

Prof. Doutor Guilherme de Oliveira
Mestre André Dias Pereira

CONSENTIMENTO INFORMADO



CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO
Coimbra 2006

Patrocínio:



Fundação GlaxoSmithKline das Ciências de Saúde

Os autores:

Prof. Doutor Guilherme de Oliveira

Doutorado em Direito (1984) e Agregado (1996), é Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desde 1996.

Fundou o *Centro de Direito Biomédico*, em 1988, e o *Centro de Direito da Família*, em 1997, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Mestre André Pereira

Licenciado em Direito (1998) e Mestre em Ciências Jurídico-civilísticas (2003), é Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

É investigador e secretário científico do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO

Questões gerais.....	
A Informação prévia	
O Consentimento	
Tratamento em situações de urgência.....	
Os menores	
Incapazes adultos	
Menores e incapazes adultos em casos particulares	
Questões especiais	
Directivas antecipadas	
Ensino	
VIH/SIDA	
Responsabilidade profissional	
Bibliografia	

QUESTÕES GERAIS

Constituição da República

Art. 25.º (Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

.....

Código Penal

Art. 156º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)

1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

.....

Art. 157º (Dever de esclarecimento)

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento (...)

Código Civil

Art. 70º (Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

Art. 340º (Consentimento do lesado)

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.

.....

Lei de Bases da Saúde

Base XIV (Estatuto dos utentes)

1. Os utentes têm direito a:

.....

b) Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei;

.....

O consentimento informado do paciente é necessário?

Sim. O consentimento informado do paciente é necessário sempre que o médico deseje iniciar um exame ou um tratamento ou qualquer outra intervenção. Exceptua-se o caso de urgência ou quando a lei disponha o contrário (por exemplo, no caso de internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica, nos termos da Lei de Saúde Mental ou os exames médico-legais no âmbito do Processo Penal). A necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado não é apenas um dever deontológico.

O acto médico pode ter lugar em diferentes lugares: nos hospitais públicos, nas clínicas e consultórios privados. Mas esta diversidade não tem qualquer influência na necessidade de obter o consentimento informado do doente, antes da intervenção concreta.

A INFORMAÇÃO PRÉVIA

“Faz tudo ocultando ao doente a maioria das coisas (...) distrai a sua atenção. Anima-o sem lhe mostrar nada do que se vai passar nem do seu estado actual...”

Hipócrates – *Sobre a decência.*

Quem deve prestar informações ao paciente antes de um exame ou tratamento?

O médico que recomenda que o paciente se submeta a uma intervenção médica deve ser responsável pela prestação de informações.

Tem de ser o médico que recomenda a intervenção ou pode ser um outro médico?

Um outro médico da equipa, ou outro profissional habilitado com os conhecimentos indispensáveis, experiência profissional e capacidade de comunicação apropriada, pode cumprir esta obrigação.

Mas o médico que realiza o tratamento ou a investigação é responsável por assegurar, antes de iniciar a intervenção, que o paciente foi informado.

Quando colaboram médicos de serviços diferentes, quem tem a obrigação de informar?

O médico assistente, que prescreve um exame, tem a obrigação em primeiro lugar. Todavia, o médico especialista que leva a cabo o exame ou intervenção – na medida em que tem conhecimentos específicos mais aprofundados – tem o dever especial de informar o paciente dos benefícios, riscos, consequências secundárias e outros tópicos específicos da intervenção em causa.

Assim, quando vários médicos colaboram no exame e tratamento de um paciente, devem manter-se *mutuamente informados*; cada um dos médicos assume a sua responsabilidade pessoal e *deve velar pela informação* ao paciente.

Desta forma, ambos os médicos (o que prescreve o exame ou intervenção e o que realiza a intervenção) podem ser solidariamente responsáveis pelo dever de informar.

Quem recebe a informação?

O titular do direito à informação é o paciente. A informação é o pressuposto de um consentimento informado; e este é necessário para satisfazer o direito à autodeterminação do doente nos cuidados de saúde.

A família também deve receber a informação?

Em princípio não; o doente é que tem o direito de ser informado, e até pode não querer que a família saiba da sua condição. Ou seja, o doente tem direito à confidencialidade dos seus dados de saúde, que o segredo médico visa proteger. Pode acontecer que o doente acuse o médico de violação do segredo...

Contudo, quase sempre os pacientes conferem uma autorização *expressa* ou *tácita* ao médico para que este revele informações aos seus familiares. Por exemplo, quando se apresenta com eles e os faz participar francamente na consulta, ou quando faz questão de os mandar chamar, ou pede que o médico lhes preste informações.

O que é o “esclarecimento terapêutico”?

Consiste em prestar todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição ou se prepare para uma intervenção diagnóstica ou curativa. Pode envolver aconselhamento acerca de medidas que deve tomar (v.g., fazer ginástica) ou os perigos que deve evitar (v.g., conduzir o automóvel em virtude de um problema cardíaco grave). É muito relevante relativamente à medicação: o médico tem o dever de informar o paciente acerca da dose, efeitos secundários e reacções adversas e quanto mais agressivo o fármaco for mais deve o doente ser informado.

Muitas vezes, este esclarecimento tem de ser prestado à família, que garante o acompanhamento de enfermagem.

Esta informações são diferentes daquelas informações iniciais, indispensáveis para consentir ou para recusar a intervenção, que são mais delicadas e que o doente pode querer reservar para si.

Código Penal

Art. 142º

(Interrupção da gravidez não punível)

.....

3 - O consentimento é prestado:

a) Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; (....)

Quando se transmite a informação?

As informações devem ser transmitidos antes da proposta da intervenção, e com suficiente antecedência para que o paciente possa reflectir e ponderar sobre as vantagens e riscos de se submeter à intervenção.

Por vezes a lei exige o respeito por determinado *prazo de reflexão* (v.g., no caso da interrupção voluntária da gravidez e, noutros ordenamentos jurídicos, no caso de esterilização voluntária).

O que deve ser feito quando os familiares do paciente solicitam ao médico que omita informação ao paciente?

O médico deve cumprir os seus deveres para com o paciente. Só pode deixar de prestar informações se o paciente o pedir, e no caso de *privilégio terapêutico*.

O *privilégio terapêutico* justifica que o médico não transmita ao paciente algumas informações, quando o conhecimento destas poria em perigo a *vida* do paciente ou seriam susceptíveis de lhe causar *grave dano à saúde, física ou psíquica*.

O pedido dos familiares pode ser importante para avaliar a personalidade e a capacidade do paciente, e permitir ao médico formular um juízo sobre as informações que não devam ser prestadas, por caírem no âmbito do *privilégio terapêutico*.

A ansiedade ou o *stress* causado pelas informações podem constituir um “dano”, mas *em regra* não são razões suficientes para omitir as informações.

Código Penal

Art. 157º

(Dever de esclarecimento)

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

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Art. 10.º

(Vida privada e direito à informação)

.....

2 - 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.

Quais são as exceções ao dever de informar?

O médico deve omitir as informações que possam causar graves danos à saúde ou à vida do paciente (art. 157.º *in fine* CP).

Será, por exemplo, o caso de um paciente que sofreu de um enfarte do miocárdio e que deverá ser poupado a emoções fortes. O princípio humanitário que está na base deste regime não justifica, porém, a mentira nem que se omitam esclarecimentos só para que o paciente não se afaste do tratamento proposto.

Por outro lado, reconhece-se hoje um direito de não-saber, que está previsto na CDHBio (art. 10.º, n.º 2) e constitui uma dimensão do princípio da autonomia da pessoa humana, no direito à reserva da vida privada, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na integridade e autodeterminação do sujeito.

Este direito pode sofrer restrições, tanto no interesse do próprio paciente como para protecção de terceiros.

Que quantidade de informação deve ser prestada aos pacientes?

A quantidade e o tipo de informação que os médicos devem prestar a cada paciente varia de acordo com vários factores, tais como a complexidade do tratamento, os riscos a este associados e os desejos do próprio paciente.

Deve-se usar o critério do “paciente concreto”, isto é, dar as informações que aquele concreto paciente precisa de saber ou desejaria conhecer para tomar a sua decisão, com a sua personalidade e capacidade cognitiva. Uma informação que parece perfeita, em abstracto, pode ser afinal inútil, se o paciente não perceber o idioma ou se for analfabeto, se não tomar em consideração a religião ou as opções filosóficas profundas do paciente. E as consequências laterais ou os riscos, sendo desprezíveis para um paciente abstracto, podem ser insuportáveis para o paciente concreto, devido à sua personalidade, à sua profissão ou aos seus lazeres. Por ex.: um cozinheiro pode não querer aceitar uma terapêutica prolongada que lhe altere o paladar.

Alguns tópicos para a informação:

Descrição genérica da prática (tratamento ou procedimento) proposta - em que consiste? - como se efectiva? - quanto tempo dura?

Possíveis tratamentos alternativos, especificando riscos e benefícios razoáveis de cada opção, incluindo a opção de não tratar;

Finalidade ou o objectivo do tratamento ou da investigação;

Pormenores e incertezas do diagnóstico;

Efeitos secundários conhecidos;

Possíveis complicações terapêuticas ou a necessidade de alteração da proposta terapêutica

Disposição da equipa de profissionais para ampliar a informação transmitida e esclarecer qualquer dúvida do paciente, especificando quem se deve contactar para obter respostas às questões e a quem se dirigir no caso da ocorrência de danos.

Possibilidade de o paciente revogar em qualquer momento o seu consentimento, sem sofrer represálias ou perda de benefícios.

As repercussões financeiras do tratamento proposto (honorários, taxas moderadoras, suplementos, medicina convencionada ou não, etc.).

Também é obrigatório revelar riscos de verificação muito rara, mas muito grave?

Não há uma resposta inequívoca quanto a esta pergunta.

Os tribunais portugueses nunca se pronunciaram; e os tribunais estrangeiros já deram respostas contraditórias.

A resposta mais consentânea com o respeito pelo direito à autodeterminação é a que manda revelar tudo, salvo se o paciente mostrar que não quer saber, ou quando se verificarem os pressupostos do privilégio terapêutico.

Os médicos têm a competência para mostrar aos doentes o que significa uma percentagem muito baixa de verificação de um dano grave, recorrendo a exemplos fáceis de compreender. Por exemplo, se a probabilidade de uma injeção de contraste provocar a morte for de 1/120.000, o doente será capaz de compreender que um acidente mortal ocorreria se todos os habitantes de Coimbra fossem injectados. As comparações com os riscos de colisão automóvel, de atropelamento, ou de incêndio, servem o mesmo propósito.

A revelação total e sistemática destes riscos significaria, porém, uma mudança brusca dos hábitos de assistência médica, que poderá recomendar moderação.

Como se deve informar?

O médico deve procurar respeitar o sistema de valores do paciente e estabelecer um diálogo que acompanhe as capacidades intelectuais e culturais dele.

Deve-se usar uma linguagem acessível, não técnica; por exemplo: em vez de dizer “cefaleia”, deve dizer “dor de cabeça”, em vez de “cálculo”, deve dizer “pedra”, se o nível cultural do paciente o recomendar.

Pode haver doentes que prefiram ouvir “neoplasia” em vez de “cancro”; outros só entendem se se disser “cancro”, ou até “mal ruin”...

A informação é escrita ou oral?

A informação é, em regra, oral.

A única excepção, no direito português, é a dos ensaios clínicos. Neste caso, a lei exige que as informações sejam dadas por escrito, com a pretensão de que este modo dá mais garantias de clareza e reflexão.

Mesmo neste caso excepcional, o médico deve acompanhar o fornecimento do *dossier* informativo com esclarecimentos orais, no sentido de garantir uma informação efectiva e suficiente.

O CONSENTIMENTO

“Eu penso que há até o direito de se operar sempre. Até contra vontade do doente. Penso e tenho-o feito. (...) Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos. Operei-os e salvei-os (...)”.

Jean Louis Faure – *A alma do cirurgião*, 1929.

Código Civil

Art. 219.º

(Liberdade de forma)

A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir.

Código Penal

Artigo 38.º

(Consentimento)

.....

2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

.....

Circular Informativa da DGS n.º 15/DSPCS, de 23-03-98

“Embora não exista qualquer exigência legal de uma forma determinada para a eficácia do consentimento, a sua formalização afigura-se, contudo, como único meio de concretizar este direito (o direito ao esclarecimento), em especial quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente. A existência de um formulário parece constituir a forma mais simples, clara e facilitadora para o fornecimento e obtenção do consentimento.”

O consentimento tem de ser escrito ou pode ser oral?

Em regra, segundo as leis portuguesas, não é necessário consentimento escrito.

Todavia, certas intervenções carecem – nos termos da lei – de consentimento escrito: a interrupção voluntária da gravidez, a esterilização, o diagnóstico pré-natal, “sempre que possível”, os testes genéticos, a electroconvulsoterapia e intervenções psico-cirúrgicas, os ensaios clínicos em seres humanos, as transplantações entre vivos.

Para além disto, a Direcção Geral de Saúde, através da *Circular Informativa da DGS n.º 15/DSPCS, de 23-03-98*, recomendou a utilização de formulários escritos, em especial quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas, que impliquem um risco sério para a vida ou a saúde do doente.

Assim, na medida em que a Direcção Clínica do Hospital ou do Serviço exija a utilização dos formulários de consentimento informado, o médico tem o *dever de serviço* de cumprir esta formalidade. Neste caso, o consentimento deve ser prestado por escrito – não por força de uma lei, mas por força de uma ordem hierárquica.

No âmbito da medicina privada, os médicos têm de cumprir as leis que, excepcionalmente, impõem o consentimento escrito. Mas não estão obrigados às instruções vigentes no Sistema Nacional de Saúde.

Os “Formulários” são a melhor forma de obter o consentimento informado?

A necessidade de preencher um “formulário” pode propiciar uma ocasião para a comunicação com o doente; por outro lado, pode permitir uma ponderação maior dos riscos e consequências da intervenção; pode ainda facilitar a prova do consentimento informado.

Todavia, são conhecidas várias decisões de tribunais estrangeiros que negaram qualquer valor a estes documentos, por eles se terem convencido que a assinatura fora reduzida a uma simples formalidade, desacompanhada de verdadeiras informações.

A transformação da prática do consentimento informado num mero formalismo burocrático, para além de não respeitar as leis, dá aos médicos uma falsa sensação de cumprimento da sua obrigação. No dia em que forem acusados de não terem praticado o consentimento informado, poderão ter a surpresa de ver um juiz afirmar que o “formulário” não exprimiu uma vontade informada do doente.

O conteúdo dos “formulários” é livre?

A Lei das “cláusulas contratuais gerais”, que se pode aplicar aos formulários, impõe limites ao conteúdo do documento. Assim, são proibidas:

As cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas;

As cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou culpa grave; em matéria de actuação médica nem a culpa leve pode ser excluída;

As cláusulas que contenham um ‘consentimento em branco’, como por exemplo: “Autorizo mais que me seja feito no decurso da operação que me foi indicada tudo o mais que o médico acima mencionado, o anestesista ou os assistentes de ambos, entendam tornar-se necessário”.

Se os “Formulários” não dão garantias de prova de que se praticou o consentimento informado, como é que os médicos podem obter essas garantias?

Há quem sugira testemunhas e gravadores... Tudo se traduziria em mais burocracia e menos humanização das relações entre os médicos e os doentes.

Com base nas lições que se retiram da jurisprudência estrangeira, a melhor forma de provar que se pratica a doutrina do consentimento informado... é praticá-lo. Se todo o Serviço adoptar boas práticas nesta matéria; se todo o Hospital estiver empenhado em respeitar práticas razoáveis de informação e de consentimento, será fácil demonstrar isto mesmo, em tribunal. E quando um doente alegar que não cumpriram as obrigações no seu caso específico, um tribunal terá dificuldade em acreditar, se for claro que se respeitam boas práticas como regra geral.

Há outras maneiras de registar a prática do consentimento informado, para além dos “Formulários”?

Há quem pense que o “processo clínico” deve ser mais valorizado do que um mero “formulário”. De acordo com esta corrente, o que tem valor é o registo sumário das conversas que foram mantidas com o doente, que mostram a diligência do médico no sentido de prestar as informações e de respeitar a vontade do doente. Sobretudo se todos os processos clínicos mostrarem o registo sumário de uma prática sistemática de consentimento informado.

O consentimento é válido durante quanto tempo?

O consentimento é um processo contínuo e não uma decisão vinculativa e irrevogável.

Por um lado, se houver um intervalo significativo entre momento do consentimento do paciente e o início da intervenção, o consentimento deve ser reafirmado. Neste espaço de tempo o paciente pode ter mudado de opinião ou pode ter havido desenvolvimentos clínicos ou técnico-científicos. É importante que ao paciente seja dada a possibilidade de colocar novas questões e de reponderar e rever a sua decisão.

Por outro lado, se o doente for submetido a intervenções diversas – de diagnóstico ou de terapêutica – com autonomia relativamente aos riscos que comportam e às esperanças que permitem, cada uma das intervenções merece um procedimento separado de informação e de consentimento.

O bom senso e juízo técnico do médico são as únicas garantias da boa aplicação destas regras aos casos concretos.

O paciente pode revogar a sua decisão durante o procedimento?

Os pacientes podem mudar a sua decisão a qualquer momento, desde que ainda tenham capacidade para o fazer. O consentimento é revogável a todo o tempo e não acarreta qualquer dever de indemnização para qualquer interveniente no processo terapêutico ou de investigação.

Todavia, “é lícita a cobrança de honorários a doentes que, incluídos em esquemas devidamente programados, falem e disso não dêem conhecimento ao Médico com um mínimo de antecedência” (art. 81.º, n.º 3, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos).

Lei de Bases da Saúde

Base XIV

(Estatuto dos utentes)

1. Os utentes têm direito a:

.....

b) Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei;

.....

Código Penal

Art. 156º

(Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)

1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

Um paciente capaz pode recusar um tratamento?

Os pacientes adultos e capazes têm o poder de recusar qualquer tratamento, mesmo que essa recusa possa provocar uma lesão grave e irreversível na sua saúde ou mesmo a morte.

A recusa é a outra face do consentimento – também tem de ser informada. É importante que o paciente compreenda as consequências da recusa, e que essa recusa pode impedir futuras opções terapêuticas.

Código Penal

Artigo 39º

(Consentimento presumido)

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.

Código Civil

Artigo 340º

(Consentimento do lesado)

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.

2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.

3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

O que é o consentimento presumido?

O “consentimento presumido” é a vontade que o paciente provavelmente manifestaria se estivesse consciente ou tivesse capacidade de discernimento.

O consentimento presumido é importante para os casos em que o paciente está inconsciente ou por outra razão incapaz de consentir, sendo a intervenção urgente, ou no caso de alargamento do âmbito da operação.

A vontade hipotética que se busca respeitar é a vontade do paciente e não a do representante legal; por isso, o consentimento presumido interessa ainda mais quando o paciente não tem representante legal, ou ele não está presente.

Não se deve “abusar” do consentimento presumido. Será inadmissível que, com base num potencial perigo para o corpo ou para a saúde, o médico realize uma intervenção não urgente ou que, pelo menos, possa razoavelmente aguardar pelo consentimento informado expresso pelo paciente.

O que deve ser feito quando o paciente pede ao médico para que este tome a decisão por si?

Os médicos devem explicar ao paciente a importância de conhecer as alternativas possíveis e o que o tratamento implicará. Se o paciente continuar a insistir que não quer saber detalhes acerca do seu estado de saúde ou sobre o tratamento, o médico deve, ainda assim, fornecer informação básica sobre o tratamento antes de o levar a cabo.

O paciente tem o direito a não saber e o direito a renunciar ao consentimento.

O médico deverá documentar no processo clínico este desejo do paciente e deve ir informado o paciente em traços largos acerca do tratamento e recordar-lhe que ele tem o direito ao consentimento informado ou à recusa informada.

Alguma doutrina estrangeira não admite o direito de renunciar ao consentimento no caso de intervenções sem finalidade terapêutica, susceptíveis de gerar graves danos ou que apresentem riscos sérios e desconhecidos, nomeadamente a experimentação médica ou a cirurgia estética pura.

Se o paciente dá o consentimento para a recolha de sangue durante um exame, é necessário especificar quais os testes que serão realizados?

Os pacientes devem ser informados acerca da finalidade dos testes e os médicos devem estar preparados para responder às questões formuladas pelos pacientes.

Se os médicos necessitam de colher uma amostra de sangue para fazer o teste de uma doença contagiosa grave, os pacientes devem ser informados sobre a natureza e as implicações do teste, incluindo as vantagens e desvantagens, e um consentimento específico para realizar esse teste deve ser obtido.

O médico que realiza a intervenção tem o dever de confirmar se o paciente deu um consentimento realmente informado?

Entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o *dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas.*

Este dever afirma-se, com forte autonomia, nos seguintes casos: quando se recorre a *formulários pré-elaborados*; na *medicina de equipa*; quando o *paciente não compreende o idioma*, ou quando o *paciente é surdo.*

Este dever de verificar o esclarecimento do paciente pode ter também um outro sentido: o profissional de saúde tem a obrigação de criar as condições para que o paciente tome uma *decisão livre e isenta de vícios.* Por outro lado ainda, esta etapa do processo do consentimento informado pode servir para o médico *reavaliar a capacidade para consentir* do paciente.

TRATAMENTO EM SITUAÇÃO DE URGÊNCIA

Código Penal

Art. 156.º

(Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)

1.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Artigo 8.º

(Situações de urgência)

“Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.”

Pode-se realizar um tratamento numa situação de urgência, estando o paciente incapaz de dar o seu consentimento?

Sim. Numa situação de urgência, em que o consentimento não possa ser obtido, os médicos devem prestar os tratamentos médicos adequados e que sejam imediatamente necessário para salvar a vida ou evitar uma grave deterioração da saúde do paciente. A não ser que o médico possa convencer-se de que o paciente não quer, de modo nenhum, ser tratado.

Logo que possível, o paciente deve ser informado acerca das intervenções levadas a cabo e deve ser pedido consentimento para ulteriores cuidados e tratamentos médicos.

A finalidade de salvar – que chega a prescindir de um acto de consentimento informado – explica que este regime especial não valha para intervenções desnecessárias e irreversíveis; estas não podem ser realizadas numa situação de urgência, sem consentimento informado

Parecer 46/CNECV/05 – sobre objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos:

.....
O CNECV é de parecer que,

.....
4. A recusa de tratamento com sangue e hemoderivados em situação de perigo de vida só pode ser considerado pelo médico quando é o próprio destinatário da terapêutica a manifestá-la de um modo expresso e livre.

5.

6. Quando haja uma recusa válida o médico e/ou outros profissionais de saúde têm o dever de a respeitar.

7. Embora não se requiera que o consentimento revista uma forma determinada é da máxima conveniência, para fins probatórios, que seja adoptada a forma escrita.

8. *A manifestação antecipada de vontade tem apenas um valor indicativo, não dispensando a obtenção do consentimento informado que obriga a um efectivo esclarecimento quanto às consequências da recusa de tratamento.*

9. *Em situações de extrema urgência com risco de vida em que o paciente não possa manifestar o seu consentimento é o mesmo dispensado, prevalecendo o dever de agir decorrente do princípio da beneficência consagrado na ética médica.*

10. Os doentes interditos ou com anomalia psíquica e os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os actos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados.

11. Nas situações anteriores deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado.

Pode-se tratar um paciente adulto portador de um documento que recusa todos ou alguns tratamentos?

O respeito pela autodeterminação do doente obriga a cumprir, em princípio, a recusa do doente; na verdade, não podem ser realizados tratamentos contra a vontade do doente.

Porém, é necessário que não haja dúvidas acerca da vontade manifestada – quanto à informação em que ela se baseou; quanto à liberdade com que foi feita; quanto à sua actualidade.

A informação necessária exige que o doente tenha disposto de apoio técnico completo, antes de assinar o documento.

A liberdade necessária exige que o doente não tenha sido pressionado por ninguém, no momento de assinar.

A actualidade necessária exige que o médico se convença de que o doente mantém a recusa no momento actual – agora que a sua condição se deteriorou e carece dos tratamentos.

Se o médico tiver dúvidas fundadas sobre algum destes tópicos, fica autorizado a pensar que a recusa apresentada não é suficientemente clara e forte para se sobrepor ao dever de intervir para salvar o doente

Código Penal

Art. 156.º

(Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)

1.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

O que se deve fazer quando o paciente está inconsciente e se dá uma descoberta inesperada durante o curso de uma intervenção que requer tratamento imediato?

Quando se obtém o consentimento para uma intervenção, o médico deve informar o paciente de todas as complicações previsíveis que podem ocorrer enquanto o paciente está inconsciente. Isto possibilita ao médico obter antecipadamente o consentimento para o tratamento, caso essa situação se verifique.

Por vezes, ocorrem situações imprevistas; nesse caso o consentimento é dispensado quando o alargamento da intervenção servir como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde do doente (art. 156.º, n.º 2, al. b) CPen).

O perigo não tem de ser *grave* ou *iminente*. Porém, é inadmissível que com base num *potencial* perigo para o corpo ou para a saúde o médico realize uma intervenção não urgente ou que, pelo menos, possa razoavelmente aguardar pelo consentimento do paciente.

Estes casos de intervenção sem consentimento estão reservados para situações excepcionais.

Por outro lado, se o médico souber que o doente não quereria o tratamento em qualquer caso, deve abster-se de o fazer, quaisquer que sejam as consequências para o doente.

OS MENORES E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Código Penal

Artigo 38º

(Consentimento)

.....

3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

.....

Código Civil

Artigo 1878º

(Conteúdo do poder paternal)

1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Artigo

6.º

(Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento)

.....

2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

As crianças e os jovens têm capacidade para consentir?

A resposta jurídica tradicional diz que todos os menores estão sujeitos ao poder paternal e, portanto, serão os pais a prestar o consentimento para as intervenções.

Porém, as legislações estrangeiras têm previsto regras especiais que permitem aos menores maduros o exercício da sua autonomia em cuidados de saúde.

Em Portugal, tem havido tentativas de usar o regime geral do consentimento em direito penal; segundo estas tentativas, os menores com mais de 14 anos e com discernimento teriam como que uma “maioridade especial” para autorizar intervenções médicas.

Este regime, qualquer que seja o seu valor, não está consagrado por uma lei especial e clara; por esta razão, não é seguro, para os médicos, segui-lo.

Sendo assim, parece mais seguro continuar a adoptar a regra tradicional, e pedir o consentimento informado aos representantes legais do menor.

Porém, tendo em conta a disposição o art. 1878.º, n.º 2, CCiv e o art. 6.º, n.º 2, CEDH Bio a opinião do menor deve ser tanto mais determinante quanto mais próximo dos 18 anos ele estiver. Segundo este regime, em alguns casos pode reconhecer-se que o menor tem um direito de veto.

Código Civil

Artigo 1918º

(Perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho)

Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo e não seja caso de inibição do exercício do poder paternal, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no nº 1 do artigo 1915º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência.

Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro)

Artigo 91.º

(Procedimentos urgentes na ausência do consentimento)

1 - Quando exista perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto, qualquer das entidades referidas no artigo 7.º ou as comissões de protecção tomam as medidas adequadas para a sua protecção imediata e solicitam a intervenção do tribunal ou das entidades policiais.

Artigo 92.º

(Procedimentos judiciais urgentes)

1 - O tribunal, a requerimento do Ministério Público, quando lhe sejam comunicadas as situações referidas no artigo anterior, profere decisão provisória, no prazo de quarenta e oito horas, confirmando as providências tomadas para a imediata protecção da criança ou do jovem, aplicando qualquer uma das medidas previstas no artigo 35.º ou determinando o que tiver por conveniente relativamente ao destino da criança ou do jovem.

.....

Se os pais recusarem um tratamento, pode o médico agir contra vontade destes?

Se o menor for incapaz para consentir, compete aos detentores da autoridade parental *autorizar* a intervenção.

Em regra, os pais ou tutores podem recusar uma intervenção.

Todavia, no caso de recusa de consentimento paternal para um tratamento medicamente indicado e indispensável para salvar a vida do menor ou afastar doença grave, o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, após um expedito procedimento, junto do Ministério Público, de limitação do poder paternal, ou com base na urgência.

Por vezes, no entanto, a Medicina não tem nada para oferecer, como tratamento; então não vale a pena contrariar a decisão dos pais.

Pode-se tratar uma criança numa situação de urgência sem que nenhum familiar possa prestar o consentimento?

Sim. Quando o tratamento é necessário e urgente, e ninguém com autoridade parental está presente, os médicos devem realizar os tratamentos necessários para salvar a vida da criança ou evitar a deterioração grave da sua saúde. Não se pode prejudicar uma criança ou um jovem por causa da demora causada com a procura dos seus representantes legais.

OS INCAPAZES ADULTOS

Código Civil

Artigo 142º

(Providências provisórias)

1. Em qualquer altura do processo pode ser nomeado um tutor provisório que celebre em nome do interditando, com autorização do tribunal, os actos cujo adiamento possa causar-lhe prejuízo.

2. Pode também ser decretada a interdição provisória, se houver necessidade urgente de providenciar quanto à pessoa e bens do interditando.

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CDHBio)

Artigo

6.º

(Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento)

3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

Artigo

9.º

Vontade anteriormente manifestada

A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

Quem autoriza a intervenção no caso de o paciente ser um adulto incapaz para consentir?

Quando se está perante um paciente incapaz para consentir e a intervenção não é urgente, o Ministério Público, que é o representante geral dos incapazes, deve dar início a um processo de tutela e à nomeação de um curador provisório, nos termos do art. 142º CC. O tutor provisório dará o consentimento informado em vez do incapaz.

No caso de não se poder esperar para promover a tutela, mesmo provisória, o médico deve tentar conhecer a vontade presumida do paciente, com base nas informações disponíveis, incluindo os dados que a família fornecer, e agir de acordo com ela.

Nos casos de intervenções médico-cirúrgicas mais graves existe legislação especial que visa proteger os incapazes, mesmo quando estes têm um representante legal atribuído. Assim acontece, p.ex., no caso de ensaios clínicos, transplantações de órgãos, testes genéticos, intervenções psico-cirúrgicas e (mesmo sem lei especial) no caso da esterilização.

Em qualquer caso, a pessoa incapaz para consentir deve, na medida do possível, participar no processo de autorização (art. 6º, n.º 3 da CDHBio); e devem ser tidos em consideração os testamentos de paciente e a nomeação dos procuradores de cuidados de saúde (art. 9º da CDHBio).

**MENORES E INCAPAZES ADULTOS EM
SITUAÇÕES PARTICULARES**

Parecer 35CNECV/01, sobre Laqueação de Trompas em Menores com deficiência Mental Profunda (3-4-2001):

“1 – A laqueação das trompas, método contraceptivo em princípio irreversível e que requer intervenção cirúrgica, deve ser considerada medida de último recurso; a irreversibilidade do seu efeito, que só ocorre em percentagem diminuta, obriga a nova e demorada intervenção cirúrgica;

2 – A autorização necessária, da competência do Tribunal de Menores, deve fundamentar-se nos seguintes elementos:

a) Relatório médico, que demonstre que não há esterilidade, que o atraso mental é profundo e irreversível e que nenhum método contraceptivo não cirúrgico garante a prevenção de gravidez; o relatório deve ser subscrito por um médico de cada uma das seguintes especialidades: psiquiatria, neurologia, ginecologia e pediatria;

b) Relatório de assistente social, sobre as condições actuais de apoio familiar, social e médico da menor e possibilidade de superação das insuficiências verificadas nestes domínios;

c) Declaração dos pais ou outros representantes legais, que manifeste a concordância ou discordância quanto à intervenção.”

Esterilização

Não há uma lei que esclareça este assunto. Porém, tendo em conta os princípios gerais de Direito, e a regulamentação de outras matérias, podemos afirmar, com grande probabilidade, o seguinte:

Não basta uma decisão dos titulares do poder paternal; a questão é demasiado importante para que os representantes legais possam decidir sozinhos. Por outro lado, esta é uma intervenção só admissível como último recurso, para evitar males superiores.

Uma decisão de esterilização deve ser proposta com fundamentos consistentes, deve basear-se na decisão dos representantes legais, e deve assentar numa decisão de um tribunal que garanta a conformidade da decisão com o interesse do incapaz.

Quando, porventura, os representantes legais não estejam nomeados ou não consigam desempenhar a sua função, as cautelas devem ser redobradas.

Uma vez que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida já fez recomendações sobre este assunto, sugere-se que se adopte o procedimento recomendado.

Ensaaios Clínicos (Lei n.º 46/204, de 19 de Agosto)

Artigo 7.º (Participantes menores)

Para além de outras condições impostas por lei, um ensaio apenas pode ser realizado em menores se:

- a) Tiver sido obtido o consentimento livre e esclarecido do representante legal, o qual deve reflectir a vontade presumível do menor, podendo ser revogado a todo o tempo, sem prejuízo para este último;
- b) O menor tiver recebido, por parte de pessoal qualificado do ponto de vista pedagógico, informações sobre o ensaio e os respectivos riscos e benefícios, adequadas à sua capacidade de compreensão;
- c) O investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal considerar o desejo expresso do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do ensaio a qualquer momento;

Artigo 8.º (Participantes maiores incapazes)

1 — Sem prejuízo do disposto no artigo 6.º, quando um participante maior não estiver em condições de prestar o consentimento livre e esclarecido, a realização do ensaio depende do preenchimento cumulativo dos requisitos referidos nos números seguintes.

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

- a) Tiver sido obtido o consentimento livre e esclarecido do respectivo representante legal, nos termos do número seguinte;
- b) A pessoa incapaz de dar o consentimento livre e esclarecido tiver recebido informações adequadas à sua capacidade de compreensão sobre o ensaio e os respectivos riscos e benefícios;
- c) O investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal considerar o desejo explícito do participante que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do ensaio a qualquer momento;

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

Ensaaios Clínicos

A Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto, aprova o regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano.

Os ensaios clínicos, indispensáveis ao progresso da Medicina, geram riscos para os participantes, justamente porque ainda são ensaios. Todas as leis procuram proteger os participantes – até para que os cidadãos se sintam seguros e dispostos a participar neles – e a protecção visa, sobretudo, os que não têm competência para avaliar e decidir com autonomia: os menores e os incapazes adultos.

De um modo resumido e incompleto, pode dizer-se que as leis tentam evitar o mais possível a participação dos menores e dos incapazes adultos; procuram que eles só participem em ensaios quando os riscos forem mínimos e as vantagens claras. E a experimentação não terapêutica está excluída em incapazes adultos.

Lei da Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de origem humana Lei n.º 12/93, de 22 de Abril

Art.6.º

(Admissibilidade)

.....

3 - São sempre proibidas as dádivas de substâncias não regeneráveis feitas por menores ou incapazes.

.....

Art.8.º

(Consentimento)

.....

3 - Tratando-se de dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal.

4 - A dádiva de tecidos ou órgãos de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carece também da concordância destes.

5 - A colheita em maiores incapazes por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial.

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Art. 20.º

(Protecção das pessoas que careçam de capacidade para consentir na colheita de um órgão)

1 - Nenhuma colheita de órgão ou de tecido poderá ser efectuada em pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento, nos termos do artigo 5.º

2 - A título excepcional e nas condições de protecção previstas na lei, a colheita de tecidos regeneráveis numa pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento poderá ser autorizada se estiverem reunidas as seguintes condições:

.....

v) O potencial dador não manifeste a sua oposição.

Transplante de tecidos e órgãos

A Lei n.º 12/93, de 22 de Abril e, mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, são especialmente cautelosos com a participação dos menores e dos incapazes adultos como dadores.

A primeira distinção que fazem é entre órgãos e substâncias regeneráveis e não regeneráveis, para proibir que aqueles sujeitos particularmente vulneráveis possam ser levados a consentir em ser dadores destes últimos – o que significaria uma diminuição considerável da sua integridade física.

Por outro lado, resolve-se a questão de saber quem decide em vez destes sujeitos. No caso dos menores, o poder de decidir cabe aos representantes legais e, na sua falta, ao tribunal; no caso dos incapazes adultos, a intervenção do tribunal é sempre necessária.

Note-se que, segundo a Lei dos Transplantes, apesar de os menores não terem autonomia para decidir, em princípio, têm de manifestar a sua concordância... sob pena de a colheita não ser lícita. Por outro lado, segundo a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, os incapazes adultos também podem manifestar a sua oposição, que será respeitada.

Parecer 45/CNECV/05

O CNECV é de parecer que:

1. qualquer análise da situação relativa a uma pessoa em Estado Vegetativo Persistente deve ser extremamente cautelosa e partir de um diagnóstico rigoroso sobre o seu estado clínico;
2. a pessoa em Estado Vegetativo Persistente tem direito a cuidados básicos, que incluem a alimentação e hidratação artificiais;
3. toda a decisão sobre o início ou a suspensão de cuidados básicos da pessoa em Estado Vegetativo Persistente deve respeitar a vontade do próprio;
4. a vontade pode ser expressa ou presumida ou manifestada por pessoa de confiança previamente designada por quem se encontra em Estado Vegetativo Persistente.
5. todo o processo de tratamento da pessoa em Estado Vegetativo Persistente deverá envolver toda a equipa médica assim como a família mais próxima e/ou a pessoa de confiança anteriormente indicada e pressupor a disponibilização da informação conveniente a todo o processo decisório, tendo em consideração a vontade reconhecível da pessoa em Estado Vegetativo Persistente nos limites da boa prática médica, e tendo em conta a proporcionalidade dos meios que melhor se adequem ao caso concreto.
6. em consequência, não poderão ser aplicadas soluções uniformes às pessoas em Estado Vegetativo Persistente impondo-se pois, uma avaliação criteriosa em cada situação.”

Estado vegetativo persistente

O Estado Vegetativo Persistente é uma situação clínica em que a pessoa, embora desprovida de actividade cognitiva e de auto-consciência, não pode ser entendida como estando morta, nem pode ser considerada em estado terminal. Por outro lado, a manutenção da vida da pessoa em Estado Vegetativo Persistente depende necessariamente da alimentação e hidratação artificiais; e não é seguro que a alimentação e hidratação devam ser considerados “tratamentos” (inúteis) ou antes “cuidados básicos”.

Por estas razões, não pode haver lugar aqui para a orientação, que hoje é pacífica, de interromper os tratamentos inúteis das pessoas clinicamente mortas, evitando assim o chamado “encarniçamento terapêutico”.

Numa época em que o Direito se entrega totalmente à vontade do indivíduo – à sua autodeterminação – o problema só teria solução se conseguíssemos apurar a vontade do paciente. Mas, se ele não deixou uma “directiva antecipada”, nem depositou a sua vontade nas mãos de alguém que exprima, sem dúvidas, a sua vontade, nunca poderemos saber o que ele queria, se pudesse decidir. Também não é fácil apurar qual seria a sua vontade presumível. E ainda é mais delicado escolher uma solução, em vez do doente.

O Direito não tem meios para enfrentar este problema.

QUESTÕES ESPECIAIS

DIRECTIVAS ANTECIPADAS

O que são as directivas antecipadas, testamentos de vida ou desejos previamente expressos?

A *Directiva antecipada* é um documento escrito por uma pessoa maior e capaz, que contém directivas a respeito dos tratamentos que ele considera admissíveis ou que rejeita, e/ou a nomeação de um “procurador de cuidados de saúde”, que tomará as decisões por conta do doente, tendo em vista as eventuais situações de incapacidade.

Vários países aprovaram legislação especial para a regulamentar.

Quais as exigências das “directivas antecipadas”?

Na legislação estrangeira, costuma exigir-se:

Que o autor tenha *capacidade* no momento em que elabora as directivas antecipadas;

Que estas directivas sejam reduzidas a *escrito*; por vezes exige-se a presença de *testemunhas*, noutras vezes que o documento seja lavrado perante o *Notário*;

Que tenham uma *relativa actualidade*. Algumas leis confinam a validade das directivas a um prazo. Por um lado, a evolução da medicina pode levar a que os receios em face de determinadas situações terapêuticas se tornem infundados ao fim de alguns anos; por outro lado, as pessoas podem ir mudando de opinião, sem cuidarem de revogar a directiva. Outras leis, porém, consideram o documento válido enquanto não for revogado, embora o médico possa não obedecer à directiva, se tal se mostrar justificado em função da evolução da medicina, ou em face de outros indicadores que permitam supor que o doente teria desejado mudar de opinião.

Entende-se que há uma *presunção de que a vontade manifestada na directiva antecipada corresponde à vontade actual*, recaindo sobre o médico o ónus de provar o contrário, no caso de não cumprir o que fora prescrito; isto é assim, quer o subscritor escolha uma certa intervenção, quer recuse qualquer tratamento.

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Art.9.º

(Vontade anteriormente manifestada)

A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

Qual o valor das “directivas antecipadas” no direito português?

As directivas antecipadas *não podem ser ignorados*, sob pena do o médico violar o seu *direito à autodeterminação* e a *integridade física e moral* do paciente, já que a lei vigente determina que elas sejam *“tomadas em consideração”*.

Isto não quer dizer que o médico tenha de aceitar, sem mais averiguações, o conteúdo da directiva. O médico tem a obrigação de avaliar a consistência da directiva, para ficar convencido de que ela exprime a vontade esclarecida, livre e actual do doente.

ENSINO

É necessário pedir o consentimento ao paciente para que os estudantes assistam a uma consulta?

Sim. A presença de estudantes, por mais importância que tenha, não faz parte da assistência médica a cada doente e, portanto, deve ser autorizada por este. Assim, o médico que realiza a consulta deve explicar ao paciente as vantagens da presença de um estranho e pedir-lhe consentimento para tal.

Os pacientes devem sentir-se à vontade para recusar a presença de terceiros durante a consulta e/ ou tratamentos.

Sempre que possível, os pacientes devem poder reflectir sobre este pedido antes de os estudantes estarem presentes.

É necessário pedir consentimento antes de o paciente ser questionado e examinado por estudantes de medicina no âmbito da sua formação?

Os doentes que procuram assistência médica esperam ser assistidos por médicos. A participação de técnicos em formação contraria esta expectativa e, portanto, deve ser explicada pelos médicos responsáveis e autorizada pelos doentes.

É necessário pedir o consentimento de pacientes para o uso de gravação vídeo e áudio das intervenções feitas, que se destinem a fins de ensino?

Sim. É necessário o consentimento do paciente para gravar e para o subsequente uso para fins de ensino, excepto se as imagens não representarem *dados pessoais*, isto é, se o doente não puder ser identificado, nem mesmo indirectamente, através do uso de códigos.

VIH/SIDA

Código Penal

Artigo 156º

(Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)

1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa.

É necessário o consentimento do paciente antes de se realizar o teste de VIH/SIDA?

Sim. Os médicos têm que obter o consentimento dos pacientes antes de realizar o teste de VIH/SIDA.

A realização de uma colheita para um teste sem consentimento prévio do doente viola o direito à *autodeterminação informacional* e constitui um ilícito criminal (art. 156.º CP). É ilícita a realização do teste *sem* ou *contra* a vontade do paciente, mesmo que isso vise prevenir o perigo de infecção decorrente de uma intervenção médica de risco (v.g., antes de uma cirurgia). O que os médicos devem fazer é adoptar as medidas universais de protecção.

Pelo contrário, a realização de um teste com base em material biológico já colhido para outras finalidades não constitui um ilícito penal, porque o art. 156.º citado está desenhado de forma a supor uma agressão física; mas não deixa de ser um ilícito civil, capaz de gerar indemnização por danos não patrimoniais.

Que informação deve ser transmitida ao paciente?

Os médicos têm que se assegurar que o paciente recebeu informação apropriada sobre as consequências do teste, incluindo vantagens e desvantagens e, sempre que possível, permitir que o paciente disponha do tempo necessário para reflectir sobre essa decisão.

Quando uma criança não tem capacidade para consentir, podem os detentores da autoridade parental autorizar essa intervenção?

Sim, se o teste for no interesse da criança.

Se os pais recusam o teste e o médico tem fundadas razões para pensar que um dos detentores da autoridade parental é responsável por uma possível infecção da criança, o médico pode dar conhecimento dos factos ao Ministério Público, para efeitos de uma limitação do poder paternal que permita a realização da intervenção.

Código Penal

Art. 34.º

(Direito de necessidade):

“Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um *perigo actual* que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:

- a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;
- b) Haver *sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado*; e
- c) *Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.*”

No caso de um profissional de saúde ter um acidente com uma seringa ou se sofrer outro acidente de trabalho envolvendo fluidos sanguíneos ou orgânicos, pode ser realizado um teste para o VIH/SIDA, num paciente?

Sim, desde que o paciente dê o seu consentimento. Se o paciente estiver incapaz para consentir, ou se recusar, o teste apenas pode ter lugar em circunstâncias excepcionais, nos termos do chamado *direito de necessidade*: a intervenção sem consentimento – que em princípio é ilícita – acaba por ser justificada pela necessidade de defender um valor superior.

Pode-se fazer o teste de VIH/SIDA a um cadáver de um paciente quando um profissional de saúde tenha tido um acidente com uma seringa ou outro contacto accidental com fluidos sanguíneos ou orgânicos?

Os médicos podem fazer o teste de VIH/SIDA a um paciente falecido, se tiverem razões fundadas para pensarem que o paciente podia estar infectado e o profissional de saúde teve um acidente que envolveu contacto com fluidos sanguíneos ou orgânicos.

O resultado do teste, tendo interesse apenas para salvaguardar a saúde do profissional de saúde, apenas deve ser comunicado a esse profissional e mantido em sigilo face às demais pessoas.

Código Penal

Art. 156º

(Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)

1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

.....

Art. 157º

(Dever de esclarecimento)

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, (...)

Código Civil

Art. 485º

(Conselhos, recomendações ou informações)

1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte.
2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível.

Art. 486º

(Omissões)

As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.

O médico pode ser responsabilizado por não ter cumprido as regras do consentimento informado?

Responsabilidade *penal*: a falta de informações (que torna o consentimento do doente ineficaz) ou a falta do consentimento fazem o médico incorrer no crime de “intervenção arbitrária” (Art. 156.º e 157.º CPen).

A simples negligência não é punida.

Responsabilidade *civil*: a falta ou a insuficiência de informações gera responsabilidade (Artigos 485.º, 486.º CCiv); a falta ou a insuficiência de informações (que tornam o consentimento inválido), ou a falta do consentimento, transformam a intervenção numa ofensa corporal não consentida (Art. 340.º CCiv) e geram uma responsabilidade ainda mais ampla.

A simples negligência é suficiente.

Responsabilidade *disciplinar*: a falta de informações ou a falta do consentimento violam um dever de conduta previsto, designadamente, na Lei de Bases da Saúde e nos Códigos Deontológicos.

Bibliografia

- AA.VV., *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, 2004.
- ALVES, Jeovana, *Ensaio Clínicos*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 8, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica, 21, Coimbra Editora, 1996.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2005.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Publicações do Centro de Direito Biomédico, 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, Álvaro/ VIEIRA, Fernando/ CORDEIRO, Pedro, *Direito da Medicina – I*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 6, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

- SERRÃO, Daniel/ NUNES, Rui, *Ética em Cuidados de Saúde*, Porto, Porto Editora, 1998.
- SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997.

Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, N.º1, N.º2, N.º3 e N.º4, Coimbra Editora.

4. Reuniões científicas

O CDB tem promovido debates públicos acerca de grandes temas do progresso das ciências médicas, em colóquios interdisciplinares sobre Reprodução Assistida, Transplantações, Análise do Genoma Humano, H.I.V. e SIDA, Lei de Saúde Mental, Ensaio Clínico e Responsabilidade civil dos médicos; os seus membros, por seu turno, têm sido regularmente chamados a participar em debates organizados por outras instituições interessadas nos assuntos da Biomedicina – nacionais e estrangeiras.

5. Ensino

a) Cursos longos

O CDB organiza Cursos de Pós-graduação em Direito da Medicina e em Direito da Farmácia e do Medicamento. Estes cursos têm vindo a ser reconhecidos pela Ordem dos Advogados e o segundo também pela Ordem dos Farmacêuticos.

O CDB leccionou estes cursos em Coimbra e, no que diz respeito ao Direito da Medicina, em Ponta Delgada e no Funchal.

b) Cursos breves

- Curso breve de Pós-graduação em *Responsabilidade Médica*
- Curso breve de Pós-graduação em *Consentimento Informado*
- Curso Intensivo em *Direito da Medicina* – com o Ministério Público do Estado do Paraná (Julho de 2005)
- Curso Breve sobre *Direito de Medicamento*, destinado a membros da Associação Brasileira para a Vigilância Sanitária (Setembro de 2005)
- Curso Breve de Pós-graduação em *Direito e Medicina da Reprodução*
- Curso Breve de Pós-graduação em *Genética e Direito*

- c) Cursos em *e-learning*
- Preparação de um Curso breve e experimental sobre Consentimento Informado destinado aos profissionais de saúde dos H.U.C.
 - Preparação de Cursos sobre Genética e Direito e sobre Medicina da Reprodução no âmbito de um projecto liderado pela Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha.

6. Cooperação

O CDB celebrou Protocolos com as seguintes instituições:

a) Instituições nacionais

- Ordem dos Médicos
- Hospitais da Universidade de Coimbra
- Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA
- Governo Regional da Madeira (Secretaria Regional dos Assuntos Sociais do Governo Regional da Madeira)
- Governo Regional dos Açores e o Hospital do Divino Espírito Santo em Ponta Delgada
- Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil)

b) Instituições estrangeiras

- Sheffield Institute for Biotechnological Law and Ethics (SIBLE) (Sheffield, Reino Unido)
- Cátedra Interuniversitaria Derecho y Genoma Humano (Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco) (Bilbao, Espanha)
- Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim-IMBG (Mannheim e Heidelberg, Alemanha)



- Centrum voor Biomedische Ethiek en Recht (Leuven, Bélgica)
- Ralph R. Papito School of Law - Roger Williams University (Estados Unidos da América)

7. Projectos internacionais

a) O CDB participou nos seguintes Projectos Internacionais:

- Genome Analysis: *Legal Rules - Practical Application*
- Bio-Med: *Basic Principles on Bioethics and Biolaw*
- Cooperação com o Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim em estudos sobre a Autonomia do Paciente e A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina.
- PRIVIREAL (Protecção de dados em ensaios clínicos)
- Programa FALCONE (Tráfico de Órgãos Humanos)

b) O CDB participou na candidatura a financiamento de projectos europeus:

- LATINBANK (d direcção de Portugal, Espanha e Alemanha, com a participação de vários países latino-americanos)
- PRIVILEGED (d direcção de Portugal, Grã-Bretanha e Lituânia, com a participação de todos os países da U.E.)
- ETHICSWEB - colaboração com a Universidade de Sheffield na área do Direito da rede de Ética

que abrange todos os países europeus (implicará a realização de 4 workshops em Coimbra)
- XENOME (Genética e Xenotransplantes)

8. Prestação de Serviços

- 10 Acções de Formação em Consentimento Informado nos H.U.C.
- Apoio ao Gabinete do Utente dos H.U.C.
- 2 Acções de Formação para a Unidade de Missão dos Hospitais S.A.
- Elaboração de 5 pareceres sobre temas sugeridos pela Comissão Nacional de Luta Contra a Sida (em curso)
- Elaboração de 4 relatórios técnicos sobre temas escolhidos pela Administração dos H.U.C. (em curso)
- Avaliação do «Formulário» de Consentimento Informado em uso nos H.U.C e propostas de melhoramento (trabalho de campo realizado no serviço de Cirurgia II)
- Estudos preliminares para a elaboração de um projecto de *Regulamentação da Telemedicina* com o Hospital Pediátrico e a Administração Regional de Saúde do Centro
- Relatório sobre as condições legais para a constituição de um Banco de Tumores no âmbito do CIMAGO – Centro da investigação em meio ambiente, genética e oncobiologia, da Faculdade de Medicina de Coimbra

9. Publicações

a) Periódicas

Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde (desde 2004, semestral)

b) Não periódicas

- *Comissão para o Enquadramento Legislativo da novas Tecnologias - Utilização de Técnicas de Procriação Assistida* (Projectos)
- *Procriação Assistida Colóquio Interdisciplinar* (12-13 de Dezembro de 1991)
- *Transplantações - Colóquio Interdisciplinar* (25 de Março de 1993)
- *Genome Analysis: Legal Rules - Practical Application*, Coimbra, Almedina 1994.

c) Série Monográfica do Centro de Direito Biomédico (a partir de 1999):

1. Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora 2.^a Edição, 2005.
2. *A Lei de Saúde Mental e O Internamento Compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora 2000.
3. João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
4. J.P Remédio Marques/ Conselho Dinamarquês de Ética, *Patentes de Genes Humanos?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
5. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” (Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização do Direito Civil)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
6. *Direito da Medicina I: Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, “Consentimento Informado: Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico”; Fernando Manuel Rodrigues dos Santos Vieira, “A Violência na sua Interface Jurídico-psiquiátrica”; Pedro Jorge da Silva Cordeiro, “Responsabilidade Médica Disciplinar no Serviço Nacional de Saúde”, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.*
7. Ana Raquel Moniz, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em*

Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

8. Jeovana Alves, *Ensaio Clínicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

9. André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

10. Vera Lúcia Raposo, *De Mãe para Mãe*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

11. *Responsabilidade civil dos médicos*. (Actas do Colóquio de 23-4 de Abril de 2004), Coimbra, Coimbra Editora, 2005.