste en que el médico suministre al paciente sustancias que le causen la muerte⁽¹⁰⁾. Una figura cercana es la del suicidio médicamente asistido. La principal diferencia entre ambas formas de poner fin a la vida de un paciente consiste en el sujeto agente causal de la muerte. En el caso de la eutanasia, como ya hemos dicho, es alguien diferente al paciente, por lo general el médico, mientras que en el supuesto del SMA es el propio enfermo quien se administra los fármacos que ponen fin a su vida, si bien contando también con la colaboración de un médico⁽¹¹⁾.

3. El derecho a decidir: El marco normativo constitucional e internacional

La despenalización de la eutanasia así como la del SMA tiene su base en la creencia cada vez más extendida de que los ciudadanos tienen un derecho a decidir sobre el final de su vida. Lo anterior que incluye, en su caso, la solicitud de ayuda de terceros para la consecución de tal fin. En España este derecho todavía se encuentra en el proceso de ser reconocido por el legislador español ordinario, sin embargo, para la doctrina ya tiene perfecto encaje no sólo en el ámbito del Derecho constitucional sino también en el del de los derechos humanos⁽¹²⁾.

En la Constitución Española (CE) el elemento clave para la defensa del derecho a la eutanasia y SMA es el de la autonomía de la voluntad o libertad individual o el derecho decidir en todos los ámbitos de nuestra vida, entre los cuales se encuentra precisamente la forma y el momento en que decidimos dejar de vivir⁽¹³⁾. En el marco jurídico que establece la Constitución española este derecho puede incardinarse en el principio general de libertad del art. 1.1 CE. También cabe dentro de una en una reinterpretación del derecho a la vida del art. 15 CE que se aleje de la interpretación tradicional que lo ha venido concibiendo como el deber de continuar en vida en cualquier circunstancia sin importar lo penosa que ésta resulte para las personas. Esta interpretación forzada ha sido utiliza-

¹² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La eutanasia: marco legal en España y encaje del posible derecho a disponer de la propia vida», *Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, nº 41, 2016, pág. 63; ROYES, A.: «La eutanasia...», *op. cit.*, pág. 327.

¹³ JUANATEY DORADO, C.: «La vida y la salud frente a la autonomía en el Derecho penal español». *Revista General de Derecho Penal*, nº 28, pág. 1, se queja de que el ordenamiento penal español apenas reconoce valor a la autonomía individual cuando este interés entra en colisión con el derecho a la salud o a la vida.

da por quienes consideran que se debe continuar penalizando la eutanasia y el SMA⁽¹⁴⁾. Asimismo, el valor de la libertad y de dignidad de las personas (art. 10.1 CE) permite afirmar que no es posible situar en todos los casos el derecho a la vida por encima del de la libertad de la persona y de su dignidad. Además, está la libertad de conciencia del art. 16 CE. Así pues, el derecho fundamental a la vida, si bien lleva aparejado el deber de respetar la vida ajena, sin embargo no ha de interpretarse en el sentido del deber de vivir contra la propia voluntad en condiciones tales que la persona considere especialmente indignas. Finalmente, estaría también el principio de igualdad, puesto que en España ya es posible que la personada que está conectada a aparatos que permiten prolongar artificialmente su vida pueda ser desconectada, mientras que las personas que necesitan ayuda activa para morir, como los tetrapléjicos, carecen de ese derecho, al tiempo que la parte que les presta la ayuda necesaria para morir—pensemos en la amiga que le suministra cianuro a Sampedro- incurre en un delito⁽¹⁵⁾.

En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de eutanasia se sitúa en una línea de cautela, de respeto con los legisladores nacionales. El tribunal mantiene que no existen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) argumentos de peso suficiente para considerar obligatoria la despenalización por los Estados firmantes, por lo que ha estimado en varias sentencias que sean estos quienes ejerciten al respecto su margen de apreciación para decidirse por la político-criminal (despenalizar o continuar manteniendo penalizadas estas conductas) —que tengan por conveniente⁽¹⁶⁾.

¹⁴ ROYES, A.: «La eutanasia...», *op. cit.*, págs. 327.

¹⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La eutanasia...», *op. cit.*, pág. 62.

¹⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La eutanasia...», *op. cit.*, págs.

En algunas sentencias sí que reconoce la decisión de los tribunales nacionales que avalan las decisiones médicas de retirar el tratamiento a pacientes en condiciones extremas⁽¹⁷⁾.

II. EL CAMINO HACIA LA REGULACIÓN DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDO ASISTIDO EN ESPAÑA

1. Etapa inicial: prohibición de la eutanasia y suicidio asistido en el Código penal

En España en el momento de realizar este trabajo la única regulación de la eutanasia y el SMA se encuentra en el Código Penal de 1995 (en adelante CP). Como quiera que la redacción del Código coincidió con el inicio del debate de la regulación de la eutanasia en España, la solución legal para el problema de la voluntad de morir manifestada por una persona enferma terminal fue la de elegir una

66 y 67, comenta las sentencias más relevantes del TEDH en esta materia. En el caso *Pretty vs. Reino Unido* de 2002, el tribunal aunque sitúa la decisión sobre la propia muerte como un supuesto del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, sin embargo no considera la prohibición a la ayuda a morir como algo irracional o arbitraria de los Estados que han legislado en este sentido. En otro, caso *Haas vs. Suiza* de 2011, se trataba de un caso acaecido en un país en el que se tolera el suicidio asistido, pero en el que varios juzgados habían denegado la solicitud de un enfermo bipolar para que un médico le recetase el pentobarbital con el que poner fin a su vida. Nuevamente el TEDH admite que esta cuestión, la de prohibir o permitir la eutanasia y el SMA, ha de quedar dentro de los límites que decidan los Estados. Finalmente, en la sentencia de *Gross vs. Suiza* de 2013, el TEDH va tomando fuerza la idea de que los ciudadanos tienen derecho a decidir sobre el final de su vida. No obstante, en esta sentencia se condena a Suiza, no tanto porque hubiera tenido que atender la petición del ciudadano al suicidio sino por la imprecisión de su sistema legal que carece de una ley en la que se regule la eutanasia, aunque esté despenalizada, con la vulneración de la seguridad jurídica que ello implica.

¹⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La eutanasia...», *op. cit.*, pág. 67, cita el caso *Lambert vs. Francia*, en el que el TEDH estima que el deber de protección a la vida del paciente, no se ve vulnerado en un caso de un paciente en estado vegetativo irrecuperable, al que los médicos le retiran los tratamientos por la petición de la esposa, que manifiesta que esa decisión hubiera sido acorde con los deseos del fallecido.

integral que prevenga y alivie el dolor y sus manifestaciones, incluida la sedación paliativa si el dolor, o cualquier otro síntoma que produzca molestias severas, son refractarios al tratamiento específico, aunque ello implique un acortamiento de su vida».

⁹ En España es posible que un enfermo solicite que se le desconecte de la máquina que artificialmente le mantiene en vida desde la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, en cuyo art. 8.1 se dice que: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado...». En el art. 8 de la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida se contempla el «derecho al rechazo y a la retirada de una intervención».

¹⁰ SÁNCHEZ MORENO, M. R.: «La eutanasia...», *op. cit.*, estima que en muchos de los países donde no se admite la eutanasia activa, sin embargo, sí que se admiten las otras variantes como la eutanasia indirecta —de la que incluso puede dudarse si se trata de una verdadera eutanasia- y la eutanasia pasiva.

¹¹ ROYES, A.: «La eutanasia...», *op. cit.*, págs. 325.

opción intermedia entre la plena sanción de estas conductas y la despenalización plena⁽¹⁸⁾. El art. 143 CP castiga la eutanasia y el suicidio asistido en los siguientes términos: «1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo»⁽¹⁹⁾. De la lectura del precepto se infiere que las conductas de cooperación necesaria para el suicidio (suicidio asistido) o de la causación de la muerte solicitada de manera expresa por el enfermo (eutanasia) son punibles, sin embargo en el caso de concurrir alguno de los requisitos del art. 143.4 CP se aplicará la atenuante que permite distinguir entre eutanasia y suicidio asistido de las conductas tipificadas como homicidio⁽²⁰⁾.

Para la doctrina del citado art. 143.4 CP pue-

¹⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La eutanasia...», *op. cit.*, pág. 60.

¹⁹ JUANATEY DORADO, C.: «La vida...», *op. cit.*, pág. 2 a 4, destaca que en aquellos casos en que se produce una afectación a la propia vida -como la tentativa de suicidio- o a la propia salud -como el dopaje- sin la cooperación de terceros no interviene el Derecho penal. Este sería el caso tentativo de suicidio, autolesiones o consumo de sustancias que dañan la salud. Por el contrario el legislador penal trata de evitar esa impunidad beneficiando a terceros que cooperen en el suicidio ajeno.

²⁰ JUANATEY DORADO, C.: «La vida...», *op. cit.*, pág. 4, precisa que las penas que se señalan en los casos de cooperación ejecutiva, de inducción y de cooperación necesaria para el suicidio aún siendo graves son inferiores a las que se impondrían en casos de suicidio.

den extraerse las siguientes conclusiones:

La conducta de inducción al suicidio que equivale a crear el deseo de morir a otro no se atenúa en ningún caso, por lo que no se distingue entre personas sanas o enfermas. Tampoco en el caso de cooperación con actos necesarios al suicidio y de producción de la muerte en personas que no padecan una enfermedad terminal.

Las conductas de cooperación al suicidio y producción de la muerte pueden recibir una pena atenuada cuando concurren determinados requisitos relativos a la enfermedad y a la manifestación de la voluntad del enfermo. En primer lugar, ha de tratarse de «enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte», lo que supone que aquella no sólo sea incurable sino que aboque al sujeto a una muerte cierta. Se trataría de aquellos pacientes que se encuentran en una fase agónica o terminal. También se contempla el caso de que la enfermedad, sin tener carácter terminal «produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar». Se ha dicho que lo anterior incluye no sólo el sufrimiento físico sino también como el psicológico provocado por la falta de calidad de vida o de dignidad que aquella enfermedad acarrea⁽²¹⁾. En este último caso tendrían encaje los enfermos tetrapléjicos como el del famoso Sampedro. Finalmente, en cuanto a la voluntad del enfermo, para que esta produzca la atenuación de la pena ha de haberse efectuado mediante una petición que ha de ser «expresa, seria e inequívoca»⁽²²⁾. Lo anterior exige que el paciente se encuentre en condiciones de tomar decisiones por sí mismo, lo cual excluye aquellos pacientes que tengan mermada dicha capacidad o que sufran alguna patología psiquiátrica que les incapacite para tomar este tipo de

²¹ ROYES, A.: «La eutanasia...», *op. cit.*, págs. 325.

²² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La eutanasia...», *op. cit.*, pág. 60.

decisiones⁽²³⁾.

2. Etapa intermedia: de los cuidados paliativos a las leyes de muerte digna

Actualmente en España nos encontramos en una etapa intermedia entre la absoluta prohibición de la eutanasia y su legalización. En esta fase, cuyo inicio es prácticamente coincidente con el cambio de siglo, se han producido importantes avances legislativos en el reconocimiento de la autonomía individual de los pacientes respecto a su derecho a decidir respecto a su tratamiento médico. Tras la publicación de todas estas leyes -que a continuación se analizarán- ya es posible afirmar que en España ya está permitida la eutanasia indirecta y la negativa, aun cuando estos términos por ser todavía considerados tabú en este país no han sido utilizados en las mismas.

La norma clave alrededor de la que giran todas las demás, incluidas las autonómicas, es la Ley 41/2002, de 2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP)⁽²⁴⁾. La LAP supuso un gran avance respecto a la Ley General de Sanidad de 1986 al regular con profundidad cuestiones como el derecho a la información sanitaria, el consentimiento informado, la documentación sanitaria, la historia clínica y demás información clínica⁽²⁵⁾. Esta ley, en consonancia con el Convenio del Consejo de Europa sobre los Derechos del Hombre y la

²³ ROYES, A.: «La eutanasia...», *op. cit.*, págs. 325.

²⁴ En otras leyes estatales se ha complementado la LAP. Este es el caso de la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Real Decreto 1030/2006 que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el Real Decreto 124/2007 de regulación del Registro Nacional de Instrucciones Previas y Fichero Automatizado de Datos.

²⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La eutanasia...», *op. cit.*, pág. 62.

Biomedicina de 1997 («Convenio de Oviedo»)⁽²⁶⁾, recoge toda una serie de principios rectores de la nueva bioética, como el derecho a la intimidad de la información relativa a la salud de los pacientes, las voluntades anticipadas o documento de instrucciones previas (art. 11)⁽²⁷⁾, el derecho a la autonomía del paciente y su participación en la toma de decisiones, la negativa del enfermo al tratamiento o la mayoría de edad para las decisiones sanitarias en los adolescentes⁽²⁸⁾. La LAP supuso una bocanada de aire fresco en el panorama médico español al constituir un gran avance en las relaciones médico-enfermo, por otra parte al tratarse de una ley de carácter básico estatal permitió que fuera desarrolla-

²⁶ Este convenio establece un marco común para la protección de los derechos humanos y de la dignidad humana en la aplicación de la biología y de la medicina. El convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, y persigue el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias. En su artículo 9 establece que serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad (Vid. Exposición de Motivos de la Ley/2015, de 26 de junio de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, de la Xunta de Galicia).

²⁷ En este «documento de instrucciones previas», tal como se establece en el Preámbulo del el Real Decreto 124/2007 de regulación del Registro Nacional de Instrucciones Previas y Fichero Automatizado de Datos constituye «la expresión de la autonomía de las personas que, de este modo, pueden decidir sobre aquellos cuidados y tratamientos que deseen recibir o no en el futuro si se encuentran ante una determinada circunstancia o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos». Estas instrucciones previas han sido recogidas en la gran mayoría de leyes autonómicas de muerte digna con diferentes denominaciones como «voluntades anticipadas» o «testamento vital».

²⁸ CESÁREO GARCÍA ORTEGA, C.; CÓZAR MURILLO, V. y ALMENARA BARRIOS, J.: «La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la ley 41/2002», *Revista Española de Salud Pública*, vol.78 no.4, Madrid, jul./ago., 2004, versión electrónica. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272004000400005. Consultado el 17-09-2018. JUANATEY DORADO, C.: «La vida...», *op. cit.*, pág. 6, entiende que en el art. 4 de la LAP se encuentra la razón de que los supuestos omisivos se queden fuera del art. 143.4 CP.

da en numerosos aspectos por las leyes autonómicas.

En otro aspecto donde también ha habido destacados avances legislativos ha sido en la autorización del tratamiento del dolor mediante los denominados cuidados paliativos⁽²⁹⁾. La también denominada sedación paliativa a diferencia de la eutanasia no busca la provocación de la muerte anticipada del enfermo terminal, sino que pretende disminuir su nivel de consciencia, con la dosis mínima necesaria de fármacos, para evitar al paciente sufrimiento innecesario aun cuando ello puede comportar un acortamiento de la vida⁽³⁰⁾. La implantación de la sedación paliativa ha sido polémica en España, hasta el punto de que —como ya hemos indicado— en 2005 se produjo el escándalo de los cuidados paliativos del Hospital Severo Ochoa de Madrid donde se acusó injustamente al equipo de cuidados paliativos de haber causado al menos la muerte de 400 pacientes. El archivo de aquella causa terminó con la polémica respecto a esta praxis clínica.

En el tramo final de este período intermedio se sitúan las denominadas leyes de «muerte digna» que han sido dictadas por numerosas comunidades autónomas⁽³¹⁾. La muerte digna abarca toda una se-

rie de derechos y garantías de todas las personas que se encuentran al final de sus vidas para que se respete su autonomía y voluntad para poder morir en condiciones dignas. Entre otros supuestos, contemplan el rechazo de la obstinación terapéutica y el derecho a unos cuidados paliativos integrales⁽³²⁾. A nivel estatal en 2016 ha sido presentada una Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en cuyo art. 11 se regula el derecho a los cuidados paliativos⁽³³⁾. Esta ley ha recibido críticas por su excesivo parecido con la ley de muerte digna de Andalucía hasta el punto de haber sido considerada como una ley de «corta y pega»⁽³⁴⁾. En nuestra opi-

de la persona ante el proceso final de su vida; Euskadi: Ley 11/2016 de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida (en castellano) / (en euskera); Galicia: Ley 5/2015 de derechos y garantías de las personas enfermas terminales; Madrid: Ley 4/2017 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte; Navarra: Ley Foral 8/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; C. Valenciana: Ley 16/2018 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida.

³² Los cuidados paliativos ya son mencionados en la Recomendación número 1418/1999, del Consejo de Europa, sobre protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas enfermas terminales y moribundas, nombra varios factores que pueden amenazar los derechos fundamentales que se derivan de la dignidad del paciente terminal o persona moribunda, y en su apartado 1 se refiere a las dificultades de acceso a cuidados paliativos y a un buen manejo del dolor, e insta a los Estados miembros a que su derecho interno incorpore la protección legal y social necesaria para que la persona enferma terminal o moribunda no muera sometida a síntomas insoportables (Vid. Exposición de Motivos de la Ley/2015, de 26 de junio de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, de la Xunta de Galicia).

³³ En el art. 11 se definen los cuidados paliativos al decir que: «Todas las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a una atención integral que prevenga y alivie el dolor y sus manifestaciones, incluida la sedación paliativa si el dolor, o cualquier otro síntoma que produzca molestias severas, son refractarios al tratamiento específico, aunque ello implique un acortamiento de su vida».

³⁴ MARÍN, F.: «Las leyes de muerte digna: un brindis al sol», *El Notario del siglo XXI*, N° 73 Mayo - Junio 2017. Disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7670-las-leyes-de-muerte-digna-un-brindis-al-sol>. Este

nión esta ley nos parece necesaria, su utilidad reside en que aun a pesar de recoger toda una serie de medidas que ya han sido recogidas por numerosas comunidades autónomas, sin embargo, todavía existen comunidades que no han dictado su correspondiente ley. Así pues la normativa estatal en caso de aprobarse cubrirá aquel vacío legal puesto que se trata de una norma estatal básica «que reconoce derechos a todas las personas, con independencia del territorio o de la Administración sanitaria encargada de velar por su tratamiento en el final de su vida»⁽³⁵⁾. Realmente, esta ley debería de haberse dictado antes que las de carácter autonómico como sucedió con la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente. Las leyes de muerte digna, a diferencia de lo que sucederá con la futura ley de eutanasia activa, no requieren la derogación del art. 143 CP, de ahí la proliferación de este tipo de leyes en las autonomías.

3. Las previsiones normativas de eutanasia y SMA en España

En España con fecha de 21 de mayo de 2018 se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes la admisión a trámite de la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (122/000239). En el momento de redactar este trabajo todavía se encuentra en período de ampliación de enmiendas al articulado⁽³⁶⁾.

autor, no sólo critica la iniciativa estatal de ciudadanos, sino todas las leyes de muerte digna autonómicas, por entender que no establecen nuevos derechos para los ciudadanos, sino que se limitan a dar forma a los que ya se recogen en la Ley básica 41/202 de Autonomía del Paciente y la Ley General de Sanidad de 1986. Incluso la medida estrella de todas esas leyes como son el derecho a los cuidados paliativos y al tratamiento del dolor ya se reconocen en la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y en el Real Decreto 1030/2006 sobre la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

³⁵ Vid. Apartado II, de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en 2016.

³⁶ Asimismo en enero de 2017 se presentó la Proposición de Ley

En la Exposición de Motivos se explicita que la eutanasia desde un punto de vista etimológico significa buena muerte y que se puede definir como «el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento». Asimismo se dice que la Proposición se refiere únicamente a la modalidad activa y directa, a la que ya nos hemos referido. También se reconoce que el debate sobre la eutanasia se aviva, tanto en nuestro país, como en los de nuestro entorno cada vez que surgen en los medios de comunicación casos personales que conmueven a la opinión pública⁽³⁷⁾.

La Ley, de aprobarse, será de aplicación tanto en el ámbito de la sanidad pública como privada de todo el territorio nacional y también se aplicará en domicilios particulares cuando así se solicite (art. 2 I y II). En el art. 3.6 bajo la expresión eufemística «prestación de ayuda a morir», en vez de la más precisa de «eutanasia», se describen las dos modalidades que contempla la ley. Ambos casos consisten en «proporcionar una sustancia que tiene como consecuencia la muerte de una persona». En la primera modalidad se administra de manera directa una sustancia a una persona que lo haya requerido y que cause su muerte. Aunque nada diga la ley se trata de la eutanasia en sentido estricto. En la segunda modalidad, se prescribe o suministra una sustancia a una persona que lo haya requerido, de manera que esta se la pueda auto administrar para causar su propia muerte. Otra vez, ante el silencio del legislador, nos vemos en la tesitura de señalar que nos encontramos ante lo que la doctrina ha denominado

Orgánica sobre la Eutanasia (122/000060) presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea que finalmente fue rechazado en febrero de 2017.

³⁷ Produce cierta sorpresa que la expresión «eutanasia» se utilice hasta en veinte ocasiones en la Exposición de Motivos y, sin embargo, en el articulado de la Proposición no se utilice ni una sola vez.

suicidio médicamente asistido, el conocido SMA al que ya nos hemos referido con anterioridad.

En el art. 5 se contemplan los requisitos que han de reunir las personas que soliciten la eutanasia o el SMA. En principio sólo puede ser solicitada por aquellas personas que sufran una enfermedad grave en incurable o bien una discapacidad grave crónica. En nuestra opinión el supuesto descrito es poco preciso, por lo que hubiéramos preferido una redacción similar a la de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario de Podemos en la que «la persona ha de encontrarse en fase terminal de una enfermedad o padecer sufrimientos físicos o psíquicos que considere intolerables» (art. 4.3).

Entre otros requisitos de la proposición socialista, el solicitante ha de tener la nacionalidad española o residencia legal en España ser mayor de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud (art. 5.1^a). Nos parece criticable que en un país donde recientemente se ha restituido la sanidad universal queden fuera del ámbito de la ley de la eutanasia personas que a las que sí que se les reconoce la cobertura dentro del sistema sanitario español⁽³⁸⁾. Además, el enfermo tiene que disponer de toda la información de su proceso y las alternativas, incluida la de acceder a cuidados paliativos (art. 5.2). También tiene que haber solicitado de manera voluntaria y por escrito ayuda para morir, además su petición no ha de ser resultado de una presión externa. Está petición habrá de ser reiterada, al menos otra vez, en un plazo con una separación de 15 día naturales a la última solicitud (art. 5.3). En este caso se hecha en falta la posibilidad de que el período pueda ser inferior a los 15 días en

aquellos casos que el médico considere excepcionales como la muerte inminente de la persona o la pérdida de capacidad para prestar consentimiento informado⁽³⁹⁾. La solicitud de ayuda para morir por personas en situación de incapacidad puede haberse hecho mediante un documento de instrucciones previas o documento equivalente (art. 6), es decir el también conocido como «testamento vital».

La petición de la eutanasia ha de formularse por escrito debiendo firmarse el documento por el peticionario indicando la fecha de la misma. Si el enfermo se encuentra impedido para firmarlo, otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá «fecharlo y firmarlo en su presencia» (art. 7). Los documentos de petición se tendrán que realizar en presencia de un profesional sanitario que también lo firmará. El solicitante puede revocar su petición en cualquier momento así como solicitar el aplazamiento de la aplicación de la ayuda para morir. El médico responsable puede rechazar motivadamente la solicitud de eutanasia siempre que no obedezca a la objeción de conciencia a la que tiene derecho el profesional. En este caso el solicitante o sus familiares, en el plazo de cinco días hábiles pueden presentar una reclamación ante la Comisión de Control y Evaluación encargada de vigilar todos estos procesos de eutanasia.

En la Proposición se exige una segunda opinión que ha de prestar otro facultativo que no forme parte de su equipo médico y que corrobore que se cumplen las condiciones del art. 5. De este segundo informe se da cuenta al peticionario. Por otra parte, el médico responsable ha de ponerlo en Control para que realice la vigilancia previa (art. 9). Una vez que la comisión de control y evaluación

recibe la comunicación del médico actuante, ha de designar, en los dos días siguientes, a dos de sus miembros (un médico y un jurista) para que comprueben, con carácter previo al posterior pronunciamiento definitivo del órgano colegiado, si «concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir ayuda para morir». Dentro de un plazo de 7 días estas dos personas han de emitir un informe y, si su decisión es desfavorable a la solicitud, cabrá la opción de recurso ante la misma comisión. En el caso de el dictamen para la eutanasia sea favorable, la Comisión requerirá a la dirección del centro médico para que en un plazo máximo de siete días se facilite la prestación solicitada por el enfermo a través de otro médico del centro o un equipo externo de profesionales sanitarios (art. 21). En los casos en los que se tenga la plena conformidad, el médico actuante asistirá al solicitante hasta el momento de su muerte (eutanasia en sentido estricto del art. 3.6.a), o bien prescribirá al paciente la sustancia que cause el fallecimiento para que se la pueda autoadministrar (el SMA del art. 3.6.b). En este último supuesto, el facultativo mantendrá la debida tarea de observación y apoyo al enfermo hasta el momento de su fallecimiento (art. 10). Se calcula que todo el proceso, desde la petición hasta la resolución final, no debería tardar más de 32 días.

En la disposición final primera se modifica el art. 143.4 CP para despenalizar la eutanasia cuando concurren los requisitos previstos en la Proposición de Ley que hemos analizado.

4. Conclusiones

En primer lugar, la proposición de ley socialista nos parece suficientemente adecuada para un país como España, en la que por primera vez, en caso de aprobarse la proposición, se regulará la eutanasia.

Sin perjuicio de las observaciones que hemos realizado de que debería de extenderse también a los nacionales y que tendría que extenderse también a los casos de sufrimiento psíquico intolerable.

En segundo lugar, la ley debería de haber previsto que sucede en aquellos casos en los que la enfermedad ya ha privado al sujeto su capacidad para decidir y esté no hizo manifestación anticipada de voluntades. Estimamos que debería de haberse dejado una puerta abierta a que sus familiares o allegados pudieran ser oídos en aquellos casos en los que las dolencias sean las que permiten la eutanasia y pudieran dar testimonio —en su caso— de que la voluntad del enfermo siempre fue la de optar por la eutanasia en caso de aprobarse la misma tal como se reconoce por el TEDH en el caso *Lambert vs. Francia*.

En tercer lugar, está el caso de la aplicación de la eutanasia a los menores de edad que padecen un sufrimiento intolerable. En estos casos debería de ponderarse quien tiene la capacidad de decisión de aplicar la eutanasia, si los padres o los médicos cuando aquellos deciden no terminar del dolor del hijo por motivos religiosos o por cualesquiera otros motivos.

En cuarto lugar, entendemos que se debería de haber permitido la aplicación de la eutanasia activa o el SMA de aquellas personas que sin padecer enfermedades terminales o sin padecer grandes sufrimientos, físicos o psíquicos, entienden que ya no gozan de una calidad de vida suficiente, que su vida carece de sentido en esas condiciones y que ha llegado el momento de poner punto final a su vida. Se trata de lo que en algunos países, como Holanda ya se conoce como “vida completa” y en Suiza se le aplica la expresión “cansancio vital”⁽⁴⁰⁾.

³⁸ En la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia del grupo Podemos en su art. 4.1 sólo se exigía ser mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente en el momento de la petición pero sin ninguna referencia a nacionalidad ni a residencia.

³⁹ Así se establecía en el art. 4.2 de la Proposición de Podemos.

⁴⁰ SÁNCHEZ MORENO, M. R.: «La eutanasia...», *op. cit.*,

O CONSENTIMENTO INFORMADO SILENCIADO NA ESFERA DA TELEMEDICINA

Filipa Moreira Azevedo ⁽¹⁾

Palavras-chave: *relação médico-paciente; telemedicina; consentimento informado; silenciamento; responsabilidade médica.*

Keywords: *doctor-patient relationship; telemedicine; informed consent; silencing; medical liability.*

Resumo: *Uma diligente observação do consentimento informado permite afirmar que este se ostenta como a essência da relação médico-paciente, baseada no diálogo aberto, franco e sério, encaminhando o paciente para a esfera da tomada de decisões ajuizadas, livres, informadas e esclarecidas, o qual vem favorecer um vínculo de fidedúcia entre as partes.*

De facto, a preocupação com a observância do consentimento informado é transversal e transfronteiriça. É pois, com olhar amolado que a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional examinam esta temática.

Contudo, a relação médico-paciente não se cristaliza no tempo, sendo objeto de constantes alterações, mormente fomentadas pela revolução tecnológica.

Na verdade, a telemedicina constitui uma nova tecnologia da saúde, a qual vem erguer algumas problemáticas, dado que, inexistindo contacto pessoal entre médico-paciente essa circunstância poderá fragilizar a relação e potenciar o silenciamento do consentimento informado.

Nesta sequência, sabemos que a informação e o esclarecimento a par de outros pressupostos de legitimação são cruciais para a obtenção de um consentimento válido.

Deste modo, quer o médico, quer o paciente são atores principais na relação clínico-jurídica que se desenha. O primeiro é o devedor da informação/esclarecimento e o segundo o credor. Consequentemente, não se afigura satisfatório que o médico utilize uma linguagem codificada, a qual vem dificultar o entendimento entre os sujeitos, e/ou derrame informação insuficiente ou desadequada, atendendo ao paciente concreto.

Acresce que, se a relação médico-paciente é já complexa quando se verifica contacto pessoal, essa complexidade aumenta quando a relação se desenvolve à distância.

Deste modo, o médico deve proceder com cautela redobrada quando a relação se desenvolve na esfera da telemedicina, não devendo meramente preocupar-se com compilação de assinaturas em formulários padronizados, porém com uma autêntica sintonia comunicacional entre o médico e o paciente.

De salientar, que neste domínio o Direito não se tem escusado ao cumprimento do seu dever essencial de organização e estruturação da vida em sociedade, concebendo corresponder às copiosas transformações sociais, culturais, económicas, tecnológicas e éticas mormente através da proliferação de diplomas legais nacionais e internacionais. Todavia, revela-se imprescindível: a instituição de uma verdadeira cultura de exigência na compilação de informações e documentos no processo clínico eletrónico do paciente, quebrar as amarras com o paternalismo autocrático e humanizar a gestão hospitalar e estatal de recursos financeiros/humanos, continuaremos a assistir à propositura de ações de responsabilidade médica, por ausência de consentimento informado (informed consent actions).

Abstract: *A diligent observation of informed consent allows us to affirm that this is the essence of the doctor-patient relationship, based on open, frank and serious dialogue, directing the patient to the sphere of informed, free and informed decision-making, which favors a bond of trust between the parties.*

In fact, the concern with respect to informed consent is

¹ Advogada. Formadora no Centro de Formação Profissional da Indústria da Construção Civil e Obras Públicas do Norte. Licenciada em Direito (pré-bolonha) pela Universidade Portucalense. Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

cross-border and cross-border. It is therefore with a sullen look that the doctrine and the national and international jurisprudence examine this theme.

However, the doctor-patient relationship does not crystallize in time, being subject to constant changes, especially fostered by the technology revolution.

In fact, telemedicine is a new health technology, which has raised some problems, since, without personal contact between doctor-patient, this circumstance could weaken the relationship and enhance the silencing of informed consent.

In this sequence, we know that information and clarification along with other assumptions of legitimacy are crucial for obtaining valid consent.

In this way, both the doctor and the patient are main actors in the clinical-legal relationship that is designed. The first is the debtor of information / clarification and the second is the creditor. Consequently, it is not satisfactory for the doctor to use a coded language, which makes it difficult for the subjects to understand, and / or to spill insufficient or inadequate information, taking care of the specific patient.

In addition, if the doctor-patient relationship is already complex when personal contact occurs, this complexity increases when the relationship develops at a distance.

Thus, the doctor should proceed with double caution when the relationship develops in the sphere of telemedicine, not merely having to worry about compiling signatures in standard forms, but with an authentic communication between the doctor and the patient.

It should be pointed out that in this field the law has not neglected to fulfill its essential duty of organizing and structuring life in society, conceiving to correspond to the copious social, cultural, economic, technological and ethical transformations, mainly through the proliferation of national and countries. However, it is essential to establish a true culture of exigency in the compilation of information and documents in the electronic clinical process of the patient, to break the chains with autocratic paternalism and to humanize the hospital and state management of financial / human resources, we will continue to witness the filing of medical liability actions, due to lack of informed consent (informed consent actions).

Definição de consentimento informado

O CI é a medula da relação médico-paciente⁽²⁾. Por via disso deve manifestar-se no princípio, meio e fim dessa relação.

De facto, o CI representa o sustentáculo onde a prática médica se deve alicerçar. Revelando-se crucial que o exercício da medicina se encontre atracado a direitos fundamentais como a dignidade, liberdade, autonomia e autodeterminação do ser humano. O CI é uma decorrência dos princípios bioéticos que regem a *leges artis*⁽³⁾, usufruindo de uma ampla custódia outorgada por instrumentos nacionais e internacionais, em vários ramos do direito, designadamente, constitucional, civil, penal, administrativo, bem como no domínio deontológico, transbordando fronteiras.

No que concerne à origem etimológica da palavra “consentir” ela deriva do latim *consentire* e significa dar consentimento; estar de acordo; permitir; aprovar; deixar que aconteça; não impedir⁽⁴⁾.

Assim, o CI revela-se imprescindível à boa práxis médica, compreendendo, por um lado, um dever de informação e esclarecimento que recai sobre o médico e por outro lado, um direito à informação e esclarecimento que assiste ao paciente. Deste modo, o CI traduz-se não num ato

² DOMINIQUE SPRUMONT, «Informed consent: do not be afraid», in *Journal of the Formosan Medical Association*, vol. 116, n.º 4, Institute of Health Law, University of Neuchâtel, Neuchâtel, Switzerland, 2015, p. 322, defende que “Informed consent is the cornerstone of the doctor-patient relationship”.

³ Nos termos consagrados no Ac. do TRE de 21 de fevereiro de 2017, Proc. n.º 35/11.8TÁB|A.E1, Relator Martins Simão, disponível em www.dgsi.pt, [consult. 2017-05-20], “[...] o termo *leges artis* deverá ser entendido no sentido de perfeição técnica do tratamento ou intervenção e também da sua oportunidade e conveniência no caso concreto e idoneidade dos meios utilizados”.

⁴ AA.VV., *Dicionário da Língua Portuguesa*, edição revista e atualizada, Porto, Porto Editora, 2015, p. 407.

solitário, mas antes num processo⁽⁵⁾ animado e ágil estribado no diálogo entre médico e paciente. De facto, ao médico competirá transmitir e explicar as informações significativas/relevantes ao paciente, nomeadamente, no que tange ao diagnóstico, tratamento aconselhável e alternativas existentes, prognóstico, riscos associados e custos. Por certo, a transmissão e explicação das informações relevantes deverá assentar numa base comunicacional, pelo que é de extrema importância que o paciente absorva, capte, compreenda o que lhe foi exposto pelo médico, colocando a este as dúvidas e questões que eventualmente lhe tenham surgido. Trata-se essencialmente de um momento de partilha. Não basta, portanto, que o médico cumpra a sua obrigação de informação. É indispensável que o paciente entenda e assimile o alcance dessa informação, caso contrário a obrigação de esclarecimento não se encontra satisfeita. Só depois de cabalmente executadas essas duas obrigações é que estão criadas as condições para o paciente manifestar a sua vontade, de forma livre, consentindo, ou não a intervenção, ou tratamento⁽⁶⁾.

Por conseguinte, o CI encerra a decisão a uma invocação recebida no campo da prestação de cuidados de saúde, através da qual o paciente expressa a sua autonomia, autodeterminação, exerce a sua liberdade de vontade e dispõe sobre atos que lhe são iminentes, identitários, fortificando à visto disso a sua dignidade.

COSTA PINTO explica o consentimento como o “[...] assentimento livre e esclarecido que deve

⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, «Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade», in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano 4, n.º 4, maio, 1994, p. 15, aduz que o consentimento informado se revela como um “[...] processo e não uma forma”.

⁶ EDUARDO DANTAS, «Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x pacientes», in *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 8, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 119.

ser prestado por qualquer pessoa relativamente a quaisquer actos médicos que lhe digam respeito, tenham eles a finalidade preventiva ou de diagnóstico, terapêutica ou de experimentação⁽⁷⁾.

A Entidade Reguladora da Saúde considera o livre consentimento como “[...] um acto intencional e voluntário, que autoriza alguém, no caso em apreço o prestador dos cuidados de saúde, quer a título individual quer institucional, a agir de determinada forma no decorrer do acto terapêutico. No contexto da prática médica, é o acto pelo qual um indivíduo, de livre vontade, autoriza uma intervenção médica com potencial efeito na sua vida e/ou qualidade de vida, seja sob a forma de terapêutica seja sob a forma de participação numa investigação [...]”. Destarte o consentimento livre não se concilia com constrangimentos ou opressão, devendo estruturar-se numa escolha entre várias opções⁽⁸⁾.

ÁLVARO DIAS defende que “O consentimento tem que ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção⁽⁹⁾”.

Nesta perspetiva, o direito à informação e ao esclarecimento não findam no momento em que é manifestado o consentimento, esse direito encontra-se presente nas etapas ulteriores à prestação do consentimento. Realmente, terminada a fase da manifestação do consentimento, inicia-se

⁷ JOSÉ RUI DA COSTA PINTO, *Bioética para todos*, Braga, Editorial Apostolado da Oração, 2006, p. 50.

⁸ Relatório final sobre “Consentimento Informado”, da Entidade Reguladora de Saúde, maio de 2009, p. 3. Disponível no endereço eletrónico: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf, [consult. 2016-12-20].

⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Practiçaõ assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 281.

outra que é a da intervenção ou tratamento e assim continuamente. “Este processo dialógico comporta fases que, não sendo compartimentos estanques, reciprocamente independentes, podem ser representados pelo seguinte encadeamento: informação — esclarecimento — consentimento — intervenção - informação — convalescença — informação...”⁽¹⁰⁾.

Deste jeito, constatamos que podemos estar diante de um consentimento em sentido estrito, o qual se funda meramente na exteriorização de uma vontade, máxime na da assinatura de um formulário. Ou podemos estar perante um consentimento em sentido amplo, o qual incluirá não apenas a declaração de uma vontade, porém o processo comunicacional no seu todo assente no respeito, na lealdade, na confiança e na reciprocidade, instituído na relação entre médico-paciente.

Na realidade, esta última visão mais amplificada de consentimento é a que tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência, a qual seguimos de perto, por se traduzir na que melhor comprova o autêntico âmbito do consentimento informado, livre e esclarecido.

Apadrinhamos o entendimento de WALTER OSSWALD, “O médico deste século, informado, competente e compassivo, respeitará a autonomia do seu doente e tentará sempre obter o seu consentimento informado, de modo a poder tê-lo como aliado, colaborador e co-responsável na tarefa de preservar a vida do seu paciente, garantindo-lhe a qualidade possível”⁽¹¹⁾.

Dever(es) de informação e esclarecimento

Tal como se referiu *supra*, a obrigação de informação e esclarecimento adquire particular acuidade, no âmbito do consentimento, assim o teor da informação deve ajustar-se ao paciente concreto, visto não existirem dois pacientes exatamente iguais⁽¹²⁾. Para tanto, deve o médico empregar uma linguagem simples, clara e objetiva. Na prática, constitui obrigação do médico popularizar a sua linguagem, tornando-a acessível a qualquer pessoa, evitando a utilização de termos demasiadamente técnicos, que de alguma forma possam dificultar a comunicação com o paciente e o entendimento por parte deste último de tudo quanto lhe foi transmitido.

De realçar a importância de outros aspetos que o médico deve ter igualmente em consideração: o idioma, o nível de instrução e compreensão do paciente, os ideais filosóficos e religiosos.

Quanto ao conteúdo da informação deverá abarcar não todos os riscos, mas tão-só os que se mostrarem significativos, normais e previsíveis, bem como os raros, mas graves, tomando em consideração o paciente concreto.

Não obstante, consideramos que deverá ser fornecida mais informação em conformidade com a gravidade da patologia, gravidade e frequência dos riscos e ainda quanto mais prescindível se manifestar a intervenção ou tratamento.

Apesar disso, de quando em vez a barreira linguística obstaculiza o diálogo. De facto, em alguns casos a informação apesar de difundida, não permitiu que o paciente a apreendesse.

¹⁰ JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico...*, *ob. cit.*, pp. 27-28.

¹¹ WALTER OSSWALD, «Limites do consentimento informado», in AA.VV., *Estudos de Direito da Bioética*, (José de Oliveira Ascensão, Coordenador), vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 160.

¹² “O conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação” Ac. do STJ de 09/10/2014, <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF>

Nesta lógica, não é aceitável que o médico apenas verta informação, sem confirmar a sua apreensão por parte do paciente, dado que nem sempre falar é comunicar, conversar ou dialogar. A comunicação e a confiança são os pilares nos quais se irá sustentar o verdadeiro consentimento.

O mero “derrame” de informação ou a recolha de uma assinatura num formulário não se afiguram suficientes para corresponder ao consentimento em sentido amplo de que falamos *supra*. Servirão apenas para serenar consciências e satisfazer formalidades e burocracias.

Logo, esta obrigação, na verdade, é dupla, escorando-se no direito à integridade física, à autonomia e autodeterminação no âmbito da prática médica.

Então, o CI é vislumbrado como a materialização da autonomia e liberdade do paciente, apoiado num exigente esclarecimento e na integral consciência da declaração.

A al.ª e) do n.º 1 da Base XIV da LBS consagra o direito concedido aos pacientes a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”.

O art. IV.C.-8:105, parágrafo (1) da DCFR determina igualmente a obrigação de informação que recai sobre o médico⁽¹³⁾.

Acresce que, a Norma da DGS n.º 015/2013, atualizada a 04/11/2015, estabelece esta obrigatoriedade de informação e esclarecimento em diversos momentos, designadamente, no ponto 1 “[...] inclusão de informação de esclarecimento geral e personalizado [...]”; no ponto 3 “[...] acesso à in-

formação oral e escrita [...]”; ponto 6 “[...] o processo de informação [...]”; ponto 9 “[...] depois de lhe ser dada toda a informação [...]”. No seu Texto de Apoio, vem elucidar sobre o modo como deve ser conduzida a informação e realizado o esclarecimento do seu teor, bem como sobre o período de reflexão, assinaladamente, nos Pontos B); C); D); E); F), n.º 1; J); K); L); U), n.º 1, al.ª a) e n.º 2, al.ª a) - i); Ponto B) do capítulo Fundamentação; Ponto F), n.º 2; Ponto G), n.º 4; Ponto H).

Portanto, é sobre o médico que vai impender a obrigação de informação, constituindo-se como o devedor da prestação infungível conforme preceituado no art.º 767.º do CC. Deste modo, o paciente será o credor⁽¹⁴⁾.

Na visão de SÓNIA MOREIRA DA SILVA, o dever de informação e de esclarecimento não se enovelam, sendo inteiramente executável a sua distinção do ponto de vista concetual. “Enquanto o primeiro pressupõe um cumprimento espontâneo por parte do devedor, o segundo refere-se ao dever de prestar informações no seguimento de questões colocadas pelo credor da informação”⁽¹⁵⁾.

Partilhamos do parecer da ilustre autora, e defendemos que a obrigação de esclarecimento se edifica justamente entre a obrigação de transmissão da informação e a obrigação de obtenção do consentimento. Estas obrigações incorporam um processo comunicacional. “Para se comunicar da forma idónea, é necessário que os indivíduos se importem com a apreensão e percepção do outro, e que as ideias, princípios ou convicções sejam compreendidas e partilhadas”⁽¹⁶⁾.

¹³ Todavia, segundo HELGA FABIOLA DA FONSECA FARELA, «O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)», in *Julgado Online*, janeiro, 2016, p. 14. Disponível no endereço eletrónico: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/01/20160126-ARTIGO-JULGAR-O-contrato-de-presta%C3%A7%C3%A3o-de-servi%C3%A7os-m%C3%A9dicos-Helga-Farela.pdf>, [consult. 2017-01-22].

¹⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação... ob. cit.*, pp. 360-361.

¹⁵ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 70.

¹⁶ FILIPA ISABEL RIBEIRO MOREIRA AZEVEDO, *Do consentimento informado silenciado à responsabilização civil por ato médico*, Braga, Escola de

A Revolução tecnológica e o seu impacto no exercício da medicina

A colossal desproporcionalidade entre as posições ocupadas por médico e paciente na relação por si estabelecida, despertou algumas dúvidas em CHRISTIAN BYC⁽¹⁷⁾ ao ponto de este se ir questionando sobre se “[...] uma maior autonomia do paciente não poderá ser o meio de reequilibrar a relação médico-paciente em benefício deste último, e também de fazer tomar a consciência dos riscos que uma medicina tecnológica e desumanizada fará correr a toda a sociedade?”⁽¹⁸⁾.

Também a CRP revelou preocupação em garantir a dignidade humana diante da progressiva e avassaladora revolução tecnológica na biomedicina, em razão disso, o n.º 3 do art.º 26.º, estatui que “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

Apesar de podermos apontar como características da sociedade moderna, a inovação, o engenho e a ousadia, não olvidemos o facto de estes acarretarem alguns riscos trazidos pelo desenvolvimento tecnológico e científico. Uma vez que, esse progresso além das vantagens que carrega, transporta igualmente desvantagens. Por consequência, o risco integra naturalmente a vida em sociedade, acometendo-a de indecisões, ambiguidades mormente

suscitadas pelos efeitos imprevisíveis oriundos de distintas invenções em múltiplos campos como a biotecnologia, medicina, bioética.

A telemedicina e a transfiguração da relação médico-paciente

Na realidade, o modo de se exercer medicina não se mantém imutável ao longo dos tempos. À vista disso, a relação médico-paciente não se cristaliza no tempo, sendo constantemente influenciada pela revolução da tecnologia. Esta revolução revela-se um dos maiores instigadores à constante mutação daquela relação.

Assim, a telemedicina traduz-se numa prestação de serviços de saúde inovadora, e por isso não convencional, na qual se utilizam as tecnologias da informação e comunicação, sem a presença física dos sujeitos no mesmo local, tendo em vista a prevenção, o diagnóstico, tratamento.

Segundo ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA “envolve a transmissão de dados e informação de saúde através de textos, sons, imagens ou outros que sejam necessários para a prevenção, diagnóstico, tratamento e acompanhamento de pacientes, e está presente em diversas especialidades da medicina, desde a teleradiologia à telecirurgia passando pela teleconsulta”⁽¹⁹⁾.

Na esteira de MIRIAM VIEIRA “[...] nas décadas mais recentes, as novas tecnologias de informação e comunicação têm-se demonstrado ferramentas importantes para aproximar os serviços de saúde ao cidadão e para melhorar a qualidade das prestações de saúde [...]”⁽²⁰⁾

¹⁹ ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, «Telemedicina e farmácia Online: aspetos jurídicos da eHEALTH», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, I/II, Jan./Jun. 2015, (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira), p. 56.

²⁰ Disponível no endereço eletrónico: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/20657>, [consult. 20-12-2017].

Não existe na UE, uma concordância e compatibilização no que respeita à regulamentação da telemedicina. Em Portugal, não existe regulamentação específica da telemedicina, pese embora tenham sido consagradas normas deontológicas acerca da sua utilização. No Brasil, vigora a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.643/2002, a qual determina e regulamenta a prestação de serviços através da telemedicina (preceitua que as informações do paciente apenas poderão ser transmitidas a outros profissionais no caso do paciente manifestar o seu consentimento livre e esclarecido e desde que observadas as normas técnicas de segurança estabelecidas pelo CFM).

De realçar que, o CDOM dedica um dos seus capítulos à disciplina da telemedicina, (o capítulo VII do CDOM, o qual compreende o art.º 46.º ao 49.º).

Atentemos ao preceituado no n.º 2 do art.º 46.º do CDOM “Quando o doente pede ou se submete a uma consulta por telemedicina, esta não deve substituir a relação médico-doente e deve realizar-se em condições sobreponíveis a uma consulta presencial, e só será dada quando o médico tiver uma ideia clara e justificável da situação clínica”.

Na prática, se o médico verificar que não se encontra em condições de fornecer uma opinião ou recomendação sustentada, no âmbito da telemedicina, dispensando a consulta presencial, mormente por não ter obtido uma informação clara do paciente, então não o deve fazer. Sob pena de se tornar responsável pela decisão que tomar, nos termos do art.º 47.º, n.º 3 e ponto 20 da Declaração de Telaviv. No fundo, o CDOM admite a telemedicina, desde que esta forma de prestação de serviços de saúde não comprometa a relação médico-paciente.

A Telemedicina e o consentimento informado (silenciado)

Para além da regulamentação da telemedicina operada pelo CDOM, encontramos a Norma da Direção-Geral da Saúde n.º 010/2015, de 15 de junho de 2015⁽²¹⁾

Deveras, a referida Norma tem como primordial preocupação a observância do consentimento informado do paciente por parte das Instituições integradas no SNS, constituindo o seu ponto 1. Encontrando-se ancorada à Norma da Direção-Geral da Saúde n.º 015/2013, de 03 de outubro de 2013 e atualizada em 04 de novembro de 2015, a qual regula o consentimento informado, esclarecido e livre dado por escrito (file:///C:/Users/PC/Downloads/i021796%20(26).pdf).

Ademais o consentimento informado, livre e esclarecido não é nem pode ser olvidado ou silenciado na esfera da telemedicina, conforme refere o n.º 5 do art.º 47.º, norma que faz remissão expressa para os artigos 20.º a 23.º do CDOM. Para a concretização das teleconsultas é imprescindível que o paciente assine o termo de consentimento, patente no anexo I da Norma da Direção-Geral da Saúde n.º 010/2015, de 15 de junho de 2015. No fundo, a teleconsulta apenas pode ser executada, depois de obtido consentimento informado, conforme preceituado no ponto 10 da Norma.

Um olhar atento permite-nos afirmar que a utilização cada vez mais acentuada das tecnologias de informação e comunicação em diversos domínios, mas em especial, no da saúde, implicará necessariamente uma maior ponderação acerca do consentimento informado e da relação médico-paciente.

²¹ Disponível no endereço eletrónico: <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0102015-de-15062015.aspx>, [consult. 20-12-2017]

Direito da Universidade do Minho, p. 91. Dissertação de mestrado.

¹⁷ Nascido no ano de 1955, é Membro do Comité Internacional de Bioética da Unesco; bem como juiz da *Cour de Cassation* em Paris e ainda Secretário-Geral da Associação Internacional de Direito, Ética e Ciência.

¹⁸ CHRISTIAN BYC, «Le consentement à l'acte médical dans la relation médecin-patient en Europe», in Lemaire/Rameix/Ghanassia, *Consentement aux soins: vers une réglementation*, Paris, Flammarion, 1995, p. 31, *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, *ob.cit.*, p. 26, nota 22.

Contudo, no Canadá e na Austrália não é frequente a obtenção de consentimento informado em sede de telemedicina, muito embora a Associação Americana de Telemedicina tenha vindo a instituir diretrizes através de protocolo dirigidas aos médicos tendo por finalidade a recolha do consentimento.

A Declaração de Telaviv sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da Telemedicina, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em TelAviv, Israel, em outubro de 1999 pronunciou-se sobre as responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina, sublinhando a relevância do consentimento informado, no seu ponto 17.

A questão principal reside em saber se apesar de todos os benefícios trazidos pela telemedicina, no qual se inclui o encurtamento das distâncias, o consentimento do paciente é verdadeiramente alcançado, ou se é apenas conseguido o consentimento em sentido restrito, ou seja, a mera recolha de assinaturas num formulário estandardizado.

Realmente, se por um lado a telemedicina permite a quebra de barreiras físicas, a redução de períodos de espera, diminuição de custos de hospitalização, facilitação no acesso a cuidados de saúde por pacientes habitantes em zonas geográficas mais remotas; por outro abre caminho ao enfraquecimento do processo dialogante, franco e aberto assente na partilha de informações relevantes a partir da qual se edifica a decisão do paciente.

Assim, constatamos que a relação médico-paciente é já intrincada quando se verifica contacto pessoal, quanto mais quando a relação se desenvolve à distância.

Deste jeito, o médico deve atuar com intensificada prudência sempre que a relação floresça na esfera da telemedicina, não devendo somente preocupar-se com a compilação de assinaturas em

formulários padronizados, mas sim com uma genuína sintonia comunicacional entre si e o paciente.

Nas palavras do Bastonário da Ordem dos Médicos “[...] Consultas que não sejam presenciais não podem ser consideradas consultas médicas [...]”. Acrescenta o Bastonário que a OM admite porém uma *second opinion* fornecida à distância por um médico a outro. Dessarte, no entendimento deste a presença física é *conditio sine qua non* para a qualificação de um ato médico como consulta. O Bastonário da Ordem dos Psicólogos corrobora com aquela posição referindo que “aquilo que nos é dado cara a cara, na maior parte das situações, não tem ainda substituição possível”.⁽²²⁾

Por outro lado, HENRIQUE MARTINS (Presidente da Central de Compras do SNS) assevera que o “contacto físico entre doente e médico ou enfermeiro, algo que se deve manter, mas há muitos outros casos, sobretudo em doentes crónicos, em que a equipa clínica conhece bem a pessoa, o que permite esse contacto à distância que gera poupanças que podem ser investidas noutras áreas”.

A importância do consentimento informado neste âmbito não se revela apenas no que diz respeito à prática do ato médico em si mesmo, mas também no que concerne à eventual utilização dos registos médicos eletrónicos realizado em teleconsulta e ao acesso às informações e quem a elas vai ter acesso.

Na senda de EDSON REZENDE⁽²³⁾ e de outros autores “O ambiente no qual acontece a teleconsultoria envolve, além da participação da equipe multidisciplinar em saúde, outros profissionais, como, por

²² Deve constar em nota de rodapé: Disponível no endereço eletrónico: <https://www.dgs.pt/diretrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013.aspx>, [consult. 20-12-2017].

²³ EDSON JOSÉ CARPINTERO REZENDE, «Telessaúde: confidencialidade e consentimento informado», in *Revista Médica de Minas Gerais*, volume: 23.3, 2013, p. 369.

exemplo, os técnicos de informática. Uma grande barreira na implementação de tecnologias de informação em saúde encontra-se na dificuldade de recrutamento de pessoal com experiência nessa área. Com a presença desses profissionais, há que se ter cuidado ao prepará-los para lidar com informações confidenciais pertinentes à saúde dos pacientes, preocupação que também se aplica aos ambientes de ensino médico”.

Mais, “No caso do envio de dados do paciente a um destino incorreto, a responsabilidade recai sobre quem enviou a informação, porém, pode ser difícil identificar um responsável pela proteção e controle da transmissão. Com o uso da telessaúde, inúmeros dados de usuários são armazenados e transmitidos em mensagens eletrônicas. Essas mensagens podem ser: alteradas intencionalmente ou não; recebidas por instituições não autorizadas; ou enviadas a destino incorrecto”⁽²⁴⁾.

Deste modo, os dados pessoais de saúde são objeto de salvaguarda: art.º 35.º da CRP; art.º 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União; Regulamento Geral de Proteção de Dados na UE; Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro (que regula a Informação genética pessoal e informação de saúde); Lei do Acesso aos Documentos da Administração e da sua Reutilização (Lei 26/2016, de 22 de agosto); Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro e Lei 67/98, de 26 de outubro; A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (case-law).

A noção de dados de saúde deve compreender, de acordo com o Article29 WorkingGroup:

(a) quaisquer dados pessoais estritamente relacionados como estado de saúde da pessoa, tais como dados genéticos ou dados sobre o consumo

²⁴ Disponível no endereço eletrónico: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/223>, [consult. 20-12-2017].

de medicamentos, álcool e drogas, e

(b) quaisquer outros dados contidos nos ficheiros clínicos sobre o tratamento de um paciente, incluindo dados administrativos (número de segurança social, data de admissão no hospital, etc.), de modo a que qualquer dado que não seja relevante para o tratamento do paciente não seja inserido nos ficheiros médicos.

A Telemedicina pode ser vislumbrada como uma forma contemporânea de prestação de cuidados de saúde, sendo catalogada como um serviço da sociedade de informação, cuja efetivação, origina diferentes desafios ético-legais, nomeadamente, no que tange ao consentimento informado. Devendo este ser acatado, quer no que respeita à prática do ato médico: tratamento/intervenção quer no que concerne à confidencialidade e respeito pela privacidade do paciente (ponto 17 da Declaração de Telaviv). É fundamental que o consentimento se materialize através do correto cumprimento do dever de informação e esclarecimento ao paciente em relação ao tratamento/intervenção. Não devendo o médico em caso algum descurar os padrões de prestação de cuidados de saúde, independentemente da forma como se constitui a relação médico-paciente.

De facto, a telemedicina derruba barreiras físicas, mas não pode nunca ser utilizada como uma via rápida de ultrapassagem do consentimento informado.

Por outro lado, a utilização de senhas e a monitorização do acesso às informações dos usuários, é de extrema relevância a fim de salvaguardar a dignidade e a reserva da privacidade do paciente. Dever-se-á também fomentar a criação de plataformas de diálogo e discussão entre os profissionais implicados na utilização da telemedicina, nomeadamente através das classes profissionais. Uma maior

harmonização da legislação a nível internacional, no que concerne à telemedicina. As lacunas devem ser colmatadas para que se olhe sem medos para a telemedicina. Criação de instrumentos que poten-

ciem a regulamentação da telemedicina de forma mais assertiva e harmónica.

MODULAÇÃO GÊNICA EM EMBRIÕES HUMANOS

Graziella Trindade Clemente

Palavras Chave: edição gênica; linhagem germinativa humana; CRISPR/Cas9; pesquisas clínicas; embriões humanos.⁽¹⁾

Keywords: gene editing; human germline; CRISPR/Cas9; clinical research; human embryos.

Resumo: O recente implemento de moderna tecnologia — CRISPR/Cas9 — possibilitou o avanço inquestionável da edição gênica em linhagem germinativa humana, seja por meio da manipulação de células precursoras de gametas, células tronco pluripotentes, gametas ou, até mesmo, de embriões.

Mesmo levando em conta os benefícios terapêuticos preventivos demonstrados nas pesquisas básicas e pré-clínicas em embriões humanos, tais investigações encontram barreiras de aceitação em todo o mundo. Tal situação exige mudança de atitude no sentido de incrementar o debate em torno da aplicabilidade dessas novas tecnologias. Assim, a adequação das atuais regulamentações faz-se necessária e deve incluir a superação dos desafios técnicos, as considerações éticas e o consenso social.

Nesse contexto, torna-se relevante discutir os limites e potencialidades dessa tecnologia; riscos e benefícios para as futuras gerações; regulamentações e recomendações relativas às indicações e contraindicações da técnica, bem como seu reflexo na autonomia reprodutiva e impacto social.

Abstract: Recent modern technology systems — CRISPR/Cas9 — have made unquestionable advances in genome editing possible in human germline, whether by means of precursor gamete cell manipulation, pluripotent stem cells or even embryos.

Even taking into account the preventative therapeutic benefits demonstrated in basic and preclinical research on human embryos, such investigations encounter barriers to their acceptance all over the world. This situation requires a change in attitude in the sense of incrementing the debate on the applicability of these new technologies. Thus, adaptation of existing regulations is needed and should include overcoming technical challenges, ethical considerations and social consensus.

In this context, it becomes relevant to discuss the limits and potential of this technology, the risks and benefits for future generations, regulation and recommendations in regard to the indications and contraindications of the technique, as well as its repercussions on reproductive autonomy and social impact.

Sumário: I. Introdução; II. Regulamentações e recomendações III. Aplicabilidade da técnica CRISPR/Cas9; IV. Riscos e benefícios; V. Autonomia reprodutiva; VI. Impactos sociais; VII. Conclusão.

Nosso genoma conseguiu chegar a um frágil equilíbrio entre forças contrapostas, pareando fita com fita, misturando passado e futuro, opondo memória a desejo. Essa é a coisa mais humana que possuímos. Seu manejo pode ser o supremo teste de conhecimento e discernimento para nossa espécie.

(Siddhartha Mukherjee
O Gene — uma história íntima)

¹ Doutora em Biologia Celular pela UFMG
Mestre em Ciências Morfológicas pela UFMG
Professora Titular no Centro Universitário Newton Paiva
Advogada e Médica Dentista

I. Introdução

Considerada como um dos maiores avanços da ciência nos últimos anos, a técnica de edição gênica, conhecida pela sigla CRISPR/Cas9 (clustered regularly interspaced short palindromic repeats), garantiu, de forma simples, acessível, rápida e eficiente a manipulação do DNA humano, possibilitando assim maior conhecimento das doenças genéticas no que diz respeito ao diagnóstico, prevenção e proposta de novas alternativas terapêuticas. Dessa forma, ela constitui ferramenta revolucionária no mapeamento de doenças graves, de caráter hereditário e, na maioria das vezes, incurável.

Inicialmente, a aplicabilidade da edição gênica restringiu-se à linhagem de células somáticas, o que significa dizer que ela se aplica à maioria das células de nosso organismo, ou seja, aquelas responsáveis pela formação dos diferentes tecidos e órgãos. Diferentemente da linhagem germinativa, a linhagem somática não tem o potencial de gerar gametas. Assim sendo, as modificações promovidas em seu material genético não se perpetuam nas futuras gerações. Ao contrário, afetarão apenas o indivíduo em si, jamais sua progênie.

Somente a partir de 2015, os debates se acirram em torno da possibilidade de edição gênica de células da linhagem germinativa humana — ovócitos, espermatogônias e embriões. Assim, de forma inédita, possibilitou-se a manipulação de seqüências do DNA de embriões humanos.⁽²⁾

Considerando-se que a modificação gênica de células germinativas é capaz de impactar o organismo do indivíduo como um todo, bem como de seus descendentes, essa técnica ainda é muito cri-

ticada seja por razões biomédicas, seja por razões bioéticas ou legais. Apesar dos benefícios terapêuticos que podem advir do seu uso, a possibilidade de promover mudanças permanentes no DNA de células com capacidade de transmitir essas informações para as futuras gerações, tem justificado os intensos debates sobre o tema.

Assim, enquanto no passado considerava-se esse debate distante da realidade devido às limitações técnicas relativas à edição gênica, hoje, com os avanços técnico-científicos, a questão torna-se iminente.

II. Regulamentações e Recomendações

É fato que ainda existe consenso global no sentido de não se permitir a modificação gênica de células germinativas humanas. Mesmo levando-se em consideração a variação dos diferentes sistemas regulatórios atualmente em vigor no mundo, sua proibição, na maioria dos países é evidente, seja por basear-se nos regulamentos que regem a técnica de reprodução assistida, seja por confrontar-se com princípios da bioética, ou, até mesmo, pela ausência de regulamentação específica (casos em que se utilizam as regras convencionais de engenharia genética), tal prática permanece coibida.

Os regulamentos variam não só entre os diferentes países, mas, também dependem do modelo de estudo utilizado. Assim, temos regulamentações distintas se considerarmos edição de células somáticas ou embriões/linhagem germinativa.⁽³⁾

Na Europa, a Convenção de Oviedo deixa explícitas as restrições à criação de embriões humanos para pesquisa — 29 países ratificaram cabendo, a cada um, respeitando-se a convenção, criar as pró-

prias leis para regulamentar o tema. Nesses termos, a modificação do genoma humano está limitada às condições de diagnóstico, prevenção ou tratamento, desde que não promova modificação no genoma dos descendentes, e que se respeite a proibição quanto à aplicação clínica restrita à reprodução.⁽⁴⁾

Com relação à regulamentação das modificações promovidas na linhagem reprodutiva humana, as restrições são ainda mais contundentes. Dependendo da distinção entre a aplicação das pesquisas (básicas ou clínicas) define-se quanto à sua proibição ou não. Entretanto, a ambiguidade torna-se ainda mais evidente pois, nos países em que se permite pesquisas básicas, condiciona-se essa prática à destruição dos embriões modificados.

Um dos argumentos que sustentam tais proibições seria o receio do uso indevido de tais técnicas, ou seja, sem qualquer indicação médica, o que poderia ser configurado como prática eugênica.⁽⁵⁾

Como já foi comprovado, a edição gênica de embriões humanos deve ocorrer nos primeiros estágios do desenvolvimento de embriões normais, para que se possa garantir acurácia da técnica. Além disso, é evidente que, nessas situações, promove-se a modificação no genoma dos descendentes. Nesses termos, as pesquisas tornam-se impossíveis em número significativo de países europeus.

⁴ Convenção de Oviedo — Intervenções sobre o genoma humano — Artigo 13 “Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.”

⁵ Práticas eugênicas são tentativas de se obter máximo aprimoramento genético humano, sem qualquer indicação médico-terapêutica. Essas técnicas podem ser classificadas como negativas, quando têm o objetivo de promover o melhoramento genético humano por meio da redução da possibilidade procriativa de indivíduos com características “socialmente indesejadas”. Já, quando classificadas como positivas, objetivam estimular a procriação de indivíduos com características “socialmente desejáveis” — Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al.: “Human Germline Genome Editing”, *The American Journal of Human Genetics*, 2017, núm. 101, pp. 167-176.

Contudo, ocorre maior aceitabilidade se a edição gênica de embriões humanos processa-se no contexto de pesquisas básicas sem finalidade clínica como, por exemplo, na reprodução desde que comprovada a destruição dos embriões modificados.

Assim, enquanto numa minoria de países signatários da Convenção de Oviedo não existe proibição categórica para tais pesquisas (apenas coíbe-se práticas eugênicas), na maioria, a aplicação clínica da edição de células germinativas é proibida.

Existem ainda alguns países em que se permite utilizar a técnica de transferência de mitocôndrias, aceitando a possibilidade de produção de embriões com a finalidade de pesquisa. Em vários países signatários da Convenção de Oviedo, entretanto, quando tais práticas são permitidas, elas só podem ocorrer em embriões excedentários do processo de fertilização in vitro.

Esses exemplos comprovam a necessidade de se adaptar a legislação vigente ao dinamismo técnico científico, pois novas demandas vão surgindo e necessitam ser devidamente regulamentadas. Além disso, é preciso solucionar a diversidade e, até mesmo, a ambiguidade legislativa a fim de possibilitar avanços seguros, responsáveis e promissores. Assim sendo, tais procedimentos exigem regulamentação específica, precisa e atualizada.

Nesse sentido, diante da possibilidade de se prevenir desordens genéticas graves e de difícil, ou até mesmo, impossível tratamento, não seria necessário questionar alguns posicionamentos? Considerando-se que, no momento em que essas legislações e regulamentos foram criados, a tecnologia da edição gênica era ainda incipiente, não seria apropriado reconsiderar alguns pontos de vista? Os fundamentos antes utilizados para fundamentar as proibições relativas à aplicabilidade de tais técnicas

² Liang, P., Xu, Y., Zhang, X., Ding, C., Huang, et al.: “CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human triploid zygotes”, *Protein Cell*, 2015, vol. 6, núm. 5, pp. 363-372.

³ Ishii, T.: “Germ line genome editing in clinics: the approaches, objectives and global society”, *Briefings in Functional Genomics*, 2015, pp. 1-11.

seriam ainda justificáveis?⁽⁶⁾

III. Aplicabilidade da Técnica CRISPR/Cas 9

A técnica CRISPR/Cas9, que funciona como um “editor de texto genético”, promove a correção ou exclusão de genes portadores de mutações relacionadas a doenças possibilitando, assim, desfazer ou silenciar os efeitos deletérios das mesmas.⁽⁷⁾

É possível distinguir diferentes vias de edição quando se utiliza a técnica CRISPR/Cas9 na linhagem germinativa humana. Assim sendo, a edição implementada em zigotos, ocorrerá nos pró-núcleos, enquanto a implementada em embriões, acontecerá momentos antes da implantação. Esses embriões serão então selecionados por meio de biópsia de trofoblasto (diagnóstico pré-implantação ou pelas técnicas de biópsia de vilosidade/amniocentese) com objetivo de verificar possível ocorrência do mosaicismismo ou modificações gênicas

fora do alvo (“off-target”).^{(8) (9) (10) (11)}

Outra preocupação relevante inclui as modificações gênicas “off-target” que podem ocorrer de forma inesperada em decorrência da técnica. Nesse caso, tanto a técnica -CRISPR/Cas9- quanto a origem dos embriões, poderiam justificar a ocorrência do efeito indesejado. Nesse sentido, têm sido desenvolvidas técnicas que permitem analisar a eficiência da edição e o cálculo do efeito mutagênico correspondente a fim de se aumentar a segurança e acurácia das mesmas.⁽¹²⁾

Sabe-se, no entanto, que mesmo quando são ultrapassadas as barreiras éticas e legais em relação às pesquisas em embriões humanos, muitos desafios técnicos ainda persistem. Estudos realizados

⁸ O mosaicismismo se manifesta quando há corte ou reparação indevidos do DNA nos estágios precoces do desenvolvimento. Para se evitar o mosaicismismo é ideal que a edição se processe nos momentos iniciais da segmentação. Ocorre que, em razão da proibição quase absoluta (legal/ética) de se produzir embriões humanos para pesquisa, a utilização dos embriões excedentários da fertilização “in vitro” torna-se uma das únicas opções. Entretanto, esses já se apresentam em estágios mais avançados de clivagem o que aumenta a chance de ocorrência do mosaicismismo (Araki, M., Ishii, T.: “International regulatory landscape and integration of corrective genome editing into in vitro fertilization”, *Reprod Biol Endocrinol*, 2014, núm. 12, pp. 108.)

⁹ Yoshimi, K., Kaneko, T., Voigt, B. et al: “Allele-specific genome editing and correction of disease-associated phenotypes in rats using the CRISPR-Cas plataforma”, *Nat Commun*, 2014, núm. 5, pp. 4240.

¹⁰ Kang, Y., Zheng, B., Shen, B. et al: “CRISPR/Cas9-mediated Dax 1 knockout in the monkey recapitulates AHC-HH”, *Hum Mol Genet.*, 2015, núm. 24, pp. 7255-7264.

¹¹ Alternativas para utilizar embriões humanos nos estágios iniciais de clivagem incluem a utilização de ovócitos descartados da técnica fertilização “in vitro”, ou zigotos com anomalias de fertilização (3PN). Entretanto, nesses casos, o mosaicismismo também tem ocorrido, muito provavelmente devido às anormalidades associadas — Kang, X., He, W., Huang, Y. et al: “Introducing precise genetic modifications into 3PN embryos by CRISPR/Cas-mediated genome editing”, *J Assist Reprod Genet.*, 2016, núm. 33, pp. 581-588.

¹² Mutações *off-target* seriam aquelas não intencionais, que podem ocorrer no genoma em decorrência da ação não específica da enzima Cas9. Dessa forma, além do efeito pretendido, pode-se provocar também a mutação de algum outro gene de forma não esperada ou indesejada — Boel, A., Steyaert, W., De Roeker, N. et al: “BATCH-GE: batch analysis of next generation sequencing data for genoma editing assessment”, *Sci Rep.*, 2016, núm 6, pp. 30330.

em animais de laboratório, em que foi utilizado método alternativo de edição gênica (CRISPR/Cas9/sgRNA) comprovaram aumento significativo na efetividade da técnica principalmente pela não ocorrência do mosaicismismo.⁽¹³⁾

Deve-se destacar, também, resultados obtidos em embriões humanos em que a ferramenta de edição — CRISPR/Cas9 — foi utilizada no momento da fertilização. Nesses casos, tanto o mosaicismismo, quanto a ocorrência de modificações gênicas fora do alvo puderam ser efetivamente prevenidas.⁽¹⁴⁾

Por outro lado, na situação em que se editam células germinativas humanas, ovócitos e espermatozônias, o processo deverá ocorrer ainda durante a gametogênese garantindo-se, assim, a produção de gametas sem alteração, para então serem utilizados na reprodução assistida.

Com relação aos ovócitos, apesar de sua manipulação ser tecnicamente mais fácil, existe a desvantagem da disponibilidade reduzida da amostra.

Tem sido sugerido que, para garantir a eficácia da edição, a mesma deve ocorrer em estágio celular específico (ovócitoII) sendo, portanto, necessário cultivar “in vitro”.⁽¹⁵⁾

Os gametas masculinos, por sua vez, devem ser editados enquanto espermatogônias (precursoras do espermatozoide) para garantir a eficácia da técnica. Em seguida, procede-se a diferenciação dessas células “in vitro” e segue-se a fertilização.⁽¹⁶⁾

¹³ Hashimoto, M., Yamashita, Y., Takemoto, T.: “Electroporation of Cas9 protein/sgRNA into early pronuclear zygotes generates non-mosaic mutants in the mouse”, *Dev Biol.*, 2016, núm. 418, pp. 1-9.

¹⁴ Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW., et al: “Correction of a pathogenic gene mutation in human embryos”, *Nature*, 2017, pp. 1-7.

¹⁵ Woods, DC., Tilly, JL.: “Isolation, characterization and propagation of mitotically active germ cells from adult mouse and human varies”, *Nat Protoc.*, 2013, núm. 6, pp. 30330.

¹⁶ Goossens, E., Van Saen, D., Thourayne, H.: “Spermatogonial stem cell preservation and transplantation: from research to clinic”, *Hum Reprod.*, 2013, núm. 28, pp. 897-907.

A edição gênica quando aplicada em pesquisas básicas oferece grande vantagem, uma vez que gera conhecimento científico amplo que poderá contribuir para a saúde e bem estar humanos. Avanços nos estudos relativos ao papel da genética no desenvolvimento humano precoce, incluindo esclarecimento dos mecanismos que justificam a diferenciação celular em modelos humanos, investigação do papel de alguns genes específicos nos momentos iniciais do desenvolvimento embrionário humano, compreensão da gênese de doenças genéticas propiciando o desenvolvimento de medicamentos específicos para essas doenças (utilizando modelo de células tronco embrionárias, que apresentam vantagens significativas sobre o modelo de células pluripotentes — mais diferenciadas), desenvolvimento de terapias gênicas importantes no tratamento de diferentes tipos de câncer (utilizando-se células tronco embrionárias para obtenção de resultados mais confiáveis), entre outros, são exemplos das possíveis indicações das pesquisas básicas nesse âmbito. Assim, mesmo considerando a possibilidade dos objetivos clínicos da edição gênica não serem alcançados, a relevância das pesquisas básicas, nessa área, é indiscutível.

A principal justificativa à objeção a essas pesquisas fundamenta-se na questão da “instrumentalização” dos embriões humanos, questão superada em relação aos embriões nos primeiros estágios de desenvolvimento, já que esses exibiriam um status próprio, diferenciado daquele conferido ao feto e ao recém-nascido. Exatamente por isso, alguns países permitem, com restrições, o uso de embriões excedentários para pesquisas. Nessa mesma linha de raciocínio, justifica-se a alternativa da utilização de embriões triploides para pesquisas, já que esses

não apresentam potencial para desenvolvimento.⁽¹⁷⁾

A maior polêmica, entretanto, refere-se à criação de embriões para pesquisa. É evidente que a utilização dos embriões excedentários seria a primeira opção, porém, pesquisas pré-clínicas só são possíveis em embriões no estágio inicial de segmentação, o que inviabiliza a utilização de embriões excedentários. De acordo com ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology) e ESHG (European Society of Human Genetics), não existiria diferença entre o status desses dois tipos de embriões (excedentários ou produzidos com a finalidade de pesquisa), já que ambos teriam o mesmo destino: nunca poderiam ser implantados.^{(18) (19)}

Nota-se, portanto, que a edição gênica da linhagem germinativa em pesquisas básicas pode garantir inúmeros benefícios: em curto prazo, por constituir importante ferramenta no tratamento de doenças monogênicas e, em longo prazo, por representarem ferramenta eficiente no combate de doenças poligênicas, multifatoriais e infecciosas.^{(20) (21)}

¹⁷ Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J., “The ethics of germline gene editing”, *J Appl Philos.*, 2017, núm. 34 (4), pp. 498-513.

¹⁸ De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G., et al.: “Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE,” *European Society of Human Genetics*, 2018

¹⁹ De Wert, G., Pennings, G., Clarke, A., et al.: “Human germline gene editing: Recommendations of ESHG and ESHRE,” *European Journal of Human Genetics*, 2018.

²⁰ “Um distúrbio monogênico é aquele determinado principalmente pelos alelos de um único locus. Uma lista clássica de doenças monogênicas conhecidas, a Mendelian Inheritance in man, foi elaborada pelo falecido Victor A. McKusick e se tornou indispensável aos médicos geneticistas durante décadas (...). Um único gen ou par de genes frequentemente produz múltiplos efeitos fenotípicos diferentes em vários sistemas, com uma diversidade de sinais e sintomas acontecendo em diferentes momentos da vida (...) embora todas as manifestações da doença sejam originárias da mesma mutação”. Thompson & Thompson: *Genética Médica*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2016, p. 546.

²¹ “A herança complexa dos distúrbios multifatoriais comuns (...) tais doenças raramente resultam simplesmente da herança de um ou dois alelos de efeito maior em um único locus, como ocorre nos distúrbios mendelianos dominantes recessivos. Em vez disso, acredita-se

Com relação às pesquisas de aplicação clínica, é irrefutável a importância da edição gênica em embriões humanos na prevenção de doenças genéticas (6% das crianças recém nascidas apresentam problemas genéticos importantes). Utilizando-se dessa técnica, é possível identificar os genes responsáveis por essas condições, o que implicaria na esperança de tratamento preventivo para essas doenças.

Muitos defendem ser desnecessário lançar mão de tal tecnologia, já que tanto a fertilização “in vitro”, quanto a técnica de diagnóstico pré-implantação são eficientes em selecionar embriões não afetados por grande variedade dessas doenças evitando-se, dessa forma, nascimento de crianças portadoras de tais mutações. Entretanto, há uma série de situações em que a possibilidade de seleção de embriões viáveis é muito reduzida ou próxima de zero. Assim sendo, a indicação clínica da edição seria evidente nos casos em que a seleção não é capaz de garantir embrião saudável. Nesse contexto, algumas situações destacam-se como exemplos de indicação para pesquisa clínica a saber: casos em que há produção de apenas um embrião viável na fertilização “in vitro”, no qual se que o mesmo é portador de mutação monogênica; nas situações em que os pacientes são portadores de doenças genéticas autossômicas dominantes, apresentando duas cópias do gene com mutação; casos de doenças autossômicas recessivas, quando mesmo procedendo-se a seleção de embriões pela técnica de fertilização “in vitro” seguida de diagnóstico pré-implantação, não há como evitar a possível transmissão do gene

que resultam de interações complexas entre diversas variantes genéticas que alteram a susceptibilidade à doença, combinadas com determinadas exposições ambientais e possíveis eventos causais, todos atuando em conjunto para desencadear, acelerar, ou proteger contra o processo da doença. Por essa razão, estes distúrbios são considerados de origem multifatorial, e a agregação familiar caracteriza um padrão que é referido como complexo”. Thompson & Thompson: “A herança complexa dos distúrbios multifatoriais comuns”, em *Genética Médica*, cit, pp. 133-170.

com mutação para os descendentes do portador sadio; situações em que ambos os pais são portadores do gene com mutação. Na maioria desses casos, mesmo utilizando-se as técnicas de fertilização “in vitro” e diagnóstico pré-implantação seria necessário produzir quantidade significativa de embriões para garantir possível seleção de embrião saudável o que, na maioria dos casos, é inviável. Ademais, isso não garantiria que tal embrião ficasse livre de ser portador da mutação, podendo assim, transmiti-la a seus descendentes.⁽²²⁾

Em contrapartida, por meio da edição gênica em que se pretende corrigir ou eliminar genes causadores dessas doenças nos embriões, pode-se alcançar total ou parcialmente esses objetivos o que poderia, inclusive, provocar redução da incidência dessas doenças nas futuras gerações.

Comparativamente, na técnica em que se seleciona o embrião saudável, ocorreria um benefício pessoal. Aquele afetado seria eliminado, e não beneficiado com a cura. Por outro lado, o embrião que apresentava o gene com mutação e passou pelo processo de edição, obteria o benefício pessoal da cura da doença.

A indicação clínica da edição seria também uma possibilidade em casos de doenças poligênicas, ou seja, em que vários genes apresentam mutações simultâneas.

Especialmente nos casos de doenças poligênicas em que há interferência de diferentes fatores ambientais, é muito difícil a seleção de um embrião viável. Nessas situações, inúmeras mutações gênicas se associam para caracterizar uma só doença, como, por exemplo, os que ocorrem em diferentes tipos de câncer nos quais mais de duzentos diferen-

tes genes estão envolvidos. Nesse sentido, a edição gênica nas pesquisas, em longo prazo, pode tornar-se importante ferramenta, já que a técnica tem o potencial de promover múltiplas alterações gênicas simultâneas. É fato, entretanto, que isso dependerá do avanço dos estudos, para deixar de ser apenas uma expectativa. A gênese dessas doenças ainda não foi totalmente delineada, por isso há necessidade de se progredir com as investigações a fim de comprovar o possível potencial da técnica em reduzir sua incidência.

No que se refere às doenças infecciosas, a indicação clínica da edição gênica já é uma realidade. Alguns genes podem garantir aumento da resistência do indivíduo à infecção por diferentes patógenos. Nesse sentido, identificar tais genes para tentar amplificar seu efeito e aumentar a resistência a tais agentes, configuraria imunização efetiva.⁽²³⁾

Apesar de serem ainda consideradas especulações, tais resultados serão impossíveis de serem alcançados se as pesquisas clínicas em células germinativas forem proibidas. Os estudos “in vivo”, em animais, indicam viabilidade das pesquisas clínicas de edição gênica em embriões humanos e, tendo em vista os grandes desafios em prevenir e tratar tais doenças, deve-se considerar os benefícios potenciais de tal técnica ainda mais significativos.

IV. RISCOS E BENEFÍCIOS

Nos embriões em estágio de pré-implantação submetidos à edição gênica pode ocorrer, com alguma frequência, o mosaïcismo. O embrião mosaico resulta de um corte ineficiente do DNA pela nuclease e/ou por reparação inapropriada do mesmo. Assim, mesmo após edição, irão coexistir diferen-

²² Cavaliere, G.: “Genome editing and assisted reproduction: curing embryos, society or prospective parents?” *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2017, pp. 1-11.

²³ Xu, L., Yang, H., Gao Y., et al: “CRISPR/Cas9 — mediated CCR5 ablation in human hematopoietic stem/progenitor cells confers HIV-1 resistance in vivo”, *American Society of Gene & Cell Therapy*, 2017, vol. 25, núm. 8

tes tipos de células, as originais sem mutação (normais); as originais com mutação e as devidamente editadas (sem mutação). Logo, indivíduos mosaicos apresentam diferentes genomas.

No caso da linhagem germinativa, o mosaicismo, apesar de não determinar que o indivíduo seja afetado, não impede a transmissão dos genes com mutação para os descendentes.⁽²⁴⁾

Devido às limitações éticas e legais, o uso de embriões humanos nas pesquisas é restrito. Não só a disponibilidade, mas também a viabilidade dos mesmos, configuram obstáculos importantes a serem superados.

Existem diferentes categorias de embriões humanos que podem ser utilizados em pesquisas. Elas incluem embriões que não são viáveis ou não são adequados para tratamento de fertilidade, embriões viáveis supranumerários ou excedentários após tais tratamentos e embriões criados especificamente para pesquisa, resultantes de doações de ovócitos e esperma.

Os embriões inviáveis não constituem primeira escolha, pois sendo de baixa qualidade podem exibir genomas anormais, o que comprometeria a análise dos resultados. Embriões excedentários, por já terem iniciado o processo de clivagem (estágio de uma célula), tornam a edição gênica mais desafiadora devido ao aumento de chance de ocorrerem mutações, visto que já foi comprovado que o momento da edição gênica influencia diretamente

na ocorrência do mosaicismo.⁽²⁵⁾

Os embriões criados exclusivamente para fins de pesquisa, por sua vez, seriam os ideais do ponto de vista da técnica, já que encontram-se no estágio de zigoto ou mesmo antes da fertilização, fase em que o espermatozoide ainda se mantém com apenas uma cópia de DNA mutante, o que seguramente evita o mosaicismo.⁽²⁶⁾

Entretanto, a maioria dos países proíbe essa prática. As limitações se estendem também ao tempo disponível para proceder as investigações desses embriões “in vitro”, já que não se permite cultivá-los além da segunda semana do desenvolvimento (limite de 14 dias). Essa tem sido discussão atual e relevante: a possível extensão desse prazo.⁽²⁷⁾

Assim, diante de tais limitações, não se pode afirmar, ao certo, até que ponto os resultados comprovando índices relevantes de mosaicismo são devidos ao uso de embriões de qualidade duvidosa, utilização de técnicas mais antigas de edição gênica, ou ambos os fatores.

Com relação aos riscos associados às mutações não intencionais (mutações “off-target” ou fora do alvo) que podem ocorrer no genoma em decorrência da ação inespecífica e não pretendida da enzima Cas9, é importante estimar o dano para, assim, avaliar a real possibilidade de contra-indicação da técnica.^{(28) (29)}

²⁵ Reyes, A. and Lanner, F., “Towards a CRISPR”, cit., pp. 3-7.

²⁶ Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW, Wu, J., Lee, Y. et al: “Correction of a pathogenic”, cit., pp. 1-7.

²⁷ Pera, M., De Wert, G., Dondrop, W. et al.: “What if stem cells turn into embryos in a dish?”, *Nat Methods*, 2015, núm. 12, pp. 917-919.

²⁸ Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW, Wu, J., Lee, Y. et al: “Correction of a pathogenic”, cit., pp. 1-7.

²⁹ Em condições fisiológicas, erros ou falhas podem ser introduzidos durante a replicação ou reparação do DNA. Essas alterações podem também ocorrer em virtude da ação de agentes físicos ou químicos — denominados agentes mutagênicos. Thompson & Thompson:

²⁴ “O mosaicismo é a presença em um indivíduo ou em um tecido de ao menos duas linhagens celulares geneticamente diferentes, porém derivadas de um único zigoto. As mutações que acontecem em uma única célula após a concepção, como na vida pós-natal, podem originar clones celulares geneticamente diferentes do zigoto original porque, devido à natureza da replicação do DNA, a mutação irá permanecer em todos os descendentes clonais dessa célula.” Thompson & Thompson: “Padrões de herança monogênica”, em *Genética Médica*, cit., pp. 107-132.

É inegável que toda pesquisa médica impõe riscos de danos previsíveis e imprevisíveis aos participantes, sendo esses rotineiramente considerados sob o ponto de vista ético. Nesse contexto, supor tolerância zero ao risco seria equivalente a impedir qualquer inovação clínica.

Sendo, no caso, o destinatário do risco de dano o embrião, faz-se necessário considerar as questões já intensamente discutidas em relação ao seu status. Mesmo considerando-se eventuais danos ao embrião, há de se questionar se tais danos têm significância moral, ética e legal suficiente para justificar a proibição de pesquisas tão valiosas.

Fato é que, atualmente, são amplamente aceitas pesquisas que envolvem descartes de embriões humanos relacionados às técnicas de reprodução assistida. Assim, as justificativas tanto para a seleção de embriões, nas técnicas de diagnóstico pré-implantação, quanto a criação de embriões excedentários na técnica de fertilização “in vitro”, fundamentam-se no status do embrião. Assim sendo, se tais práticas são permitidas, com base nesse argumento, como se pode sustentar que a eventual mutação “off-target”, decorrente da edição gênica, seria inaceitável a ponto de se justificar a proibição das pesquisas?⁽³⁰⁾

Vale ressaltar, que se a técnica for aprimorada a ponto de ser considerada como opção terapêutica, poderá ser, inclusive, utilizada em substituição à técnica de diagnóstico pré-implantação evitando-se, assim, o descarte dos inúmeros embriões excedentários resultantes desse processo. Por outro lado, deve-se considerar que a técnica de diagnóstico pré-implantação pode ter sua aplicação para

análise da viabilidade do embrião quanto à ocorrência de mutação “off-target”. Assim, após edição gênica, seleciona-se o embrião com correto padrão de genoma, para então realizar a implantação. Dessa forma, não se estaria negando o risco de dano, mas evitando que esse dano torne-se moralmente significativo (Ex: nascimento de embrião com altas taxas de mutação). Ao contrário, estudos realizados em embriões triploides negam tal risco pois, nesses casos, a edição gênica foi realizada em embriões que não tinham nenhum potencial para nascer (sofrem aborto espontâneo).^{(31) (32)}

É preciso destacar, entretanto, que pouco se conhece sobre o risco real dessas mutações, provocadas pela edição gênica, gerarem doenças. Sabidamente, o genoma pode tolerar quantidade significativa de mutações sem necessariamente representar risco de doença. No mesmo sentido, ressalta-se que, existindo o risco, esse parece inexpressivo, na maioria dos casos, diante da certeza das consequências devastadoras das doenças que se pretende tratar pela técnica da edição gênica. Deve-se considerar, também, que mutações estão constantemente sendo introduzidas na linha germinativa humana. Fatores ambientais, tratamentos medicamentosos, alimentos, idade reprodutiva, entre outros, geram mutação do genoma humano, não necessariamente suficientes para provocar risco às futuras gerações.⁽³³⁾

Para reduzir tais riscos, os pesquisadores têm-se dedicado ao aprimoramento tecnológico produzindo guias de RNA e endonucleases Cas9 mais específicas e com maior fidelidade. Atualmente, é

³¹ Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J., “The ethics”, cit., pp. 498-513.

³² Liang, P., Xu, Y., Zhang, X., et al.: “CRISPR/Cas9-mediated”, cit., pp. 363-372.

³³ Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al: “Human Germline”, cit., pp. 167-176.

“Diversidade genética humana: mutação e polimorfismo”, em *Genética Médica*, cit., pp. 43-56.

³⁰ Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J., “The ethics”, cit., pp. 498-513.

possível proceder, de forma prática e eficiente, a análise das possíveis mutações “off-target” geradas após utilização da técnica CRISPR/Cas9, bem como calcular seu efeito mutagênico correspondente — ferramenta de bioinformática. Esse avanço tecnológico, com certeza, contribui para maior segurança e acurácia da técnica de edição.⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾

Ademais, estudos em gametas e zigoto humanos, em que foi utilizada proteína Cas9 recombinante, foi possível aumentar a especificidade da enzima e reduzir seu tempo de exposição o que provocou redução significativa na ocorrência do efeito “off-target”.⁽³⁷⁾

Conclui-se, pois, que o desenvolvimento de métodos que monitoram de forma mais eficiente a ocorrência das mutações “off-target” e que definem a frequência de ocorrência das mesmas no modelo humano já são uma realidade.⁽³⁸⁾

Assim, se as medidas de segurança em relação às mutações “off-target” continuarem a ser adotadas, não tem como supor que tais riscos se intensifiquem em longo prazo, a ponto de justificar a proibição da técnica de edição em embriões humanos. Com os avanços tecnológicos, os riscos serão certamente superados pelos benefícios potenciais da edição gênica para as gerações futuras.

³⁴ Kleinstiver, B., Pattanayak, M., Tsai, S., et al.: “High fidelity CRISPR-Cas9 (nucleases with no detectable genome-wide off-target effects”, *Nature*, 2016, núm. 529, pp. 490-495.

³⁵ Slaymaker, I., Gao, L., Scott, D., et al.: “Rationally engineered Cas9 nucleases with improved specificity,” *Science*, 2015, núm. 351, pp. 84-88.

³⁶ Boel, A., Steyaert, W., De Rocker, N.: “BATCH-GE: batch analysis”, cit., pp. 30330.

³⁷ Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW., et al.: “Correction of a pathogenic”, cit., pp. 1-7

³⁸ De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: “Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE,” *European Society of Human Genetics*, 2018.

Outra questão, também muito polêmica concernente à edição da linhagem germinativa humana, é o impacto que tais modificações irão gerar nas futuras gerações, sem que esses indivíduos tenham manifestado seu consentimento. Eticamente é aceito que, em relação às decisões médicas, os pais são geralmente os mais apropriados para decidir em nome dos filhos até que os mesmos adquiram capacidade. Além das decisões serem tomadas de acordo com os valores e crenças que irão certamente influenciar seus filhos futuramente, os pais são os maiores interessados em uma decisão acertada.⁽³⁹⁾

Argumenta-se, também, que muitas decisões tomadas pelos pais podem ser consideradas ameaça à autonomia dos filhos na medida em que restringem as futuras escolhas dos filhos. Nesse contexto é importante destacar que, no caso, ocorre exatamente o oposto, ou seja, os pais agem expandindo as escolhas dos futuros filhos, já que ao eliminar a predisposição à futura doença, por meio da edição gênica, afasta-se uma série de restrições a que os mesmos estariam sujeitos ao longo de toda a vida.

Muitos questionam a autoridade dos “indivíduos atuais” para tomar decisões em nome das gerações futuras. Observa-se, entretanto, que em muitas outras situações, que certamente irão causar importantes efeitos em longo prazo, esse consentimento é sequer cogitado (Ex: impacto das poderosas tecnologias de comunicação). Portanto, questão importante em todas as situações em que se expõe indivíduos que não puderam consentir a riscos, é saber se os benefícios usufruídos por eles superariam os riscos. No caso da edição gênica, dependendo da doença genética que se pretende evitar, o benefício para o indivíduo é existencial, pois as limitações são tão graves que

³⁹ Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al.: “Human Germline”, cit., pp. 167-176.

podem comprometer a vida.⁽⁴⁰⁾

Ainda nesse sentido, outra questão que se impõe é que apesar da ênfase dada à necessidade do consentimento, os defensores dessa tese não indicam uma solução para a questão de como proceder para obter, no caso da edição gênica de embriões, o consentimento. E ainda, se todas as decisões relativas à procriação afetam a geração futura, seria também necessário obter tal consentimento, nessa situação? Como fazer? Logo, como é impossível conseguir o consentimento de pessoas que ainda não existem, não se deve proceder essa análise sob a ótica das gerações futuras.⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾

Argumento também extensamente utilizado ao se questionar a modificação do genoma humano, “pool” genético humano, pela técnica de edição gênica é o desrespeito à dignidade humana. Assim, atribui-se tal desrespeito à ideia de que a espécie humana, como tal, não estaria sendo respeitada na medida em que o patrimônio genético -herança comum- ou seja, de toda a humanidade — estaria sendo modificado. Nesse sentido, algumas ponderações são necessárias.

Seria equivocado definir o “pool” genético humano como um catálogo fixo de todos os genes humanos, e nem tampouco determinar que esse “catálogo atual” deva receber um status especial. Além disso, para o bem da humanidade, o “pool” genético deve continuar a evoluir, já que reflete adaptação evolutiva da espécie ao meio em que está inserida. A objeção a tais modificações significa considerar que toda mutação reflete um problema negando-se, portanto, a importância das modificações

⁴⁰ Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J., “The ethics”, cit., pp. 498-513.

⁴¹ Harris, J.: *Enhancing evolution. The ethical case for making better people*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

⁴² Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J., “The ethics”, cit., pp. 498-513

adaptativas. É sabido que a maioria das variantes no genoma, comuns ou raras, refletem diferenças na sequência de DNA que não têm nenhum significado clínico.⁽⁴³⁾

Assim, sendo a técnica utilizada para corrigir defeitos e restaurar a saúde em futuras crianças, é difícil visualizar como isso refletiria negativamente na dignidade humana.⁽⁴⁴⁾ ⁽⁴⁵⁾

V. Autonomia Reprodutiva

Considerando-se a realidade reprodutiva de futuros pais com alto risco de terem filhos afetados por sérias doenças genéticas, pode-se dizer que com a técnica de edição gênica cria-se mais uma alternativa reprodutiva estendendo as opções e, assim, garantindo maior autonomia reprodutiva aos mesmos.⁽⁴⁶⁾

Na realidade, o que ocorre é bem mais do que oferecer uma ferramenta tecnológica adicional para reprodução assistida, pois o que se oferece é opção, nos casos em que todas as outras técnicas falharam, de garantir filhos biológicos saudáveis, bem como seus descendentes.⁽⁴⁷⁾

VI. Impactos Sociais

Outro aspecto, pertinente ao tema, seria a discussão em torno das questões éticas de repercussão

⁴³ Thompson & Thompson: “Diversidade genética humana: mutação e polimorfismo”, em *Genética Médica*, cit., pp. 43-56.

⁴⁴ Cavalieri, G.: “Genome editing”, cit., pp. 1-11

⁴⁵ De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: “Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE,” *European Society of Human Genetics*, 2018.

⁴⁶ De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: “Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE,” *European Society of Human Genetics*, 2018.

⁴⁷ Cavalieri, G.: “Genome editing”, cit., pp. 1-11.

social, relativas à técnica de edição gênica em embriões humanos. Assim, faz-se necessário analisar as práticas eugênicas, o aprimoramento e a questão da acessibilidade a tais tecnologias.

Uma preocupação comum, no que diz respeito à edição gênica de embriões humanos, relaciona-se ao seu uso como ferramenta para aprimoramento humano, e não apenas para prevenir e tratar doenças. Nesse sentido, o aprimoramento torna-se preocupação na medida em que pode ser utilizado para reforçar o preconceito ou restringir a diversidade gênica nas futuras gerações, bem como estreitar o conceito de normalidade.⁽⁴⁸⁾ 48

Existem muitas expectativas em relação a utilização da técnica de edição com objetivo de se obter o aprimoramento genético “máximo” da espécie humana — “designer babies”. Entretanto, estudos recentes comprovam que trata-se, ainda, de uma ficção científica na medida em que exigiria uma série de modificações complexas e simultâneas do DNA. Além disso, as características potencialmente desejáveis — alvo da edição- teriam que ser determinadas predominantemente pelo DNA, o que já ficou comprovado que nem sempre ocorre.⁽⁴⁹⁾

Merece destacar que, essas situações são consideradas como uso indevido da edição gênica em embriões humanos, não se tratando de indicação médica. Portanto, não deveriam ser utilizadas como argumento para justificar a proibição do uso da técnica quando essa apresenta finalidade preventiva-terapêutica.⁽⁵⁰⁾

Sabe-se que muitas tecnologias utilizadas na medicina tem a finalidade de aprimoramento, embora isso não seja razão suficiente para proibir ou restringir seu uso (Ex: cirurgias plásticas, diagnóstico pré-implantação). Portanto, não existe motivo para supor que com a técnica da edição gênica seria diferente.

De toda forma, o risco dessas práticas é inegável, o que enfatiza a necessidade da pesquisa continuada e da cuidadosa regulamentação de quaisquer de suas aplicações.⁽⁵¹⁾

Outro aspecto importante a ser analisado é a acessibilidade à técnica. É notório que quando implementadas clinicamente, essas técnicas, certamente irão representar custo elevado o que pode, inclusive, dificultar sua oferta via planos de saúde. Mesmo que a edição gênica, por si, não seja técnica dispendiosa, para sua implementação clínica é necessário associá-la às técnicas de reprodução assistida, fertilização “in vitro” e diagnóstico pré-implantação que, sabidamente, são onerosas. Assim, inevitavelmente, esse fato poderá limitar o acesso de alguns grupos sociais a essa tecnologia criando-se, desta forma, desigualdade de oportunidades.⁽⁵²⁾ (53)

Não só as diferenças socioeconômicas mas, também, as culturais e intelectuais podem influenciar na acessibilidade à essas terapias, pois são aspectos que interferem na questão do entendimento e aceitação da indicação clínica da edição gênica.⁽⁵⁴⁾

⁵¹ Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J., “The ethics”, cit., pp. 498-513

⁵² Vassena, R., Heindryckx, B., Peco, R. et al.: “Genome engineering through CRISPR/Cas9 technology in the human germline and pluripotent stem cells,” *Human Reproduction — update advanced access*, 2016.

⁵³ De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: “Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE,” *European Society of Human Genetics*, 2018.

⁵⁴ Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al: “Human Germline”, cit., pp. 167-176.

Entretanto, essas questões de acessibilidade podem ser atenuadas, em grande parte, pelos programas de saúde pública — investimento de recursos públicos; o patenteamento e comercialização da técnica. Certamente, a inequidade social deve ser algo a ser combatido, mas jamais uma justificativa para impedir o avanço dessa tecnologia.

VII. Conclusão

A técnica de edição gênica (CRISPR/Cas9) é considerada um dos maiores avanços da ciência na era moderna. Por meio desta técnica é possível manipular o DNA humano, o que constitui ferramenta revolucionária no mapeamento de doenças graves, de caráter hereditário, frequentemente incuráveis. O assunto, embora polêmico em relação aos aspectos éticos, traz consigo uma gama imensa de possibilidades que vão desde indicações preventivas até terapêuticas em diferentes afecções monogênicas hereditárias e distúrbios poligênicos.

Seu papel não se limita às doenças hereditárias, mas é muito mais abrangente uma vez que a edição gênica pode interferir na resistência do sistema imunológico favorecendo o combate aos agentes etiológicos de diferentes doenças infecciosas graves.

Inicialmente restrita à linhagem de células somáticas (sem potencial para gerar gametas), a edição gênica, a partir de 2015, tem também sido considerada na linhagem germinativa possibilitando manipulação de sequências do DNA de embriões humanos. Esse processo impacta não só o indivíduo

como seus descendentes o que faz avultar, ainda mais, as implicações de caráter biomédico, bioético e legais.

Sua contribuição para a compreensão da gênese das doenças genéticas e do desenvolvimento embrionário humano é inquestionável. Com os avanços tecnológicos ela tende a ser conduzida de maneira cada vez mais segura, gerando riscos aceitáveis e gerenciáveis, garantindo benefícios que superam os danos. Desse modo, alterações indesejáveis como o mosaïcismo e as mutações “off — target”, deverão ser abolidas ou cada vez menos frequentes.

Embora ainda exista consenso global no sentido de não se permitir a modificação gênica de células germinativas humanas, o progresso inquestionável da ciência nessa área tem potencial para superar as inúmeras adversidades impostas pelas limitações e restrições que o tema impõe.

Sua proibição representa um retrocesso inquestionável. Argumentos teóricos devem ser considerados, respeitados e avaliados dentro de valores éticos bem fundamentados mas não devem constituir empecilhos incontornáveis. Diálogos interdisciplinares serão sempre necessários e desejáveis no sentido de ponderar as regras já existentes, delineando e estabelecendo novos paradigmas objetivando promover as adequações pertinentes.

“Não existem atalhos para a sabedoria.” A Ciência não caminha para trás. O processo científico é exigente, e deve ser construído de forma gradual e contínua.

DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO E O EFEITO “THE SIMS” UMA ANÁLISE BIOÉTICA DAS RECENTES PRÁTICAS DE MANIPULAÇÃO DE DNA

Heloisa Maria De Luca⁽¹⁾

Palavras-Chave: *Genética; bioética; in vitro; pré-implantação; reprodução assistida; mutação; diagnóstico genético; ética.*

Keywords: *Genetics; bioethics; in vitro; pre-implantation; assisted reproduction; mutation; genetics diagnoses; ethic.*

Resumo: *Os crescentes avanços nas tecnologias de reprodução assistida resultaram em implicações ético-jurídicas nunca antes discutidas e reguladas por lei. Métodos apenas descritos em ficções distópicas como “Admirável Mundo Novo” de Aldous Huxley começam a tornar-se realidade e necessários de regulamentação. O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) surgiu como uma complementação ao diagnóstico pré-natal (DPN), mas modificou-se ao ponto que o ordenamento jurídico se tornou incapaz de acompanhar seu ritmo de desenvolvimento. O que antes seria o DGPI apenas um método de seleção embrionária, com a técnica CRISPR/Cas9, tornou-se possível a alteração do DNA embrionário, sem necessitar uma seleção. Está técnica, também conhecida como uma “tesoura molecular”, permite inserir, excluir ou substituir fragmentos da cadeia genética, gerando, assim, mutações forçadas. Embora seu objetivo principal seja a supressão das chamadas doenças genéticas, causadoras de sofrimento ao ser humano, esta nova possibilidade igualmente permite ações não tão nobres, como a prática de “design” de bebês.*

O presente artigo se propõe a debater as implicações éticas dos novos métodos aplicadas para alteração genética de embriões — mais especificamente, CRISPR/Cas9 —, e possíveis consequências à linha germinal. Com a utilização do método de revisão bibliográfica e documental, pretende-se avaliar os

paradigmas éticos decorrentes destas novas técnicas, à luz dos princípios da bioética definidos por Tom L. Beauchamp e James F. Childress e atuais enquadramentos jurídicos que os regem.

Abstract: *The current advances in the field of assisted reproduction resulted in ethical and legal implication never before discussed or ruled by law. Methods only describe in dystopias, like “Brave New World”, from Aldous Huxley, are beginning to become a reality, desperate for regimentation. The preimplantation genetic diagnosis (PGD) appeared as an addition to the prenatal diagnosis (PND), but this technique evolved in a way that the legal systems were no longer capable of monitor its development. What before DGPI would be just a method for embryo selection, with the advent of CRISPR/Cas9 technology, it would now be possible to modify the embryo DNA, without the need to a selection. This technique, also known as “molecular scissors”, allows the insertion, removal or substitution of fragments from the genetic chain, leading to artificial mutation. Although its prime purpose is the suppression of the so call genetic diseases, responsible for human suffering, this new possibility also allows actions not so noble, such as the practice of designed babies.*

The following paper aims to debate the ethical implications of these new methods to alter embryo genetics — more specifically, CRISPR/Cas9 — and their possible consequences to the germline. Using documentary research and literature review, we intend to analyse the ethical paradigms of these techniques, according to the bioethical principles proposed by Tom L. Beauchamp and James F. Childress, and the existing legal tools.

1. Introdução

Após nove anos de tentativas frustradas para conceber, o casal inglês Leslie e John Brown sub-

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa. Graduada pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ).

meteu-se a uma técnica inovadora chamada fertilização in vitro (FIV). Em 1978, o casal deu as boas-vindas à sua primeira filha, Louise Brown, o primeiro “bebê de proveta”.

Em termos simples, esta técnica consistia na fecundação de um óvulo por espermatozoides, normalmente do parceiro, num ambiente manipulado — placas de petri em laboratório —, fora do útero feminino. Esse procedimento resultaria na formação de um zigoto, Para sua posterior reimplantação no organismo feminino, dando, assim, prosseguimento ao desenvolvimento do feto e à gravidez. Desde então, milhares de casais⁽²⁾, incapazes de conceber naturalmente — em sua maioria, submeteram-se a esse tratamento.

Similares a essa prática, surgiram outros métodos de auxílio a casais inférteis com desejo de conceber, como a microinjeção intracitoplasmática de espermatozoide no ovócito (ICSI)⁽³⁾ e a inseminação sub-zonal (ZUSI). Ambas técnicas seriam indicadas a casos em que o esperma doado possuísse baixa contagem de espermatozoides, ou com mobilidade reduzida, sendo incapaz de penetrar o óvulo naturalmente. Sendo assim, o espermatozoide seria inserido diretamente ao óvulo por meio de uma fina seringa de vidro. Caso a fecundação fosse bem-sucedida, seguir-se-iam aqui os mesmos procedimentos aplicados à FIV.

A possibilidade de manipulação de um embrião por mãos humanas permitiu à comunidade científica sonhar a aplicação da técnica descrita no manuscrito dos Doutores Robert Edwards e

Richard Gardner, publicado em 1967⁽⁴⁾, qual seja, a seleção de gametas em blastocistos de coelhos. Seria possível selecionar, antes da implantação no útero humano, um embrião com sexo específico e já pré-escolhido? Essa possibilidade seria confirmada em 1989⁽⁵⁾, no Hospital Hammersmith (Reino Unido), pela geneticista grega Elena Kontogianni, enquanto estudava para seu PhD. Realizando-se a biópsia pré-embriônica, é possível a identificação e isolamento dos cromossomos sexuais, permitindo verificar se o embrião se desenvolverá para ser um menino (XY) ou menina (XX). A partir de então, estuda-se a hipótese de seleção de embriões em casos de doenças holândricas, ou seja, relacionadas ao cromossomo sexual, como hemofilia, ou afecções hereditárias, e.g., fibrose cística, de modo a reduzir seus índices de incidência.

A esta técnica revolucionária de seleção embrionária denominou-se Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI)⁽⁶⁾.

Em 1990, anunciou-se a fundação de um projeto, consistindo num esforço internacional de cooperação entre diversos países, cujo objetivo seria o mapeamento de todos os genes que codificam as proteínas do corpo humano, assim como sequências de DNA que não são genes. Nascia o Projeto Genoma Humano⁽⁷⁾.

Este projeto revelou não apenas a localização dos genes responsáveis pelo sexo, como 99,9% dos nucleotídeos que constituem a cadeia genéti-

⁴ Edwards, R.G. and Gardner, R.L. (1967) Sexing of live rabbit blastocysts. *Nature* vol. 214, p. 576–577.

⁵ Entretanto, o primeiro nascimento por meio desta técnica apenas ocorreu em 1990. Em 2014, apenas no Reino Unido, 594 ciclos de tratamento com PGD ocorreram. Em 2013, haviam sido 578, resultando no nascimento de 164 crianças. (HFEA, “Fertility treatment 2014 Trends and figures”, datasheet, sheet “12.PGD”, 2016).

⁶ PGD — preimplantation genetics diagnoses.

⁷ Para mais informações sobre o Projeto Genoma Humano, vide <https://www.genome.gov>.

ca humana, permitindo, assim, o estudo de todas as características que fazem do ser humano um ser único, seus defeitos e singularidades. Desde a formação dos gametas sexuais a doenças genéticas, pré-disposições comportamentais e demais fenótipos.

A professora Helena Pereira de Melo⁽⁸⁾ cita o autor Luís Acher no sentido em que “A análise do genoma humano permite igualmente ‘prever o Homem’ na medida em que torna possível ‘prever o futuro da sua doença e das suas predisposições’⁽⁹⁾”.

Isso torna hipóteses como a do “homem delinquente” de Cesare Lombroso⁽¹⁰⁾ passíveis de estudo para comprovação efetiva ou descarte. Haveria um “gene criminoso”? Há pessoas que de fato possuem uma pré-disposição genética a cometer crimes? Não apenas no ramo da criminologia, mas, se assim fosse, todo comportamento humano poderia ser justificado pela genética, e não mais apenas por fatores externos como ambiente de criação. Isso gerou o início de outras perguntas, como: seria a homossexualidade determinada por um gene? Caso fosse, poderia um casal selecionar embriões que não possuíssem tais genes?

E se esse casal apenas gerasse embriões com “genes indesejáveis”? Surgem, dentre outras, três questões: deveria o casal desistir? Corresponderiam esses embriões à expectativa de ser tornarem criminosos, homossexuais, ou qualquer das caracte-

terísticas indesejáveis pelos pais? O que fazer com os embriões excedentários?

Aproveitando os resultados do projeto Genoma e, com base na ideia de que os genes seriam responsáveis por, não apenas patologias, mas comportamentos sociais e sentimentais, surgiu o conceito de “engenharia genética de melhoramento”, com objetivo de possibilitar a alteração do genoma humano, gerando um indivíduo ideal.

“Conhecer o genoma é, assim, descoberta da intimidade presente que se proclamará depois. Mas pode ser também invenção do futuro: mudar a rota ao segui-la, introduzir no homem genes que ele não tinha, reconstruí-lo por dentro do genoma. É a terapia genética (...).”⁽¹¹⁾

Na última década, a técnica “CRISPR/Cas9” veio sendo desenvolvida como método complementar ao DGPI, e representante das expectativas da engenharia genética de melhoramento humano. Entretanto, enquanto o DGPI é definido como “estudo genético de embriões obtidos por fecundação ‘in vitro’, durante os primeiros dias de desenvolvimento”⁽¹²⁾, a técnica de CRISPR/Cas9 consiste na manipulação da sequência genética pela associação da enzima “Cas9” com o sistema “CRISPR”, de modo a obter cortes e possíveis inserções na cadeia genética, com uma consequente mutação artificial.

Sendo assim, não apenas seria possível selecionar um embrião com gametas femininos ou masculinos — Como o DGPI já permitia — mas, igualmente, definir e alterar seu fenótipo. Da supressão de genes relacionados a afecções genéticas e cromossômicas, como Doença de Huntington, à, em tese, alteração da cor de olhos e biótipo físico, as possibilidades seriam infinitas.

¹¹ ACHER, Luís — *Da Genética à Bioética*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, p. 158, 2006.

¹² REGATEIRO, Fernando J. — Relatório sobre “Diagnóstico Genético Pré-Implantação”, Relatório nº 51, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p.4, 2007.

Conquanto o DGPI ter tido suas implicações ético-jurídicas exaustivamente discutidas, a utilização do método CRISPR/Cas9 enseja novos debates nesse ramo, com exposição de argumentação técnica, filosófica e consequências às gerações futuras.

O presente artigo se propõe a analisar os impactos éticos que as novas técnicas de DGPI, quais sejam, CRISPR/Cas9, apresentam, à luz dos princípios da bioética, e como esses institutos estão sendo tratados no ordenamento português e brasileiro. Com a utilização do método de revisão bibliográfica e documental, pretende-se avaliar criticamente as legislações atuais e apresentar argumentos para sua alteração.

2. A Técnica do Diagnóstico Pré-Implantação

O diagnóstico pré-implantação surgiu como uma alternativa para casais que apresentavam doenças congênitas, como Doença de Huntington e fibrose cística, sendo considerada uma complementação ao Diagnóstico Pré-Natal (DPN).

Anteriormente a esta técnica, estes casais possuíam apenas três alternativas: realizar um aborto se detectado no diagnóstico pré-natal alguma anomalia genética que fosse permitido o aborto pela lei de seu país (sem contar, claro, os abortos ilegais), o nascimento e criação de uma criança com tal anomalia, ou a abstinência em ter filhos biológicos⁽¹³⁾. Nenhuma dessas alternativas pode ser considerada agradável ao casal. Todas as três opções apresentavam enormes impactos psicológicos aos pais, e, possivelmente, às crianças que nasciam com essas doenças.

De modo a amenizar esses casos, em 1990 nasceu a primeira criança fruto de DGPI. Esta técnica

¹³ Não se entraremos aqui na discussão da existência de pais biológicos e sociais, gerados com o advento da maternidade por substituição (“barriga de aluguel”).

permitiria a análise de um embrião para mais de quarenta tipos de doenças genéticas antes da sua implantação ao útero feminino⁽¹⁴⁾. Vale ressaltar que é uma seleção embrionária e não uma modificação destes.

Tecnicamente, sua prática pode ocorrer por três métodos diferentes:

1. Determinação do genótipo do ovócito ou espermatozoide humano antes da fertilização, com observação do primeiro ou segundo globos polares, após a primeira divisão meiótica (esta técnica só permite recolher informações quando o problema genético tem origem materna);
2. Biópsia e análise de um ou dois blastômeros proveniente de um embrião de seis a oito células;
3. Biópsia do embrião numa fase posterior de desenvolvimento no estado blastocisto (cerca do quinto dia do desenvolvimento embrionário);

Apesar de parecer uma solução a casais que possam gerar descendentes com anomalias genéticas e cromossômicas, o DGPI suscita algumas questões éticas que devem ser consideradas quando de sua regulamentação.

A primeira delas é: o que fazer com os embriões excedentários?

Para o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), “todo o embrião hu-

¹⁴ “PGD for inherited disorders has become extremely accurate (99.5%), and may currently be performed for any genetic condition, even without known sequence information or available haplotypes. The application of PGD is now extended well beyond testing for genetic disorders, with further implications to improving the access to HLA compatible stem cell transplantation for genetic and acquired disorders.” Preimplantation Genetic Diagnosis International Society — “Current Progress in PGD and Future PGDIS Activities”, PGDIS Newsletter, March 18th, 2011. Disponível em http://pgdis.org/docs/newsletter_031811.html.

mano tem direito à vida e ao desenvolvimento, no corroborar do princípio universal de que todo o existente requer existir”, em conformidade com o ponto 19 do seu parecer nº 44 de 2004, sobre procriação medicamente assistida.

Ou seja, poderiam embriões com material genético indesejável serem descartados?

2.1 CRISPR/CAS9

A técnica CRISPR/Cas9 surgiu como uma possível solução ao dilema dos embriões excedentários.

Apesar de já haver estudos e pesquisas na área da engenharia genética, apenas em 2012 foi divulgado a possibilidade de utilização do sistema CRISPR/Cas9 como ferramenta para edição de genoma⁽¹⁵⁾.

Enquanto, CRISPR é uma parte do sistema imunológico bacteriano, Cas se trata de um conjunto de enzimas (proteínas associadas à CRISPR) que podem cortar precisamente a cadeia de ácido desoxirribonucleico (ADN)⁽¹⁶⁾. A enzima Cas9, mais utilizada para associação com CRISPR, provém da bactéria *Streptococcus pyogenes*, comumente conhecida por causar inflamações na garganta.

Essa técnica consistiria na inserção do sistema em embriões durante a fase S⁽¹⁷⁾ de seu desenvolvimento, sendo transportado para sequências de ácido ribonucleico⁽¹⁸⁾ (“CRISPR RNAs” ou “crRNAs”), capazes de guiar o sistema para combinar com sequências de DNA. Quando o DNA alvo é encontrado, a enzima Cas9 se conecta à cadeia, cortando e retirando o gene alvo.

¹⁵ DOUDNA, Jennifer A. e OUTROS — “A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity”, Science, 17 de Agosto de 2012, vol. 337, Issue 6096, pp. 816-821. DOI: 10.1126/science.1225829.

¹⁶ Em inglês, deoxyribonucleic acid (DNA).

¹⁷ Período posterior à fase G1 e anterior à fase G2 e à mitose.

¹⁸ ARN ou, em inglês, RNA.

Por ser um procedimento recente, ainda se estudam os efeitos que esta técnica pode causar, como possíveis casos de mosaicismos e aneuploidia⁽¹⁹⁾. Entretanto, já se observam resultados promissores, inclusive com embriões humanos⁽²⁰⁾.

Mas o que isso significa?

Em tese, esse sistema permitiria a manipulação genética de um embrião, podendo se acrescentar ou retirar genes, de modo a torná-lo desejado pelos pais. Não mais haveria embriões excedentários, pois um embrião com genes indesejáveis poderia ser alterado e “corrigido”. Além disso, não haveria necessidade de produção de diversos embriões para que se pudesse encontrar um que correspondesse às expectativas, aliviando não apenas a pressão sobre a mãe, como os riscos no processo de produção não natural de óvulos.

Apesar das inúmeras implicações técnicas existentes desse procedimento — riscos e vantagens —, serão abordadas a seguir apenas as questões éticas suscitadas por essa nova técnica, assim como seus impactos às legislações já existentes, muitas já presentes desde o surgimento do DGPI, e agora ainda mais relevantes.

¹⁹ Preimplantation Genetic Diagnosis International Society — “PGDIS position Statement on Chromosome Mosaicism and Preimplantation Aneuploidy Testing at the Blastocyst Stage”, PGDIS Newsletter, July 19th, 2016. Disponível em http://pgdis.org/docs/newsletter_071816.html.

²⁰ A técnica foi utilizada para analisar a importância da proteína OCT4 no desenvolvimento embrionário, especialmente em comparação a embriões humanos e de ratos (LEDFOR, Heidi — CRISPR used to peer into human embryos’ first days, Nature: International Weekly Journal of Science, 2017. ISSN 0028-0836. Disponível em <https://www.nature.com/news/CRISPR-used-to-peer-into-human-embryos-first-days-1.22646>).

3. Enquadramento Jurídico do Diagnóstico Pré-Implantação

A regulamentação dessa matéria nunca foi fácil. Por ser um assunto multidisciplinar, não apenas se faz necessário o estudo das especificidades técnicas no ramo científico, como a falta de pacificação de uma posição ética.

Apesar dos precedentes internacionais, baseados em Tratados e Convenções, a internalização dessas normas depende de discussão parlamentar, no caso de Portugal, e compatibilidade com demais dispositivos jurídicos que se faça correlação, como disposições penais e direito humanos.

3.1 Portugal

Após diversos projetos de lei⁽²¹⁾ para regulamentação do DGPI, a técnica foi normatizada pela Lei n.º 32, de 27 de Julho de 2006⁽²²⁾, a qual dispõe sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA). Este dispositivo não apenas normatiza o DGPI, como a fertilização in vitro, inseminação artificial, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência de embriões, gametas ou zigotos e quaisquer outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias, como uma num único dispositivo as hipóteses de proibição, penalidades e permissões para cada uma dessas técnicas. Esse fato em si já seria o suficiente para suscitar polémica.

Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, no Parecer n.º P/04/APB/06 sobre diagnóstico Genético Pré-Implantação e Intervenções na Linha

²¹ Projeto de Lei n.º 140/X e Projeto de Lei n.º 457/IX - Disponíveis em: http://www3.parlamento.pt/PLC/Iniciativa.aspx?ID_INI=20963 e http://www3.parlamento.pt/PLC/Iniciativa.aspx?ID_INI=20483, respectivamente.

²² Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis.

Germinativa, preconizam sobre a contra-indicação em “regular num mesmo diploma a aludida técnica ou conjunto de técnicas de diagnóstico e as intervenções na linha germinativa”. Para os autores, “Trata-se com efeito de situações diferentes que nos parece deverem ser objecto de diplomas distintos — se num caso está em causa o recurso a um diagnóstico genético com vista fundamentalmente à ulterior selecção embrionária, no outro está o da intervenção nas células germinais humanas.”⁽²³⁾.

Seguindo essa linha de raciocínio, um único dispositivo com objetivo de regular todas as técnicas de PMA, seria, minimamente, incompleto. Destaca-se da lei o Capítulo V, específico sobre DGPI, possuindo apenas dois artigos. Ora, duvida-se muito que uma técnica tão complexa quanto o DGPI possa ser regulamentada em apenas dois dispositivos, os quais se citam:

“CAPÍTULO V

Diagnóstico genético pré-implantação

Artigo 28.º

Rastreio de aneuploidias e diagnóstico genético pré-implantação

1 - O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º

2 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso

²³ Parecer n.º P/04/APB/06 Sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação e Intervenções na Linha Germinativa, Porto, Associação Portuguesa de Bioética, p. 4, 2006. Disponível em www.apbioetica.org.

das técnicas de PMA.

3 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

4 - Os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares.

Artigo 29.º

Aplicações

1 - O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência.

2 - As indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente.”

Igualmente, a norma equipara para fins de

proibições⁽²⁴⁾ e penalidades⁽²⁵⁾, todas as técnicas de PMA, ignorando as particularidades de cada uma. O que já seria grave com o DGPI, com o surgimento do CRISPR/Cas9 torna-se inaceitável.

3.2 Breves comentários à legislação Brasileira

Apesar das falhas no sistema português, deve-se reconhecer o fato de que, ao menos, há uma norma de âmbito nacional a qual tenta regulamentar as técnicas de PMA.

No Brasil, um país de proporções significativamente superiores à Portugal, falta a existência de uma norma federal que regule as técnicas de reprodução humana assistida (RHA), incluindo DGPI. Talvez exatamente por sua extensão, se torne ainda mais complicado um consenso entre seus entes legislativos para a redação de uma norma de tamanha complexidade. Fato é que as técnicas de DGPI, até o presente momento, estão sendo apenas reguladas por Resoluções do Conselho Federal de Me-

²⁴ “1 - É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objetivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros.

2 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.

3 - Excetua-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a deteção direta por diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

4 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objetivo de originarem quimeras ou híbridos.

5 - É proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifatoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.” — Artigo 7º, Lei n.º 32/2006, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis.

²⁵ “Quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.” — Artigo 37º, Lei n.º 32/2006, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis.

dicina⁽²⁶⁾. Isso permite que as decisões tomadas no âmbito desses procedimentos sejam unilaterais, apenas com visões técnicas médicas, desconsiderando-se pareceres de profissionais de outras áreas relevantes, como direito, filosofia e psicologia.

Essa Resolução, igualmente, comete o mesmo erro da legislação portuguesa ao unificar numa única norma todas as técnicas de RHA, tratando apenas brevemente sobre o DGPI⁽²⁷⁾, deixando de regularizar questões críticas relacionadas a esse tipo de técnica.

Dito isso, esse dispositivo não possui força normativa para impor a seus cidadãos seu cumprimento, sendo mais uma diretriz do que uma norma efetivamente, não havendo sequer haver previsão de penalidade em caso de descumprimento, ou menção ao código penal.

Esta ausência de legislação é perigosa. Com técnicas com o CRISPR/Cas9, se faz necessário a normatização de limites a seu uso, sob risco de utilização com fins antiéticos, e sem possibilidade de posterior punição.

As brechas legislativas em ambos sistemas legais permitem a interpretação subjetiva da matéria e distorção de seus objetivos. Não devemos cometer o mesmo erro do início do século XX com a criação

dos Direitos Humanos apenas após a ocorrência do holocausto e a urgente necessidade de proteção ao homem.

4. Críticas à Lei nº 32/2006 à luz da Bioética

O título desse artigo — Diagnóstico Genético Pré-implantação e o Efeito “The Sims” — tem como inspiração o jogo de computador criado em 4 de fevereiro de 2000, no qual é possível a criação de um avatar, uma identidade virtual, à imagem e semelhança do ser humano, selecionando não apenas características físicas desejáveis, como traços de personalidade. Somos os deuses no jogo, capazes condicionar cada detalhe dos personagens a nosso bel-prazer.

O termo “God complex” foi primeiro utilizado em 1913⁽²⁸⁾ pelo neurologista e psicanalista, Dr. Alfred Ernest Jones.

De fato, muitos atribuem essas novas tentativas de manipulações genéticas ao fator “ vaidade”. Não estariam os seres humanos indo longe demais, trazendo as possibilidades de um jogo de computador, como The Sims, à realidade, tentando replicar dons apenas atribuídos a deuses?

Muito similar a essa noção já previa Aldous Huxley em seu livro “Admirável Mundo Novo” (1932). Em uma sociedade em que a reprodução natural é repudiada, seus membros são geneticamente modificados desde a fase embrionária para cumprirem determinadas funções, sendo assim designados a grupos específicos: Alfa, Beta, Gamma, Delta e Epsilon.

Esses grupos eram dotados de forma decrescente de mais beleza e intelecto, sendo os Alfa o

grupo mais privilegiado, até os Epsilon, destinados apenas a trabalhos braçais e poucos intelectuais, condicionados desde a infância a possuírem aversão a livros e à natureza.

Antes parte de uma distopia, agora uma realidade próxima, para que possamos evitar que tais previsões se realizem, algumas questões devem ser discutidas.

4.1 Definições Gerais

Tanto a legislação portuguesa quanto a brasileira são claras em um aspecto: as técnicas de PMA, especificamente DGPI, devem ser utilizadas apenas em casos de doenças genéticas, sendo proibido seu uso para seleção de gametas sexuais ou características não médicas do nascituro⁽²⁹⁾.

A lei portuguesa é ainda mais específica ao determinar as hipóteses apenas com risco de “morte precoce ou doença grave”.

Oras, mas o que são doenças? O que são doenças graves e morte precoce?

Cada país terá um conceito diferente do que significa doença grave. O Conselho Nacional de Procriação Médica Assistida⁽³⁰⁾ divulga uma lista⁽³¹⁾ de situações nas quais dispensa-se o pedido prévio de autorização de DGPI. Isto não significa que outras situações não incluídas nessa lista não sejam passíveis de DGPI, mas apenas necessitaram passar por um processo de análise e aprovação. Ou seja, não há um rol taxativo restritivo para utilização de DGPI.

²⁹ Essa proibição é confirmada no artigo 72º, do Regulamento nº 707, de 21 de Julho de 2016 (Regulamento de Deontologia Médica de Portugal), disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=2649&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Assim como no Código de Ética Médica Brasileiro, artigo 15º, parágrafo 1º, disponível em <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>.

³⁰ Criado pela Lei nº 32/2006, em seus artigos 30º a 33º.

³¹ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/profissionais_DGPI.aspx.

Mas como se define “doença”? A verdade é que não existe um consenso sobre sua definição. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”⁽³²⁾, não significando, assim, que o conceito de doença seja a ausência de saúde.

Além disso, a constante evolução nas pesquisas médicas faz com que doenças consideráveis incuráveis, sejam reclassificadas numa velocidade recorde. Ao exemplo da tuberculose, antes o Mal do Século, hoje controlada, com existência de campanhas de vacinação e tratamentos difundidos.

Igualmente, patologias antes consideradas doenças, atualmente aceitas como parte do indivíduo e pela Sociedade, como o homossexualismo. Como definir doença sem arriscar uma classificação errada?

Ainda assim, importante se faz distinguir doença, síndrome e deficiência. Uma síndrome pode vir a causar doenças, mas não necessariamente implica em uma, assim como uma deficiência pode ser vista apenas como um diferencial.

Síndrome é o conjunto de sinais ou sintomas de uma condição clínica. A trissomia 21, popularmente conhecida como Síndrome de Down⁽³³⁾, é um distúrbio genético causado pela presença de um cromossomo 21 extra, cuja causa ainda é desconhecida. Apesar dessa anomalia muitas vezes facilitar o surgimento de doenças, como cardiopatias, não necessariamente o fará. A comprovação disso é a existência de indivíduos portadores que levam vidas consideradas “normais” para os padrões da nos-

³² WHO (1946) Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde. WHO, New York, USA.

³³ As trissomias estão previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (sendo a mais recente, CID-10), publicado pela OMS, na categoria de “Anomalias Cromossômicas — não classificadas em outras categorias”.

²⁶ Resolução CFM nº 2.168, de 21 de Setembro de 2017, disponível em <https://portal.cfm.org.br/>.

²⁷ “1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças — podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.

2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de até 14 dias.” — Item VI — DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES. Resolução CFM nº 2.168/2017.

²⁸ Jones E (1913) — *The God complex*. In: Essays in applied psycho-analysis, 204–26. London: International Psychoanalytic Press, 1923.

sa Sociedade, e até mesmo notáveis.⁽³⁴⁾

Da mesma forma, portadores do Transtorno do Espectro Autista (“Austimo”) se mostraram muitas vezes dotados de capacidades excepcionais, como Temple Grandin e Bill Gates⁽³⁵⁾.

No dia 20 de Novembro de 2017, a Revista Nature publicou um artigo⁽³⁶⁾ sobre a utilização da técnica CRISPR/Cas9 para exclusão da forma mutante do gene TMC1, responsável pela perda auditiva. Apesar do procedimento ter ocorrido em cobaias animais (mais especificamente, camundongos), os resultados positivos são promissores aos humanos, visto que ambas espécies são afetadas de forma semelhante por essa mutação.

A surdez, considerada uma deficiência física, talvez seja para muitos um sinônimo de doença. Entretanto, a OMS classifica deficiência não só como um problema de saúde, mas um reflexo da interação entre características físicas de uma pessoa e as da Sociedade onde habita. É a ausência ou a disfunção de uma estrutura psíquica, fisiológica ou anatômica.⁽³⁷⁾ Definir a deficiência como uma interação social significa em que essa deficiência não é um atributo da pessoa.

Supondo uma comunidade formada apenas por indivíduos acometidos pela surdez. Essa deficiência não lhes gera déficits cerebrais, de modo que possuem as mesmas capacidades cognitivas dos ouvintes. Nesta comunidade, seus membros se comunicam e criarão mecanismos de comunicação apropriados para surdos, de modo que pessoas ouvintes apresentem dificuldade em entendê-los e se relacionar, assim como eles possuem em nossa comunidade de ouvinte.

“A doença só tem realidade e valor de doença no interior de uma cultura que a reconhece como tal”.⁽³⁸⁾ A surdez só se reflete como doença, pois assim os ouvintes a definiram. Chegamos num ponto que a ciência deve se perguntar não mais se é possível, mas se é aconselhável. São louváveis os resultados para se curar a surdez em humanos, mas a que custo? Quais os impactos e reações que haverá na comunidade surda?

Mais uma vez, devemos nos perguntar então o que o legislador considera e define como doença para a utilização do DGPI.

4.2 Estatuto do Embrião

O Estatuto do Embrião é um dos temas mais polêmicos da atualidade⁽³⁹⁾. Em realidade, não existe um. Para isso, seria necessário um consenso entre entidades médicas, biológicas, teológicas e filosóficas, o que é praticamente impossível.

³⁸ FOUCAULT, Michel — *Doença Mental e Psicologia*, 1954.

³⁹ Podemos ver a dificuldade em se chegar a uma definição sobre o status do embrião em casos como Parrillo v. Italy (TEDH — processo nº 46470/11, julgamento em 27 de Agosto de 2015. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>). Nesse processo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos se pronunciou no sentido de que “The Court acknowledges that the ‘protection of the embryo’s potential for life’ may be linked to the aim of protecting morals and the rights and freedoms of others, in the terms in which this concept is meant by the Government (see also Costa and Pavan, cited above, §§ 45 and 59). However, this does not involve any assessment by the Court as to whether the word ‘others’ extends to human embryos”.

Definir um conceito de embrião e um estatuto de proteção vai significar levantar uma das maiores questões da humanidade: quando se começa a vida?

Se um embrião é um ser humano, considerado uma pessoa humana, os argumentos contra as práticas de aborto não ganharão razão? Seria aborto um infanticídio?⁽⁴⁰⁾ A partir então de que momento do processo, desde o encontro do espermatozoide com o óvulo até o nascimento, pode se considerar que o embrião é uma pessoa juridicamente falando⁽⁴¹⁾? Religiosamente falando, possui o embrião alma?

Mais ainda, se o embrião é uma pessoa humana, dotada de personalidade, não haveria ele o direito a se pronunciar sobre ter o seu DNA alterado pelo CRISPR/Cas9 ou por qualquer uma das técnicas de DGPI? A quem cabe a competência de decidir se aquele embrião merece se desenvolver e ter uma vida plena, se não a ele mesmo?

Apesar do Código Civil Português entender que “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida” e que os “direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”⁽⁴²⁾, este é um conceito muito refutado, como pode-se analisar no Relatório de Proteção ao Embrião Humano *in vitro*, emitido pelo Comitê Director de Bioética do Conselho Europeu⁽⁴³⁾. A ideia de que a vida apenas se inicia com o nascimento é apenas uma das correntes sobre a

questão⁽⁴⁴⁾, mas em todos os casos existe o consenso de que o embrião necessita de proteção, podendo esta ser maior ou menor dependendo da corrente escolhida pelo país. Um dos objetivos dessa proteção é a garantia de que o embrião não sofrerá danos que possam pôr em risco sua capacidade de desenvolvimento.

Como bem define Daniel Serrão, os “embriões humanos *in vitro* não são propriedade dos progenitores, é certo, mas também não são propriedade do laboratório de Biologia, nem do médico que pratica a reprodução assistida. Os embriões humanos *in vitro* pertencem a um projeto de parentalidade. É este o seu estatuto biológico e ético e é por ele e nele que devem ser protegidos, com autonomia e responsabilidade”⁽⁴⁵⁾.

Desta forma, talvez seja mais apropriado abordar este tópico quando da pacificação de um conceito, ou minimamente redação de um estatuto.

4.3 Das gerações futuras

Criado em 1883 por Francis Galton⁽⁴⁶⁾, o termo “Eugenia”, vem do latim o “bem-nascido”, e surgiu com significado de “hereditariedade nobre”. Muito comumente relacionado ao nazismo genético e à noção de raça ariana suprema, a alcunha ganhou uma conotação negativa e preconceituosa. Ela representa o conceito de melhora da espécie humana de uma forma artificial, nadando contra a corrente da seleção natural de Darwin⁽⁴⁷⁾.

⁴⁰ Vide artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o qual prevê que todos devem ter seu direito à vida protegido por lei e não podem ter este direito privado, assim como item 1, artigo 24, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

⁴¹ Apesar de se reconhecer que o zigoto, resultado da fecundação, já possui identidade biológica de um novo indivíduo humano, não necessariamente se atribui a ele direitos personalíssimos.

⁴² CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS, artigo 66, Decreto-Lei nº 47.344/1966.

⁴³ CONSELHO EUROPEU — *Relatório de Proteção ao Embrião Humano in vitro*, Comitê Director de Bioética, CDBI-CO-GT3, 2003.

⁴⁴ Outras correntes incluem a fecundação, a nidação e o desenvolvimento de um sistema nervoso como marcos do início da vida e personalidade jurídica.

⁴⁵ SERRÃO, Daniel — *Estatuto do embrião*, Revista Bioética, v. 11, nº 2, p. 109-116, 2003. ISSN: 1983-8034.

⁴⁶ GALTON, Francis F.R.S. — *Inquiries into human faculty and its development*, Nova Iorque, AMS Press, London, J.M. Dent & Company, 1883.

⁴⁷ Ironicamente, Galton e Darwin eram primos.

³⁴ Cito aqui o ator Chris Burke e o músico Sujeet Desai.

³⁵ Respectivamente, renomada profissional na área de zootécnica e fundador de empresa Microsoft.

³⁶ XUE, Gao e OUTROS — *Treatment of autosomal dominant hearing loss by in vivo delivery of genome editing agents*, 20 de Novembro de 2017, disponível em <https://www.nature.com/articles/nature25164>.

³⁷ “Disabilities is an umbrella term, covering impairments, activity limitations, and participation restrictions. An impairment is a problem in body function or structure; an activity limitation is a difficulty encountered by an individual in executing a task or action; while a participation restriction is a problem experienced by an individual in involvement in life situations.

Disability is thus not just a health problem. It is a complex phenomenon, reflecting the interaction between features of a person’s body and features of the society in which he or she lives. Overcoming the difficulties faced by people with disabilities requires interventions to remove environmental and social barriers.” — WHO, disponível em <http://www.who.int/topics/disabilities/en/>.

Pode funcionar por meio de casamentos seletivos, abortos de fetos com características indesejáveis, e, agora, por meio do DGPI, selecionando embriões perfeitos, ou modificando-os por meio de CRISPR/Cas9. Este conceito se relaciona diretamente com a ideia de transumanismo⁽⁴⁸⁾, pois ambas filosofias possuem objetivos similares: a erradicação de doenças ou qualquer tipo de característica que cause sofrimento à espécie humana, visando o surgimento de um ser melhorado, buscando a perfeição.

Entretanto, “Esta limpeza genética, cada vez mais difundida, põe graves problemas éticos, até mesmo àqueles que não atribuem valor absoluto ao embrião⁽⁴⁹⁾. A ideia de um “*übermensch*”⁽⁵⁰⁾ representa impactos sobre a linha germinal ainda desconhecidos.

Linha germinal é população de células corporais que se diferenciam ou são segregadas no processo usual de reprodução e podem transmitir o seu material genético à progênie⁽⁵¹⁾, ou seja, os genes que serão transmitidos aos descendentes, às gerações futuras.

O processo de seleção natural não ocorre por acaso. Ele permitiu à espécie humana evoluir e se adaptar a ambientes diversos, selecionando os mais aptos para sobrevivência e continuação da humanidade. A busca por humanos melhorados de forma artificial, utilizando técnicas como DGPI e CRISPR/Cas9, representa a seleção por meio de mãos humanas, não mais natural, daqueles que terão direito a

sobreviver e se multiplicar. Mas, enquanto a seleção natural tem caráter de adaptação, não se sabe como essa nova forma de seleção se desenvolverá.

Imaginemos que o gene responsável pela fibrose cística seja erradicado. Por ser considerado uma doença grave, é permitido o uso de DGPI em muitos países para seleção de embriões não portadores deste esse gene, arguindo-se que sua proibição não apenas será uma violação ao artigo 8º da ECHR (respeito à vida privada e familiar), como causará enorme estresse psicológico e tristeza aos pais ao gerir um filho com essa condição⁽⁵²⁾. O que, a princípio, será considerado uma conquista, a longo prazo pode se revelar um erro. Não se sabe ao certo todas as funções deste gene em nosso organismo. Poderia ele ser responsável pela supressão de outras doenças, ainda mais graves do que a fibrose cística, e que, agora, com sua erradicação, serão aparentes.

Não apenas isso, mas como garantir que as crianças nascidas com “genes ruins”, em tese, predispostas a ter determinadas características indesejáveis (sejam doenças ou traços de personalidade), cumpriram as expectativas da sua genética? E o fator ambiente externo? Pode-se estar privando as gerações futuras de pessoas extremamente talentosas, como autistas de alto funcionamento, por medo do desconhecido.

Mais ainda, que liberdade de escolha terão esses indivíduos se já serão tratadas desde o nascimento como “seres determinados”? Numa família de atletas, em que os pais selecionaram embriões para possuírem características físicas atléticas, seguindo assim o ramo profissional familiar, não poderiam os filhos escolher futuros diferentes? E se essas características físicas escolhidas pelos pais

prejudicassem de alguma forma a vocação escolhida pelos filhos? O que antes poderia se culpar à “loteria genética”, teremos aqui efetivos culpados humanos, responsáveis pelas dificuldades que as gerações futuras poderão enfrentar se desafiarem sua predeterminação?

Temos a responsabilidade e o compromisso com às gerações futuras. Como disposto pelo filósofo Hans Jonas, “age de maneira que tuas ações não comprometam a existência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”. Isso significa um agir ético no presente coerente com a continuidade da vida humana no futuro. Nossas ações deverão seguir sempre princípios éticos de autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça, o que torna essas novas técnicas de manipulação genética um campo tortuoso, e que requer cautela.

4.4 Custeio: um direito ou um luxo?

Por fim, nota-se a ausência na legislação tanto lusa, quanto brasileira, sobre a competência pelo custeio dos tratamentos de DGPI. Quem será responsável pelo pagamento e fornecimento de técnicas tão recentes e custosas? O sistema público de saúde ou clínica particulares?

No Brasil, houve a tentativa de incluir as técnicas de RHA no Sistema Único de Saúde (SUS) através da Portaria nº 426/GM, de 22/03/2005, com o objetivo de implementar a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana assistida em todas as unidades federadas. No entanto, esta portaria foi brevemente revogada sob o argumento de ausência de fundos.

Atualmente, vigora a Portaria nº 3.149/GM, de 28/12/2012, a qual destina recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou

injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Entretanto, a norma não faz menção específica à técnica de DGPI, assim como seus recursos são destinados apenas a alguns estados-membros da federação, excluindo-se estados de extrema relevância nacional, como Rio de Janeiro.

Desta forma, por enquanto, as técnicas de DGPI estão restritas em ambos países a centros privados, dificultando seu acesso a pessoas com rendas mais baixas. Isso contribui para o aumento da discriminação e segregação entre classes mais e menos ricas.

Por serem procedimentos caros, apenas uma camada pequena da população possui meios para custeá-los. Essa camada terá a possibilidade de exterminar de sua descendência qualquer tipo de doença ou anomalia considerada indesejável ou desagradável, transformando pobreza em sinônimo de doença (ainda mais do que já é) ou feiura (o que a Sociedade vai considerar como “feio”). Pessoas de classes altas, imunes a determinadas patologias, poderão recusar a se misturar com indivíduos mais pobres, sujeitos a mais doenças, sob risco de contaminar sua futura prole. Uma segregação já tão presente hoje, se acentuará. Estamos criando sozinhos nossas classes de Alfa, Beta, Gamma, Delta e Epsilon, sem sequer precisar de uma política pública para tal, como ocorre na distopia de Aldous Huxley.

5. Conclusão

Não é fácil aceitar que muitas pessoas recorrem à técnica de DGPI e CRISPR/Cas9 para conseguir filhos perfeitos. Já dizia o poema de Vinícius de Moraes: “as muito feias que me perdoem, mas beleza é fundamental”⁽⁵³⁾. Apesar de ser um dos poucos aspectos éticos disciplinados e proibido por

⁴⁸ Transumanismo é a filosofia que estuda a transformação e aprimoramento da espécie humana através de avanços tecnológicos, podendo, para algumas correntes, eliminar a evolução biológica, a ponto de tornar-se uma nova espécie “pós-humana”.

⁴⁹ ARCHER, Luís — *Da Genética à Bioética*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, p.185, 2006.

⁵⁰ NIETZSCHE, Friedrich — *Assim falou Zaratustra*, 1883.

⁵¹ NIEUWKOOP, Pieter Dirk e SUTASURYA, Lien A. — *Primordial Germ Cells in the Chordates: Embryogenesis and Phylogenesis*, 1979.

⁵² Vide caso Costa and Pavan v. Italy.

⁵³ MORAES, Vinícius — *Receita de Mulher*, Rio de Janeiro, 1959.

dispositivos legais, não é de se surpreender que a técnica possa ser recorrida com objetivo de seleção de sexo, especialmente em países como a China em que predomina a política do filho único e o sexo masculino é mais valorizado, gerando o infanticídio, abandono e aborto de centenas de meninas todos os anos; e de alteração de características físicas mais desejáveis.

Para uns uma escolha egoísta, para outros apenas um negócio. Quão alto o potencial do DGPI para boas intenções, tão alto será seu potencial destrutivo. E este é seu maior dilema ético.

Apesar de tentadora a ideia de evitar sofrimento de crianças com as chamadas doenças graves, deve-se medir se vale o preço a ser pago. A legislação já falha, soma-se à dificuldade em controlar o uso da técnica. Se hoje, já com a proibição do aborto em muitos países, a existência de clínicas ilegais ainda persiste, como fará o governo o controle de uma técnica tão complexa, que enseja conhecimento específico para ser identificada?

Infelizmente, haverão aqueles que usarão o CRISPR/Cas9 para criação dos chamados “designed babies” — belos, perfeitos, e, provavelmente, de famílias ricas. Enquanto isso, as camadas mais pobres manterão uma variedade genética inexistente nesses bebês, aumentando ainda mais a discriminação entre classes e até desvantagens laborais⁽⁵⁴⁾, por serem considerados “inferiores”.

Noções antes apresentadas apenas em livros e filmes, se tornarão reais, forçando nossos legisladores a ampliarem os ramos que influenciam o direito, sob risco de não acompanhar as novas tecno-

logias. Ainda assim, diversas questões permanecem em aberto: como responde-las? Será que as responderemos a tempo?

Abreviaturas utilizadas:

Art.	Artigo
Cas9	CRISPR associated protein 9
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CGH	Hibridação genômica comparativa
CFM	Conselho Federal de Medicina
CID	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde
CRISPR	Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGPI	Diagnóstico genético pré-implantação
DL	Decreto-Lei
DNA	Ácido desoxirribonucleico
DPN	Diagnóstico pré-natal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Ed.	Edição
FIV	Fecundação/fertilização “in vitro”
HFEA	Human Fertilisation & Embryology Authority
IBC	Comité Internacional de Bioética (UNESCO)
ICD	International Classification of Diseases and Health Problems
ICSI	Microinjeção intracitoplasmática de espermatozóide de no ovócito
IGBC	Comité Intergovernamental de Bioética
JCR	Joint Research Center
ONU	Organização das Nações Unidas
OCT4	Octamer-binding transcription factor 4
OMS	Organização Mundial de Saúde
P. ou pp.	Página
PMA	Procriação Medicamente Assistida
PGD	Preimplantation Genetics Diagnoses
RA	Reprodução Assistida
RHA	Reprodução Humana Assistida
RNA	Ácido ribonucleico
SUS	Sistema Único de Saúde
SUZI	inseminação sub-zonal
TMC1	Transmembrane channel-like protein 1
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

Vol. Volume
WHO World Health Organization

7. Bibliografia

- ARAUJO, Fernando — *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Ed. Almedina, 1999. Depósito legal 143931/99.
- ARCHER, Luís — *Da Genética à Bioética*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2006. ISBN 972-603-373-X.
- BARAHONA, Mónica López e LUCAS, Ramón (coordenação) — *El Inicio de la Vida, Identidad y Estatuo del Embrión Humano*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1999. ISBN 978-8479144302.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves — *Direito ao Património Genético*, Coimbra, Ed. Almedina, 2006. Depósito legal 124316/98.
- BEAUCHAMP, Tom L. & CHILDRESS, James F. — *Principles of Biomedical Ethics*, 5a ed. Nova York, Oxford University Press, 2001. ISBN 0-19-514331-0.
- CASTRO, Ignácio Núñez de — *La bioética, un camino para el presente*, Guadalajara, Cátedra Eusebio Francisco Kino, 2017. ISBN 978-607-8528-10-3.
- CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS — *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em www.echr.coe.int.
- CORVELEYN, Anniek, MORRIS, Michael, DEQUEKER, Elisabeth, SERMON, Karen, DAVIES, James, ANTINOLLO, Guillermo, SCHMUTZLER, Andreas, VANECEK, Jiri, NAGELS, Nick, ZIKA, Eleni, PALAU, Francesc, IBARRETA RUIZ, Dolores — *Provision and Quality Assurance of Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe*, JRC35523, European Journal of Human Genetics, vol. 16, p. 290-299, 2008. ISSN 1018-4813. Disponível em <https://www.nature.com/articles/5201976>.
- DARWIN, Charles — *A origem das Espécies* (1859), São Paulo, Martin Claret, 2014. ISBN 978-854-4000-25-0.
- DOUDNA, Jennifer A., STERNBERG, Samuel H. — *A Crack in Creation, Gene Editing and the Unthinkable Power to Control Evolution*, New York, 2017. ISBN 978-054-4716-96-4.

DUARTE, Tiago — *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida Na Constituição e Na Lei*, Coimbra, Ed. Almedina, 2003. Depósito Legal 191621/03.

DWORKIN, Ronald. — *Life's Dominion - an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nova York, Vintage Books, 1993a. ISBN 978-0679733195.

—; (1993b) — *O Domínio da Vida — Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Trad. J. L. Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2003. ISBN 978-8578270780.

—; *A Virtude Soberana — a teoria e a prática da igualdade*, Trad. J. Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2005. ISBN 978-8578274023.

EUROPEAN COMMISSION — *EC Working Group on Human Embryos And Research, Research on Bioethics*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995.

FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte (Coordenação) — *L'Embryon Humain, Approche Multidisciplinaire*, Paris, Economica, 1995. ISBN 978-2717831061.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá — *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2005. ISBN 972-603-340-3.

FOGARTY, Norah M. E., MCCARTHY, Afshan, SNIJDERS, Kirsten E., POWELL, Benjamin E., KUBIKOVA, Nada, BLAKELEY, Paul, LEA, Rebecca, ELDER, Kay, WAMAITHA, Sissy E., KIM, Daesik, MACIULYTÉ, Valdone, KLEINJUNG, Jens, KIM, Jin-Soo, WELLS, Dagan, VALLIER, Ludovic, BERTERO, Alessandro, TURNER, James M. A. e NIAKAN, Kathy K. - *Genome editing reveals a role for OCT4 in human embryogenesis*, Nature, vol. 550, p. 67-73, 2017. Disponível em <https://www.nature.com/articles/nature24033>.

FORD, Norman N. — *When did I begin? Conception of the Human Individual in History, Philosophy and Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991. ISBN 978-0521424288.

FOUCAULT, Michel — *Doença Mental e Psicologia* (1954), Lisboa, ed. Texto&Gráfia, 2008. ISBN 978-9899568990.

GÓMEZ, José Antonio Cobacho (Diretor) e DELGADO, Juan José Iniesta (Coordenador) — *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Espanha, Editorial Aranzadi, 2007. ISBN 978-84-8355-426-5.

⁵⁴ Entramos aqui na esfera filosófica. Para John Rawls, as desigualdades económicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades (princípio da oportunidade justa). Como manter a justiça em uma sociedade em que as camadas mais pobres estão agora até em desvantagem genética?

- GUENIN, Louis M. — *The Morality of the Embryo Use*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0521694278.
- GUIMARÃES, Ana Paula — *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procuração Medicamente Assistida*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1999. ISBN 972-32-0868-7.
- HARPER, Joyce C. (edição) - *Preimplantation Genetic Diagnosis: Second Edition*, New York, Cambridge University Press, 2009. ISBN 978-0-521-88471-6.
- HARRIS, John — *Stem Cells, Sex and Procreation* In: KUHSE, Helga & SINGER, Peter (eds.). *Bioethics — An Anthology*. 2ª ed., Oxford, Blackwell, 2006. ISBN 978-1405129480.
- ; *Enhancing Evolution, The Ethical Case for Making Better People*, Princeton, Princeton University Press, 2007. ISBN 978-0691148168.
- HARRIS, John & HOLM, Soren — *The Future of Human Reproduction, Ethics, Choice, and Regulation*, Londres, Clarendon Press, 1998. ISBN 978-0198250760.
- HUXLEY, Aldous — *Brave New World*, New York, Harper Perennial, 1965.
- IBARRETA RUIZ, Dolores e ZIKA, Eleni — *Provision and Quality Assurance of Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe*, JRC42883, European Journal of Human Genetics, vol. 16, p. 290-299, 2008. ISSN 1018-4813. Disponível em <http://www.nature.com/ejhg/journal/v16/n3/abs/5201976a.html>.
- JACKSON, Emily — *Regulating Reproduction: Law, Technology and Autonomy*, Oregon, Hart Publishing, p. 166-259, 2001. ISBN 1-84113-301-9.
- JONAS, Hans — O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a civilização tecnológica, Rio de Janeiro, Ed. Contraponto/PUC-Rio, 2006. ISBN 8585910844.
- LANGOIS, Adèle — *Negotiating Bioethics, The Governance of UNESCO's Bioethics Programme (Genetics and Society)*, Oxfordshire, Routledge, 2013. ISBN 978-0-203-10179-7.
- LEDFOR, Heidi — *CRISPR used to peer into human embryos' first days*, Nature: International Weekly Journal of Science, 2017. ISSN 0028-0836. Disponível em <https://www.nature.com/news/CRISPR-used-to-peer-into-human-embryos-first-days-1.22646>.
- ; *CRISPR fixes disease gene in viable human embryos*, Nature: International Weekly Journal of Science, vol. 548, p. 13-14, 2017. ISSN 0028-0836. Disponível em <https://www.nature.com/news/CRISPR-fixes-disease-gene-in-viable-human-embryos-1.22382>.
- ; *Where in the world could the first CRISPR baby be born?*, Nature: International Weekly Journal of Science, vol. 526, p. 310-311, 2015. ISSN 0028-0836. Disponível em <http://www.nature.com/news/where-in-the-world-could-the-first-CRISPR-baby-be-born-1.18542>.
- LEE, Robert G. e MORGAN, Derek — *Human Fertilisation & Embryology, Regulating the Reproductive Revolution*, London, Blackstone Press Limited, 2001. ISBN 978-1841741192.
- LOCKE, John (1694) — *An Essay Concerning Human Understanding*, Oxford, Clarendon, 1975.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves — “Tomemos a Sério os Direitos do Embrião e do Feto”, *Cadernos de Bio-Ética*, nº 14, Julho de 1997, pp. 3 — 64.
- MCCORMICK, Richard A. — *Who or What Is the Preembryo?*, Kennedy Institute of Ethics Journal, vol. 1, n. 1, p. 01-15, 1991.
- MELO, Helena Pereira de — *Manual de Biodireito*, Coimbra, Ed. Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3495-9.
- ; *Implicações Jurídicas do projeto genoma humano: Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, vol. 1, 2007. ISBN 978-972-603-399-8.
- MILL, John Stuart (1859) — *On Liberty In: Collected Works of John Stuart Mill*, Editado por J. M. Robson. Toronto, University of Toronto Press, 1963.
- MITALIPOV, Shoukhrat & OUTROS — *Correction of a pathogenic gene mutation in human embryos*, Nature, vol. 548, p. 413-419, 2017. Disponível em <https://www.nature.com/articles/nature23305>.
- NUNES, Rui — “*Experimentação em Embriões Humanos*”, *Cadernos de Bio-Ética*, nº 14, Julho de 1997, pp. 77 — 94, 1997.
- ; *Genética*, Coimbra, Ed. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5181-9.
- ; (coordenação) — *Perspectivas na Integração da Pessoa Surda*, Coimbra, Ed. Almedina, 2000. ISBN 972-603-231-8.

- NUNES, Rui e MELO, Helena — *Parecer nº P/04/APB/06 Sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação e Intervenções na Linha Germinativa*, Porto, Associação Portuguesa de Bioética, 2006. Disponível em www.apbioetica.org.
- ; *Genética e Reprodução Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2000. ISBN 972-603-231-8.
- ; (coordenação) — *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001. ISBN 972-603-231-8.
- NUNES, Rui, MELO, Helena e NUNES, Cristina (coordenação) — *Genoma e Dignidade Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002. ISBN 972-603-221-0.
- OTERO, Paulo — *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano, Um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Ed. Almedina, 1999. Depósito Legal 141988/99.
- RAWLS, John (1971) — *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press. Tradução, Uma Teoria da Justiça. Trad. A. Pisetta & L. Esteves. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- REGATEIRO, Fernando J. — *Manual de Genética Médica*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2003. ISBN digital 978-989-26-0436-7.
- ; *Relatório Sobre “Diagnóstico Genético Pré-Implantação”*, Relatório nº 51, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2007.
- RODRIGUEZ, Carmem Callejo — *Aspectos Civiles de la Protección del Concebido No Nacido*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997. ISBN 978-8448111922.
- SABOOWALA, Hakim K. — *A Glimpse of current/recent CRISPR Cas9 Research News ...SERIES-7*, London, Amazon e-book, 2010. ASIN B076CM591L.
- SILVESTRE, Margarida — *Embriões Excedentários — Entre a Técnica, a Lei e a Ética*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-972-32-2329-3.
- SINGER, Peter, KUHSE, Helga, BUCKLE, Stephen, DAWSON, Karen, e KASIMBA, Pascal (Coordenação) — *Embryo Experimentation, Ethical, Legal and Social Issues*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. ISBN 978-0521435888.
- SOINI, Sirpa, BARRETA RUIZ, Dolores, ANASTASIADOU, Violetta, AYME Segolene, BRAGA, Suzanne, CORNEL, Martina, COVIELLO, Domenico, AEVERS-KIEBOOMS, Gerry, GERAEDTS, Joep, GIANAROLO, Luca, HARPER Joyce, KOSZTOLANYI, Gyorgy, LUNDIN, Kersti, RODRIGUEZ CERESO, Emilio, SERMON, Karen, SEQUEIROS, Jorge, TRANEBJAERG, Lisbeth, KAARIANEN, Helena - *The interface between assisted reproductive technologies and genetics, technical, social, ethical and legal issues*, European Journal of Human Genetics, vol. 14, p. 588-645, 2006. ISSN 1018-4813. Disponível em <http://www.nature.com/ejhg/journal/v14/n5/pdf/5201598a.pdf>.
- SPAR, Débora L. — *O Negócio de Bebês, Como o dinheiro, a ciência e a política comandam o comércio da concepção*, Coimbra, Ed. Almedina, 2007. Depósito Legal 259639/07.
- TELES, Natália Oliva — *Diagnóstico Genético Pré-Implantação, Aspectos Técnicos e Considerações Éticas*, Acta Med Port, 2011, p. 987-996. Disponível em www.actamedicaportuguesa.com.
- WHO — *World Report on Disability*, 2011. ISBN 978-92-4-156418-2.
- ZIKA, Eleni, CORVELEYN, Anniek, MORRIS, Michael, DEQUEKER Elisabeth, LAWFORD, DAVIES, James, SCHMUTZLER, Andreas, ANTIÑOLO Guillermo e PALAU, Francesc — *Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe*, EUR - Scientific and Technical Research Reports, JRC36703, 2007. ISBN 978-92-79-05654-3. Disponível em <http://www.jrc.es/publications/pub.cfm?id=1531>.

