

DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA GLOBAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SUSANA SARDINHA MONTEIRO
CÁTIA MARQUES CEBOLA
FÁBIO DA SILVA VEIGA
COORDENADORES



Porto | Leiria
2023



IJP PORTUGALENSE INSTITUTE
FOR LEGAL RESEARCH



O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão acadêmico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrônica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

Avaliação double-blind peer review

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no qual se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação *double-blind peer review* do Comité Científico composto por doutorados que avaliam em conformidade com a especialização da matéria.

The editor is not responsible for the opinions, comments and manifestations contained in the texts of the respective authors. This book presents exclusively the opinion of each author as a manifestation of their right to freedom of expression and the academic-scientific standard defined by the Scientific Committee's review parameter. The editor expressly opposes any of the pages of this work or parts thereof in which summaries or journalistic texts are used. Any form of reproduction, distribution, public communication or transformation of this work can only be carried out with the authorization of its right holders, except for the exception provided for by law. Therefore, this book may not be reproduced in full without the prior permission of the publishers. The authors of the chapters are authorized to reproduce and index them electronically for non-commercial purposes, mentioning that the respective texts belong to the entire book, provided if the publisher and other information about the work are cited. Any other forms of assignment of use of the work, without the prior written authorization of the copyright holders, are considered prohibited.

Process of evaluation is the system of double-blind peer review

The original selection procedure adjusts to specific research criteria, in which it is indicated that the admission of published papers responds to quality criteria comparable to those required by scientific journals, namely double-blind peer review evaluation by the Scientific Committee composed of doctorates that they evaluate in accordance with the expertise of the matter.

Ficha Técnica

© 2023 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos– IBEROJUR

Título: Direitos Humanos, Cidadania Global e Desenvolvimento Sustentável

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga, Susana Sardinha Monteiro e Cátia Marques Cebola

Edição e Diagramação: Larissa de Souza Cunha Ouchi

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-35052-0-5

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Instituto Jurídico
Portucalense.

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal. 4460-282.

Julho, 2023

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal n°518139/23

O Princípio da Dignidade Humana como Matriz do Novo Paradigma dos Cuidados Médicos: A Humanização da Medicina e suas Implicações Ético-Jurídicas

Isa António¹
João Macedo²

Sumário: 1. Princípio da dignidade humana: sua relevância, sentido e alcance na saúde; 2. Novo paradigma da humanização dos Cuidados de saúde: o que se entende por “humanização”? 3. Consentimento informado, livre e esclarecido como mecanismo de efetivação da dignidade humana.

Resumo: A humanização dos cuidados de saúde tem entrado no discurso corrente do setor da saúde, dando-se como caso paradigmático a especialidade da obstetria, em que uma franja da sociedade clama pelo denominado “parto humanizado”. Outro aspeto em que centramos o presente estudo é o da autodeterminação do doente no âmbito dos cuidados de saúde, enquanto consequência imediata da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. A autodeterminação através do respeito pela vontade do doente encerra, em si mesma, um dos princípios basilares e mais caros à bioética e ao Direito da Saúde. Existem várias dimensões do novo paradigma dos cuidados de saúde. O direito à informação clínica, o consentimento informado, livre e esclarecido e o cumprimento dos princípios-charneira da bioética, como o princípio do primado do ser humano, o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência e o princípio da justiça são apenas alguns dos fatores determinantes para a implementação da transição do modelo clássico hipocrático para o modelo hodierno da autodeterminação do doente. Esta é condição de efetividade da própria humanização da medicina. O consentimento do doente revela-se imprescindível à efetivação da autodeterminação na prestação de cuidados de saúde. Esta assume-se, atualmente, como um traço-estruturante do novo paradigma na saúde caracterizado pelo empoderamento do doente no que à sua vida, à sua saúde concerne. O epicentro não é (*mais*) o profissional de saúde, personificados na pessoa do “médico”, mas no doente que deixou de ser visto como um mero objeto sobre o qual se procede a atos clínicos. Assistimos, pois, a uma transição marcante no que à saúde concerne: o foco está no “doente” e não mais no “prestador de cuidados de saúde”. A razão de ser indicada para esta “inversão de importâncias” consubstancia-se na necessidade de ser assegurada a relação especial (e ancestral) entre doente e profissional de saúde assente na confiança. Confiança, esta, que apenas poderá ser alcançada por meio de cumprimento da vontade do doente, sendo certo que o valor da lealdade vincula ambos, pois é, de parte a parte, a “pedra de toque” para a prestação de cuidados de saúde. Assistimos, pois, ao abandono do ancestral “paternalismo clínico”, de inspiração Hipocrática, ao mesmo tempo que se reconhece ao doente um conjunto de direitos humanos a ser respeitados no exercício da medicina sintetizados na expressão de “autodeterminação do doente”.

¹ Doutora em Direito. Professora Adjunta do IS CET. Membro integrado no CIIC - Centro de Investigação e Interdisciplinar (IS CET) e do Centro de Investigação para a Justiça e Governação – JUSGOV, da Universidade do Minho. Correio eletrónico: iantonio@iscet.pt.

² Mestre em Educação para a Saúde. Doutorando em Bioética. Professor Adjunto da Escola de Enfermagem, Universidade do Minho. UICISA: E e Centro de Investigação para a Justiça e Governação – JUSGOV, da Universidade do Minho. Ciência ID BE1D-216B-21D6. ORCID iD 0000-0002-3396-7977. Researcher Id G-2518-2011. Correio eletrónico: jmacedo@ese.uminho.pt

Palavras-chave: Princípio da dignidade humana; Humanização da Medicina; Cuidados Médicos; Bioética; Exemplos concretos de falta de humanização na medicina; *Accountability*

Abstract: The humanization of health care has entered the current discourse of the health sector, with the specialty of obstetrics being a paradigmatic case, in which a fringe of society calls for the so-called “humanized childbirth”. Another aspect on which the present study focuses is the patient's self-determination in the context of health care, as an immediate consequence of the application of the principle of human dignity. Self-determination through respect for the patient's will contains, in itself, one of the basic and most important principles of bioethics and Health Law. There are several dimensions to the new health care paradigm. The right to clinical information, informed, free and informed consent and compliance with the key principles of bioethics, such as the principle of the primacy of the human being, the principle of beneficence. The principle of non-maleficence and the principle of justice are just a few of the determining factors for the implementation of the transition from the classic Hippocratic model to the modern model of patient self-determination. This is a condition for the effectiveness of the very humanization of medicine. The patient's consent is essential for the realization of self-determination in the provision of health care. This is currently assumed as a structuring feature of the new paradigm in health characterized by the empowerment of the patient in what concerns his life, his health. The epicenter is not (anymore) the health professional, personified in the person of the “doctor”, but in the patient who is no longer seen as a mere object on which clinical acts are carried out. We are therefore witnessing a marked transition in terms of health: the focus is on the “patient” and no longer on the “health care provider”. The reason for indicating this “reversal of importance” is based on the need to ensure the special (and ancestral) relationship between patient and health professional based on trust. Trust, which can only be achieved by complying with the patient's will, given that the value of loyalty binds both, since it is, on both sides, the “touchstone” for the provision of health care. We are therefore witnessing the abandonment of the ancestral “clinical paternalism”, of Hippocratic inspiration, while the patient is recognized as having a set of human rights to be respected in the practice of medicine, synthesized in the expression of “patient self-determination”.

Keywords: Principle of human dignity; Humanization of Medicine; Medical care; Bioethics; Concrete examples of lack of humanization in medicine; *Accountability*

1. Princípio da Dignidade Humana: sua Relevância, Sentido e Alcance no Âmbito da Saúde

Importa, a priori, sublinhar que a “dignidade humana” ou “dignidade da pessoa humana” afirma-se, simultaneamente, numa dupla veste: enquanto direito fundamental e enquanto princípio jusfundamental expressamente consagrado. A sua relevância é demonstrada pelo facto de a dignidade humana encontrar um *reconhecimento implícito* através dos concretos termos em que outros direitos fundamentais são consagrados ou efetivados.

A dignidade humana merece, por parte do legislador constitucional, consagração explícita e reconhecimento implícito. Consagrar direitos fundamentais implica necessariamente reconhecer ao cidadão dignidade. Veja-se o caso do direito à habitação ou do direito ao trabalho. Sem um ou outro, o cidadão seria arredado de um tratamento digno, exigível ao Estado e, mais concretamente, às políticas públicas do Governo.

Subscrevemos, pois, a posição firmada por Jorge Reis Novais “(...) a ideia de dignidade da pessoa humana, (...) concretiza-se e densifica-se especificamente através das normas de direitos fundamentais. Algumas Constituições reconhecem até expressamente esta ligação e, em sentido recíproco, mesmo quando a dignidade não vem expressamente acolhida nos textos constitucionais, a simples presença dos direitos fundamentais ou de uma declaração de direitos na Constituição confere-lhe, (...) um reconhecimento implícito que permite aos tribunais recorrerem ao princípio como se de norma constitucional expressa se tratasse.”³

Assim, a prestação estadual de serviços públicos, ainda que numa perspetiva minimalista reconduzida ao seu núcleo essencial é uma concretização do princípio da dignidade humana e o seu reconhecimento ao cidadão-contribuinte da máquina tributária, que vive dos impostos e que os utiliza para sustentar a multiplicidade de serviços públicos (saúde, educação, segurança social, paz social, habitação, mobilidade e transportes, entre muitos outros).

No caso da saúde, o núcleo essencial deste direito é assegurado pela existência do Serviço Nacional de Saúde (artigo 64.^o, da Constituição da República Portuguesa – doravante CRP). Qualquer proposta ou projeto de alteração constitucional no sentido de o eliminar é considerada inconstitucional. Para além de, em termos jurídicos ser inconstitucional, seria socialmente inaceitável porque contraditória com o próprio cerne do Estado de Direito Democrático, independentemente do grau de maior ou menor cariz “social” do mesmo, variável em função dos Governos.

A restrição – ainda que não implicasse a total erradicação do SNS - do espectro de apoio sanitário facultado pelo Serviço Nacional de Saúde ao utente, representaria uma flagrante violação do *pacto social* firmado entre governantes e cidadãos.

³ Neste sentido, vide REIS NOVAIS, Jorge. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Vol. I, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2018. Pág.71.

⁴ Artigo 64.^o, da CRP: 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: 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 ação 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; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

Na senda da Constituição alemã e respetiva jurisprudência, o nosso Tribunal Constitucional afirma a dignidade humana através da garantia estadual de um mínimo de vida condigno, sem o qual não é possível a sustentação de um Estado de Direito Democrático. Na verdade, democracia verdadeira e efetiva implica o assegurar ao cidadão eleitor de um mínimo existencial.

Por outro lado, a dignidade humana surge como imperativo na adoção de políticas e medidas administrativas concretas. No caso do setor da saúde, a boa gestão e alocação de dinheiros públicos e a racional organização dos serviços de saúde são fatores de dignificação do utente do SNS.

Casos como o encerramento das urgências hospitalares ou a falta de médicos de família ao nível dos cuidados primários são exemplos paradigmáticos de violação do princípio da dignidade humana pelo próprio Estado.

Parece-nos clara a ideia de que é contrário ao tratamento digno do ser humano, o encerramento de urgências obstétricas que veda o acesso de muitas mulheres grávidas ao adequado e pronto atendimento hospitalar no parto, em ambiente de segurança. Esta má organização e fraca gestão de recursos humanos, coloca o Estado entra em contradição frontal com direitos fundamentais que são por si proclamados.

Sob um outro prisma, a dignidade humana na saúde implica falar de uma prestação de cuidados de saúde “humanizada” no âmbito da qual a autonomia e a autodeterminação do doente surge empoderada. Comungamos da ideia RUI NUNES “... a dignidade humana [...] deve ser considerada como o fundamento da ética numa sociedade plural e secular, conceito do qual decorrem os valores estruturantes da nossa sociedade, designadamente a autonomia individual, a solidariedade interpessoal e a igualdade de oportunidades no acesso aos bens sociais”⁶.

2. Novo Paradigma da Humanização dos Cuidados de Saúde: o que se Entende por “Humanização”?

A humanização nos cuidados de saúde aparece como produto de reflexão teórica e com necessidade de pragmatismo social – veja-se o aparecimento de serviços de humanização nos hospitais –, com mais veemência nos últimos anos, especialmente derivado das conquistas avassaladoras e em tempo record que nos vão surgindo no mundo da tecnociência. Estas novidades, que têm reflexos no campo da saúde, são muitas vezes motivo de deslumbramentos e esquecimento por parte dos profissionais de saúde do norte dos cuidados de saúde: respeito pela dignidade intrínseca da pessoa humana. Neste âmbito,

parece-nos fundamental, partirmos de uma possível definição de humanização dos cuidados de saúde, que apesar das vicissitudes da insuficiência de termos ou da crítica parece-nos que é um farol orientador desta reflexão. Assim, partilhamos do pensamento de José Carlos Bermejo, María Pilar Martínez-Barca e Marta Villacieeros que afirmam: “Humanizar, portanto, é fazer referência ao ser humano em todo o que se realiza para promover e proteger a saúde, curar a doença, garantir um ambiente que favoreça uma vida sã e harmoniosa ao nível físico, emotivo, social e espiritual. Falar da humanização reclama a dignidade intrínseca de todo o ser humano e dos direitos que daqui derivam. Dito de outro modo, humanizar é uma questão ética” [tradução nossa].⁷

O doente tem o direito de se fazer ouvir no que à sua saúde respeita. O profissional de saúde não é “dono e senhor” da vida e da saúde alheia – a do seu doente.

O ancestral *paternalismo médico* de tradição hipocrática deu lugar a um modelo de cuidados de saúde centrados no *doente*, na sua vontade, no seu bem-estar psíquico e não apenas físico. A autonomia do doente e o primado do ser humano, da sua dignificação perante o seu médico e estabelecimento de saúde, são “novas” reivindicações do doente, mais consciente do seu estatuto de pessoa, titular de direitos.

Vigora o imperativo da autodeterminação (*empowerment*) do doente, que apresenta, *nomeadamente*, as seguintes implicações práticas:

- a) O dever de informação clínica é mais rigoroso: para além do verdadeiro estado de saúde (*rectius*, de doença), o profissional de saúde tem de esclarecer cabalmente o doente sobre as terapêuticas alternativas existentes e respetivas sequelas, assim como, estatísticas sobre os resultados associados às mesmas
 - a.1.) A linguagem utilizada tem de ser clara, objetiva e compreensível pelo cidadão comum
- b) O dever de auscultar e cumprir a vontade do doente ou, perante determinado circunstancialismo, da sua família
- c) O dever de atender à vontade do doente no que concerne aos tratamentos a receber ou a não receber
- d) O direito do doente se fazer acompanhar por familiar ou amigo
- e) O direito a ter apoio espiritual
- f) O direito ao respeito, assim como, à prática de ato médico com cuidado e com empatia

A autodeterminação do doente resume-se à expressão “cuidados centrados na pessoa” – e não no profissional que pratica o ato médico.

Manuela Frederico, Fernando Sousa e Rafael Ramalho defendem os princípios assumidos pela *Health Foundation*⁵: “garantir que as pessoas sejam tratadas com dignidade, compaixão e respeito; oferecer um cuidado, apoio ou tratamento coordenado; oferecer um cuidado, apoio ou tratamento personalizado; ajudar as pessoas a reconhecer e desenvolver as suas próprias estratégias, aptidões e competências com o objetivo de alcançarem uma vida independente e gratificante”.

Com sustentação nestes princípios, os Ilustres Autores preconizam o entendimento que merece destaque:

“(…) a relação entre os profissionais de saúde e os utilizadores de cuidados precisa de ser uma parceria, e não o profissional ser o decisor, enquanto o utilizador simplesmente segue as suas instruções. É uma relação em que os profissionais de saúde e os utilizadores trabalham em conjunto para: compreender o que é importante para a pessoa; tomar decisões sobre os seus cuidados e tratamentos; e identificar e alcançar os seus objetivos”.

3. Consentimento Informado, Livre e Esclarecido como Mecanismo de Efetivação da Dignidade Humana.

No âmbito da saúde, todas as intervenções carecem de consentimento informado, livre e esclarecido, afigurando-se como a boa prática e um imperativo ético profissional.

O consentimento assume-se como um pré-requisito da intervenção médica⁶ e resulta de um processo de diálogo entre o médico e o doente que antecede a prática do ato médico, como condição de validade do mesmo. Por conseguinte, o consentimento juridicamente válido e relevante, em termos de habilitar a atuação médica sobre uma determinada pessoa e contribuir para a licitude dos atos praticados e concretizadores da autonomia e autodeterminação do doente vão muito mais longe que a mera prestação de autorização.

Tal como salientam Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, o consentimento não tem consagração constitucional expressa enquanto direito fundamental.

No entanto, por um lado, assume um estatuto jusfundamental e é corolário necessário de direitos com assento constitucional, como o direito à integridade física e moral ou psíquica (artigo 25.º), assim como, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º,

⁵ Frederico, Manuela; Sousa, Fernando; Ramalho, Rafael, “O cidadão no centro do sistema de saúde”, in *Gerir com qualidade em saúde* (Frederico, Manuela; Sousa, Fernando coord.), Lisboa: Editora Lidel, 2022, p.111.

⁶ Neste sentido, vide João ÁLVARO DIAS *apud* Álvaro CUNHA RODRIGUES, “Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, in *Dirito da Medicina – I*, vol.6, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p.35.

n.º1)⁷. Por outro lado, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina expressa claramente a obrigatoriedade de consentimento prévio e informado⁸, sendo que esta Convenção⁹ faz parte integrante da ordem jurídica portuguesa por via do artigo 8.º, da Constituição da República Portuguesa. O mesmo se diga relativamente à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 3.º, n.º2).¹⁰

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade interrelaciona-se umbilicalmente a um acervo de princípios de bioética, como designadamente:

- a) Princípio do respeito da autonomia¹¹ e autodeterminação (liberdade decisória)
- b) Princípio do primado do ser humano¹²
- c) Princípio da dignidade humana ou do tratamento digno
- d) Princípio da beneficência (e o princípio da maleficência)

De acordo com o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida:

“[...] o processo de Consentimento Informado é um requisito estruturante das relações entre profissionais de saúde e utentes, incontornável na prestação de cuidados de saúde, no cumprimento: (1) do respeito pelos direitos humanos, da dignidade da pessoa e pela autonomia individual, ao envolver cada um nas decisões que a si lhe dizem respeito; (2) da obrigatoriedade da beneficência, a partir da ponderação de riscos e benefícios associados às intervenções projetadas no contexto de vida da pessoa em causa, e como forma de promover a adesão terapêutica”¹³.

⁷ Maria João ESTORNINHO; Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004, p.269.

⁸ Assim, nestes termos, *vide* o artigo 5.º: Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

⁹ Esta Convenção também é conhecida por “Convenção de Oviedo”, tendo sido ratificada por Portugal em 2001. É comumente designada de “Tratado dos direitos dos doentes”, pois enaltece os princípios de autonomia, autodeterminação e dignidade.

¹⁰ Artigo 3.º, n.º2, CDFUE: “n.º 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental; n.º2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; (...)”.

¹¹ Tal como refere importa, na medicina, a obrigatoriedade de o médico estabelecer prévia comunicação com o paciente, informando-lhe adequadamente todas as implicações acerca da doença, desde tratamentos possíveis até os riscos inerentes aos procedimentos adotados, para então conseguir o seu consentimento ao tratamento elegido e concordante ao seu projeto de vida, preservando suas convicções e dignidade.

¹² Artigo 2.º, da Convenção de Biomedicina: “O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

¹³ Cfr. p.3 da Recomendação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 2022, Disponível *in*: https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/recomendacoes/recomendacao-sobre-o-processo-de-download_document=9722&token=38a210ce406cffe4cf9d12a012cd4d8 [acesso em 07-09-2022]

Existem critérios ou requisitos para que o consentimento do doente assuma a relevância e logre alcançar as seguintes características: informado, livre e esclarecido (*informed consent*,¹⁴ na terminologia anglo-americana).

Refere o Supremo Tribunal de Justiça que “sobre o médico recai um dever de informação e de obtenção de consentimento informado, deveres estes que surgem para *neutralizar (ainda que sem eliminar) a assimetria de informação* que tipicamente caracteriza a relação médico-paciente”¹⁵.

Deste modo, o consentimento do doente surge como um mecanismo de nivelamento ou de ajustamento da relação estruturalmente desequilibrada entre médico-paciente, em que o primeiro possui conhecimentos especializados e privilegiados sobre o corpo, mente e estado de saúde do segundo¹⁶.

Maior premência ganha o consentimento informado, quando pensamos que existem doenças designadas de “doenças” iatrogénicas que são provocadas pela própria ação médica que se iniciou com vista a debelar uma doença, mas que acaba por originar outra.

No que concerne a pressupostos para a prestação de um consentimento válido, podemos indicar desde logo a capacidade da pessoa. Como referência é utilizado o regime geral da capacidade negocial, com as necessárias adaptações.

O critério do homem médio (artigo 487.º, n.º2, do Código Civil) deverá ser trazido à colação, tendo o médico de adaptar a sua linguagem e esforço em transmitir a informação, em função do grau de cultura, de literacia e de capacidade de entendimento do doente que *concretamente* está a tratar.

Existe uma presunção de que adultos desprovidos de qualquer capacidade de exercício de direitos possuem capacidade para prestar o seu consentimento¹⁷. No caso de adultos portadores de anomalia psíquica e de menores, deverão ser os respetivos representantes legais a prestar o consentimento para a prática de ato médico¹⁸.

¹⁴ *Vide* a informação acerca do “informed consent” e seu processo, revisto em 16 janeiro de 2019, na Stanford Encyclopedia of Philosophy.

Disponível *in*: <https://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1036> [acesso em 06-09-2022]

¹⁵ Neste sentido, *vide* o Acórdão do STJ, 1.ª seção, Processo n.º 19473/17.6T8LSBL1.S1, data 18-01-2022, Relator Pedro de Lima Gonçalves. Disponível *in*:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cf462bc30cdf183b802587e60055fc02?OpenDocument> [acesso em 09-09-2022]

¹⁶ *Vide*, com interesse, José Roberto GOLDIM, “Consentimento e informação: a importância da qualidade do texto utilizado”, Revista HCPA, n.º 26(3), 2006, pp.117-119. Disponível *in*:

<https://www.univates.br/media/Etica/leituras/Consentimento-e-informacao.pdf> [acesso em 05-09-2022]

¹⁷ Assim, Maria João ESTORNINHO; Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004, p.271.

¹⁸ Podemos verificar o do Código Deontológico dos Médicos, no seu artigo 21.º, sob a epígrafe “Doentes incapazes de dar o consentimento”:

Os representantes legais dos menores¹⁹ são em regra os seus pais, mas a opinião do menor deverá ser tido em consideração em função da sua idade e grau de maturidade²⁰. Quando estes não concordam com o tratamento a dar ao seu filho, aparentando uma dissonância insanável, será o juiz (Tribunal de Família e Menores) a suprir a vontade dos pais, atendendo ao *interesse superior da criança*, coadjuvado por uma equipa multidisciplinar constituída por psicólogos e médicos da especialidade em causa.

Especialmente delicada é a situação do transplante e colheita de órgãos de um irmão menor a outro, pelo que a malha do cumprimento do dever de informação é mais apertada, assim como, a obrigatoriedade de obtenção de consentimento nos termos prescritos na respetiva Lei.

Há lugar à *dispensa de consentimento* nos casos de urgência e de internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica e de doença contagiosa. Questão interessante é saber se o denominado “*privilegio terapêutico*” é uma das exceções admissíveis à não prestação de informação ao doente e, concomitantemente, à não obtenção do legalmente devido consentimento.

n.º1 - O consentimento dos menores ou de doentes com alterações cognitivas que os tornem incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível.

¹⁹ *Ibid*, a respeito do “processo de consentimento informado em menores de idade: requisitos ético-jurídicos”, a Recomendação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 2022, Disponível *in*: https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/recomendacoes/recomendacao-sobre-o-processo-de?download_document=9722&token=38a210ce406cfcfcf9d12a012cd4d8 [acesso em 07-09-2022]

²⁰ Cfr. artigo 6.º, n.º2, da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina. É entendimento firmado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que: “Por norma, quanto mais idade tiver o menor, maior será a sua capacidade para compreender a sua situação clínica, as alternativas que se colocam e pronunciar-se sobre o que considera mais adequado para si próprio. Em todo o caso, o menor de idade deverá ser sempre envolvido no processo de tomada de decisão (1) pelo respeito fundamental pelo desenvolvimento da sua autonomia e como contributo para esse percurso, (2) como meio essencial de promoção da sua adesão às intervenções clínicas (e.g. de diagnóstico e/ou terapêuticas, bem como de avaliação psicológica e/ou pericial) a implementar, assim concorrendo para a eficácia das mesmas (3) e também como via para fomentar a educação para a saúde”. Assim, p.4 da Recomendação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 2022. Disponível *in*: https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/recomendacoes/recomendacao-sobre-o-processo-de?download_document=9722&token=38a210ce406cfcfcf9d12a012cd4d8 [acesso em 07-09-2022]

A forma do consentimento pode ser *oral*²¹ ou *escrita*²² e porventura *testemunhado*²³, dependendo das circunstâncias e do grau de complexidade e de invasão do ato médico no corpo da pessoa. Quanto maiores os riscos da intervenção médico-cirúrgica ou farmacológica, maior a exigência legal e deontológica em torno do consentimento.

Na maioria das situações, o consentimento é *expresso*, podendo, no entanto, ser *presumido*. Este tipo de consentimento existe, em caso de urgência, de risco para a vida do doente, em que não é possível obter o consentimento à intervenção médica e não é viável, em tempo útil, determinar se ele autorizaria esse ato médico.

Importa, pois, trazer à colação o artigo 22.º (“Consentimento presumido”), do Código Deontológico dos Médicos:

“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”

Na dúvida, o médico deve desenvolver todos os esforços ao seu alcance para tratar o doente e para lhe salvar a vida.

Para além da capacidade de entendimento que a pessoa deverá ter no momento em que o médico lhe explica o seu prognóstico, os termos do procedimento médico ou

²¹ O princípio geral é o da liberdade de forma da declaração negocial (artigo 219.º, do Código Civil) que serve de orientação ao exercício da medicina.

²² Na lei de procriação medicamente assistida, encontra-se consagrada a obrigatoriedade de forma escrita, no artigo 14.º:

n.º 1 - “Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”.

Atente-se ainda no facto interessante de a própria informação clínica ter de ser dada por escrito e segundo um modelo próprio do CNPMA:

n.º 2 - “Para efeitos do número anterior, devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas.

n.º 3 - “As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento”.

²³ De acordo com o artigo 23.º, do Código Deontológico dos Médicos, o consentimento pode assumir a forma oral ou escrita, mas também poderá ser prestado perante testemunhas. Refere o n.º 2, do citado preceito: “O consentimento escrito e ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico”. Exemplo de consentimento testemunhado é o previsto no artigo 8.º, n.º 2, da Lei relativa à “Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana” - “O consentimento do dador e do receptor é prestado perante: a) Um médico designado pelo diretor clínico do estabelecimento onde a colheita se realize, quando se trate de transplante de órgãos, tecidos ou células regeneráveis; b) Um médico designado pelo diretor clínico do estabelecimento onde a colheita se realize (...)”.

terapêutica e o seu diagnóstico, é critério de boas práticas que esse “*esclarecimento deva ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente*” (artigo 19.º, n.º3, do Código Deontológico dos Médicos).

Tal como já mencionado anteriormente, o grau de literacia e cultural e o próprio nível socioeconómico do doente deverá ser tido em consideração pelo médico, atendendo ao critério do *bonus pater familias* ou padrão do homem médio.

É condição de uma atuação conforme as *leges artis*,²⁴ o médico que revele a preocupação de adotar uma linguagem o mais acessível possível, em função do doente que está concretamente a tratar.

Também o conteúdo da sua “mensagem” deverá variar em função do estado emocional²⁵, vulnerabilidade física e decisão do doente em ter maior ou menor informação.

A informação deverá ser formulada e transmitida numa linguagem clara, objetiva, acessível, inteligível, exata e completa (sem lacunas)²⁶, não devendo ser usados *artifícios linguísticos* com vista a induzir o doente a tomar a decisão desejada pelo médico.

A *lealdade* é outra característica determinante da informação a ser prestada pelo médico:

O médico não poderá omitir aspetos essenciais ao sentido e alcance da expressão “consentimento informado, livre e esclarecido”. A manipulação de informações, de resultados de análises clínicas ou de exames complementares de diagnósticos – ainda que bem intencionadamente – é reprovável e merece censura do Direito²⁷ e da Ética médica, através de processo disciplinar junto da Ordem Profissional.

Como elucida ÁLVARO CUNHA RODRIGUES “a manifestação de concordância do portador do bem jurídico que é o paciente com a intervenção ou tratamento médico, para ser válida, pressupõe, não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo quanto possível esclarecimento, decorrente de um dever especial e funcional do médico (...) de prestar ao seu paciente esclarecimentos com lealdade, em linguagem acessível

²⁴Guidance for applicants. Informed Consent. Disponível in: https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/fp7/89807/informed-consent_en.pdf [acesso em 06-09-2022]; Sílvia MARINA; Ivone DUARTE; Miguel RICO, Consentimento Informado na Investigação Clínica em Portugal: Promoção de Boas Práticas, Ordem dos Médicos, Acta Med Port 2020 Jul-Aug;33(7-8):453-455 Disponível in <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/13545/6002> [Acesso em 08-09-2022]

²⁵ Cfr. o artigo 19.º, n.º3, do Código Deontológico dos Médicos.

²⁶ José Roberto GOLDIM, “Consentimento e informação: a importância da qualidade do texto utilizado”, Revista HCPA, n.º 26(3), 2006, pp.117-119. Disponível in: <https://www.univates.br/media/Etica/leituras/Consentimento-e-informacao.pdf> [acesso em 05-09-2022]

²⁷ Vide Nuno Pinto de OLIVEIRA, *Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, Disponível in https://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.da/files/Imateriais_1.pdf [acesso em 06-09-2022]

e apropriados ao seu estado sobre os meios de diagnóstico, inconvenientes, diagnóstico estabelecido, prognóstico, tratamentos indicados, alternativas terapêuticas, efeitos colaterais, etc.²⁸.

Referências Bibliográficas

- AMADO GOMES, Carla. *Tutela Extrajudicial de Direitos Fundamentais*, Lisboa: AAFDL, 2022.
- ANTÓNIO, Isa. *As Parcerias Público-privadas no Sector da Saúde*, Coimbra: Almedina, 2015.
- BERMEJO, J C; MARTÍNEZ-BARCA, M.P.; VILLACIEROS, M. *Humanizar: humanismo en la asistencia sanitaria*. Bilbao: Editorial Desclée De Brouwer, 2021.
- MIRANDA, Jorge. *Aperfeiçoar a Constituição*, Coimbra: Almedina, 2021.
- _____. *Fiscalização da Constitucionalidade*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2022.
- NUNES, Rui. *Ensaíos em Bioética*. Brasília: CFM/FMUP, 2017.
- REIS NOVAIS, Jorge. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais, Vol. I*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2018.
- _____. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Inconstitucionalidade, Vol. II*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2018.
- _____. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, reimp. de 2017, Lisboa: AAFDL, 2019.
- _____. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de proteção à proibição do défice*, reimp. de 2019, Coimbra: Almedina, 2019.
- _____. *Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo*, Coimbra: Almedina, 2021.
- _____. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MELO ALEXANDRINO, José de. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, reimp. da 2.^a edição, Cascais: Príncípia, 2018.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.^a edição – reimp. de 2021, Coimbra: Almedina, 2019.
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Almedina, 2021.

²⁸ Neste sentido, vide Álvaro CUNHA RODRIGUES, “Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, in *Direito da Medicina – I*, vol.6, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p.31.