



A RECUSA DO PACIENTE PERANTE INTERVENÇÕES MÉDICAS

João Eduardo Vaz Resende Rodrigues

Tese apresentada à Universidade de Évora
para obtenção do Grau de Doutor em Teoria Jurídico-Política
e Relações Internacionais

ORIENTADOR: *Professor Doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira*

ÉVORA, MARÇO DE 2015



Nota Prévía

A presente versão destina-se exclusivamente a dar cumprimento estrito aos requisitos regulamentares em vigor na Universidade de Évora para a formalização dos doutoramentos junto dos Serviços Académicos e, assim, à consecução dos ulteriores procedimentos previstos para a prossecução da carreira e consequente contratação de acordo com o Estatuto da Carreira Docente Universitária na versão aplicável. Neste sentido, importa sublinhar que me sinto vinculado a fidelidades editoriais, cujo compromisso me impede a divulgação integral do presente volume por via informática ou disponibilização através da «www». Não autorizo, pois, a respectiva divulgação ou utilização. Com efeito, devo prevenir o eventual prejuízo decorrente do possível desinteresse que o acesso determine aos legítimos interesses do Editor, pelo que não deixo de alertar para essa condicionante. Constitui exclusiva excepção: «O resumo inicial; os agradecimentos; a Introdução e o Índice.». De todo, o texto merece reflexão prévia e alterações — além das gralhas— a assegurar-me a reflexão provocada por algumas observações tecidas pelos Ilustres arguentes, que não tendo justificado apontamento para alteração, não deixaram de «calar fundo» sobre os assuntos versados.

A Dissertação foi objecto de apresentação e discussão em provas públicas, que se realizaram na Sala dos Actos do Colégio do Espírito Santo da Universidade de Évora aos 27 dias andados do mês de Março de 2015. O Júri foi composto pelo Exmo Senhor Doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: FDUC), pelo Doutor Silvério Carlos Matos da Rocha e Cunha (Professor Associado da Universidade de Évora, que igualmente presidiu em representação da Magnífica Reitora), pela Doutora Maria Luísa Neto Alves da Silva Neto (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e arguente); pelo Doutor André Gonçalo Dias Pereira (Professor Auxiliar da FDUC e arguente); Doutor Marco António Gonçalves Barbas Batista Martins (Professor Auxiliar da Universidade de Évora). Ao signatário foi atribuído o Grau de Doutor em «Teoria Jurídico-Política e Relações Internacionais», tendo sido «Aprovado com Distinção e Louvor».

Évora, 27 de Abril de 2015

A RECUSA DO PACIENTE PERANTE INTERVENÇÕES MÉDICAS

Resumo

A «chave» da relação: paciente-agente médico reside no esclarecimento para uma decisão sobre as *esferas* da *pessoalidade* daquele. O interesse e/ou necessidade de quem não se encontra nas condições *físico-psíquicas* desejadas pressionam o consentimento para uma intromissão no reduto da dignidade. Este valor constitui núcleo *fundante* do ser humano, que reclama, em regra, respeito pela autodeterminação relevante, medida pelo discernimento e pelos limites sociais. Mas existe o direito de *tomar más decisões*. Assim, a recusa do paciente numa intervenção de cuidados de saúde é, no mínimo, tão relevante quanto o seu consentimento. Porém, a recusa assume superior intensidade, ocorrendo ao invés do consentimento ou para o revogar. Penso ter encontrado no *dissentimento* um recorte distintivo, justificante de conceptualização própria no princípio da autonomia, susceptível até de ser usado como «teste» da vontade no âmbito do «Direito da Medicina». Esta dissertação incide sobre aspectos suscitados pela eventual recusa do paciente.

THE PATIENT'S REFUSAL OVER MEDICAL ASSISTANCE

Abstract

The classical theory of informed consent lies on the patient's enlightenment. The interest and/ or need for a medical intervention induce seduces consent in order to an intrusion into the stronghold of dignity. This value is foundational for the human being, claiming, as a rule, compliance with the relevant self-determination, as measured by self-sense and social limits. But self-determination contains the right to make wrong decisions. Thus, the patient's refusal of a health-care intervention is —at least— as relevant as consent. However, it assumes greater intensity, rather than consent or to revoke it. I've found it distinctive, justifying a specific conceptualization of the principle of autonomy, which could even be used as a "test of will" under the "Medical Law". This dissertation focuses on issues raised by the refusal of the patient as it changes radically de decision-making process and the duties of the health-care stakeholders over the classical procedure.

Agradecimentos

Dizia-me meu Pai que a vantagem em «dobrar o cabo» —referia-se aos 50 anos de idade— era a de podermos significar pela autoridade da mensurabilidade do decurso do tempo os afectos que perduram. Vou aplicar a lição.

À Universidade de Évora (*na iconografia da sua pomba*) a gratidão pela confiança de 27 anos de docência, que estendo a todos com quem ali privo.

Uma menção muito especial ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira, Mestre, Orientador e generoso credor de uma admiração e de uma sincera amizade, incondicionadas pelo cimento dos 17 anos de inolvidável convivência. Todo o meu percurso académico possui e possuirá a sua influência e o seu auxílio, mas também o meu percurso pessoal foi significativamente influenciado pelo seu perfil e inteligência. Muito, muito obrigado.

Ao Centro de Direito Biomédico da FDUC, pelo penhor de responsabilidade com que, em mais de 15 anos, fui depositário desse sério desafio de tentar corresponder ao elevado grau de exigência no desempenho da docência nos sucessivos cursos de pós-graduação.

Aos meus filhotes Catarina e Manuel de Aires por tudo o que a paternidade não necessita de explicar... Mas sente e retém.

À Cármen, proprietária desses esplêndidos «olhos azuis» que iluminam a sedução e o encanto que sinto. Aos meus irmãos Antero Manuel Rodrigues, Paula Teixeira da Cruz e Nuno de Salter Cid, fica menção de que me são inolvidáveis.

Não consigo nomear todos quantos me merecem registo expresso de profunda gratidão e de séria, quando não fraterna, amizade. Guardo memória de cada um, e endereço a todos um voto que deposito no regaço de uma figura referencial que me é muito querida e íntima: a «Sr.^a do Silêncio» da capelita do Meirinho.

Naquele úbere *viverão* sempre todos os meus presentes e ausentes presentes.

Não esqueço o benefício das *minhas* togas.

Pavilhão, 26 de Agosto de 2014, com os olhos postos na alvorada,

Abreviaturas e siglas

A. — Autor	CCom — Código Comercial
a.C. — antes de Cristo	CCVE — Comissão Coordenadora de Vigilância Epidemiológica;
AA.VV. — Autores vários	CDA CS — Carta dos Direitos de Acessos aos Cuidados de Saúde (pelos Utentes do SNS): Bases (Lei n.º 15/2014, de 21 de Março)
Ac. — Acórdão	CDBM — Centro de Direito Biomédico da FDUC
ACES — Agrupamento de Centros de Saúde	CDF — Centro de Direito da Família da FDUC
ACSS — Administração Central do Sistema de Saúde	CDFUE — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
ADN — Ácido desoxirribonucleico	CDHBio — Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina
<i>AJ</i> — <i>Actualidade Jurídica</i>	CDOE — Código Deontológico da Ordem dos Enfermeiros (DL n.º 104/98, de 21 de Abril, republicado pela Lei n.º 111/2009, de 16/09)
<i>AM</i> — <i>Revista Acta Médica</i>	CDOM — Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 14/2009, in <i>DR</i> , II, n.º 8, de 13/01/2009)
ANTT — Arquivo Nacional da Torre do Tombo	CDPN — Centros de diagnóstico pré-natal
APBio — Associação Portuguesa de Bioética	CDTPN — Centros de diagnóstico e terapêutica pré-natal
AR — Assembleia da República	CE — Código da Estrada
ARS — Administração Regional de Saúde	CEB PA — Centro de Estudos de Bioética Pólo Açores
ASJP — Associação Sindical dos Juizes Portugueses	CEDH — Convenção Europeia dos Direitos do (do Homem) Humanos (Res. AR n.º 39/2013, 08/03, in <i>DR</i> , I, n.º 65, de 03/04/2013)
ASN — director-geral da saúde que assumirá a qualidade de Autoridade de Saúde Nacional	CEJ — Centro de Estudos Judiciários
ASST — Autoridade para os Serviços de Sangue e Transplantação	CEJUR — Centro de Estudos Jurídicos do Minho
<i>BFDUC</i> — <i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>	CELNT — Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias
BGB — Código Civil Alemão (Bürgerliches Gezetzbuch)	CEMAC — Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças
<i>BMJ</i> — <i>Boletim do Ministério da Justiça</i>	CES — Comissão de Ética para a Saúde
<i>BOA</i> — <i>Boletim da Ordem dos Advogados</i>	
<i>BOM</i> — <i>Boletim da Ordem dos Médicos</i>	
CA — Conselho de Administração	
CB FMUL — Centro de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa	
CCE — Comissão Coordenadora de Emergências	
CCiv — Código Civil	

- CES — Comissões de Ética para a Saúde
- CES|UC — Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra
- CESDH — Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos e Liberdades Fundamentais (do Homem) Humanos (Res. AR n.º 39/2013, 08/03, in *DR*, I, n.º 65, de 03/04/2013)
- Cf. — Confira
- CH — *Revista Ciência Hoje*
- CNB — Conselho Nacional de Bioética
- CNECV — Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- CNPD — Comissão Nacional de Protecção de Dados
- CNPDPI — Comissão nacional para a protecção de dados pessoais informatizados
- CNPMA — Comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida
- CNSP — Conselho Nacional de Saúde Pública;
- Col. Jur. –Acs. STJ* — *Colectânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal Justiça)*
- Col. Jur.* — *Colectânea de Jurisprudência*
- Cp. — compare
- CPA — Código do Procedimento Administrativo
- CPC — Código de Processo Civil
- CPP — Código de Processo Penal
- CRC — Código de Registo Civil
- CRES — Conselho de Reflexão sobre a Saúde
- CRP — Constituição da República Portuguesa
- CSM — Conselho Superior da Magistratura
- DAR* — *Diário da Assembleia da República*
- DAV — Directivas Antecipadas de Vontade
- Dec. Reg. — Decreto Regulamentar
- DEK — Dicionário Enciclopédico KOOGAN – LAROUSSE
- Desp.* — *Despacho*
- DFF* — *Diritto di Famiglia e delle Persone*
- DGLAB — Direcção-Geral do Livro dos Arquivos e das Bibliotecas da Torre do Tombo
- DGPI — Diagnóstico Genético pré-Implantação
- DGS — Direcção-Geral de Saúde
- DIP — Direito Internacional Público
- DL — Decreto-Lei
- DNA — ver ADN
- DPN — Diagnóstico Pré-Natal
- DR* — *Diário da República*
- DUDH — Declaração Universal dos Direitos (do Homem) Humanos (Res. AR n.º 39/2013, 08/03, in *DR*, I, n.º 65, de 03/04/2013)
- ECT (ou EC) — Electroconvulsoterapia
- EH — Estatuto Hospitalar
- EMA — European Medicines Agency
- EOE — Estatuto da Ordem dos Enfermeiros
- EOM — Estatuto da Ordem dos Médicos
- ERS — Entidade Reguladora da Saúde
- ES — Entidades Sentinela
- ESchG — Lei alemã de Protecção dos Embriões
- Et al.* — *Et alii*
- ETAF — Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- EUA — Estados Unidos da América
- EVA — Entidade de Verificação e Admissibilidade da Colheita para Transplante
- EVP — Estado Vegetativo Permanente
- FDUC — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- FDUL — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- FDUM — Faculdade de Direito da Universidade do Minho
- FDUNL — Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- FDUP — Faculdade de Direito da Universidade do Porto

- FIV* — *Fertilização in vitro*
- FMUC — Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra
- FMUL — Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa
- GB — *Great Britain*
- GDH — Grupos de Diagnóstico Homogéneos
- GDLP — Grande Dicionário da Língua Portuguesa
- HD — Hospital de Destino
- HIV — Vírus da imunodeficiência humana
- HO — Hospital de Origem
- HPD — Hospital Público de Destino
- i.e. — isto é
- IA — Inseminação Artificial
- IACS — Infecções associadas aos cuidados de saúde: infecções nosocomiais
- IB|UCP — Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa
- IBC|UNESCO — International Bioethics Committee of UNESCO
- ibid.* — *ibidem*
- ICSI* — *Injecção intracitoplasmática de espermatozóides*
- ICSI* — *Injecção intracitoplasmática de espermatozóides recolhidos cirurgicamente*
- ID. — *Idem*
- IGAS — Inspeção-Geral das Actividades em Saúde
- IGFE|BJD — Instituto de Gestão Financeira e de Equipamentos de Justiça — Bases Jurídico-documentais
- INML|CF — Instituto nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses
- IPO — Instituto Português de Oncologia
- ISBN — International Standart Book Number
- ISESE — Instituto Superior Económico e Social de Évora
- ISSN — International Standart Serial Number
- JA* — *Jurisprudência Administrativa*
- JCP* — *Juris-Classeur Périodique. La Semaine Juridique.*
- JIB* — *Journal International de Bioethique*
- JME* — *Journal of Medical Ethics*
- JNMD* — *Journal of Nervous and Mental Disease*
- JOCE|JOUE* — *Jornal Oficial das Comunidades Europeias (União Europeia)*
- LADA — Lei de Acesso aos Documentos Administrativos
- LBCP — Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Lei n.º 52/2012, de 5 de Setembro)
- LBS — Lei de Bases da Saúde
- LDVA — Lei sobre as Declarações Antecipadas de Vontade
- LDC — Lei de Defesa do Consumidor
- LDDUS — Lei sobre os Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde (Lei n.º 15/2014, de 21 de Março: concretização da Base XIV da LBS)
- Lex Fam.* — *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*
- Lex Med.* — *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*
- LIC — Lei de Investigação Clínica
- LICir — Lista de Inscritos em Cirurgia
- LOTM — Lei de Organização Tutelar de Menores
- LPMA — Lei da Procriação Medicamente Assistida
- LSM — Lei de Saúde Mental
- LTC — Lei do Tribunal Constitucional
- MCDT — Meios Complementares de Diagnóstico e Terapêutica
- Med. & Law* — *Medicine and Law (WAML)*
- Med. Law Rev.* — *Medical Law Review (Oxford)*
- MGIC — Manual de Gestão de Inscritos para Cirurgia

- MP — Ministério Público
- MS — Ministério da Saúde
- n. — nota
- NICPRI — Núcleo de Investigação em Ciência Política e Relações Internacionais
- OEDT — Observatório Europeu da Droga e Toxicod dependência;
- OMS — Organização Mundial de Saúde
- ONU — Organização das Nações Unidas
- op. cit.* — *opus citatum*
- OPJ — Observatório Permanente da Justiça
- p./pp. — página/páginas
- p.p. — previsto e punido
- PCS — Procurador de Cuidados de Saúde
- PGR — Procuradoria-Geral da República
- PON — Procedimentos Operativos (ou operacionais) Normalizados
- Port. — Portaria
- PR — Presidente da República
- PSDA — *Patient Self-Determination Act*
- PU — Portal do Utente
- PUF — *Presses Universitaires de France*
- RAU — Regime do Arrendamento Urbano
- RDE* — *Revista de Direito e Economia*
- RDES* — *Revista de Direito e Estudos Sociais*
- RDPUCV* — *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*
- Rel. — Relator
- RENDA — Registo nacional de não dados
- RENTEV — Registo Nacional do Testamento Vital
- Res. — Resolução (AR)
- Rev. Bio. Der.* — *Revista de Bioética y Derecho*
- Rev. DGH* — *Revista de Derecho y Genoma Humano*
- Rev. Iseg* — *Revista Isegoria*
- RFDUP* — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*
- RIIC — Rede Integrada de Informação de Comunicação
- RIML* — *Rivista Italiana di Medicina Legale*
- RLJ* — *Revista de Legislação e Jurisprudência*
- RMP* — *Revista do Ministério Público*
- ROM* — *Revista da Ordem dos Médicos*
- RPCC* — *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*
- RRedBio* — *Revista RedBioética|UNESCO*
- s./ss. — seguinte/seguíntes
- SICO — Sistema de Informação dos Certificados de Óbito (Lei n.º 15/2012, 03/04)
- SIDA — Síndrome de imunodeficiência adquirida
- SIGIC — Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia
- SIGLIC — Sistema Informático de Gestão de Lista de Inscritos para Cirurgia
- SINAVE — Sistema de Informação Nacional de Vigilância Epidemiológica
- SMMP — Sindicato dos Magistrados do Ministério Público
- SNNIEA — Sistema Nacional de Notificação de Incidentes e Eventos Adversos (DL n.º 284/2008, de 02/12)
- SNS — Serviço Nacional de Saúde
- SPEED — Seminário Permanente Sobre o Estado e o Estado do Direito. FDUNL
- SPMS, EPE — Serviços Partilhados do Ministério da Saúde — Entidade Empresarial do Estado (responsável pelos dados RENTEV)
- STA — Supremo Tribunal Administrativo
- STJ — Supremo Tribunal de Justiça
- TC — Tribunal Constitucional
- TCAN — Tribunal Central Administrativo do Norte
- TCAS — Tribunal Central Administrativo do Sul
- TCE — Tratado Comunidade Europeia
- TEDH — Tribunal Europeu dos Direitos (do Homem) Humanos (Res. AR n.º 39/2013,

o8/03, in *DR*, I, n.º 65, de 03 de Abril de 2013).

TFUE — Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TUE: Lisboa)

TGDC — Teoria Geral do Direito Civil

TJ — *Tribuna da Justiça*

TME — Tempo Máximo de Espera

TMRG — Tempo Máximo de Resposta Garantida

TRC — Tribunal da Relação de Coimbra

TRE — Tribunal da Relação de Évora

TRG — Tempo de Resposta Garantida

TRG — Tribunal da Relação de Guimarães

TRL — Tribunal da Relação de Lisboa

TRP — Tribunal da Relação do Porto

TUE — Tratado da União Europeia

TV — Testamento Vital

UAL — Universidade Autónoma de Lisboa

UCGIC — Unidade Central de Gestão de Inscritos para Cirurgia

UCP — Universidade Católica Portuguesa

UE — União Europeia

UEv. — Universidade de Évora

UHGIC — Unidades Hospitalares de Gestão de Inscritos para Cirurgia

UK — United Kingdom

ULS,EPE — Unidade Local de Saúde — Entidade Pública Empresarial

UNESCO — Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura

URGIC — Unidades Regionais de Gestão de Inscritos para Cirurgia

v.g. — *verbi gratia*

vd. — *vide*

VIH — Vírus de Imunodeficiência Humana

VJ — *Vida Judiciária*

vs. — *versus*

WAML — World Association for Medical Law

Introdução

1. Entre as mais de duas mil tábuas legais, conhecidas como *As tábuas de Istambul* (depositadas no *British Museum*), cronologicamente apontadas ao II milénio e qualificadas como *éditos* avulsos dos vários monarcas da I dinastia Babilónica, veio à luz em 1920 um *texto* contendo um curioso *ritual babilónico: surpu*, cujo conteúdo revelava um questionário para ser colocado a um enfermo que estivesse sob os ritos de exorcismo. Acreditava-se que as respostas do inquirido permitiriam identificar a causa dos seus padecimentos. Este questionário foi elaborado de maneira a colocar directamente ao visado as precisas questões que se julgavam necessárias e que abordavam os assuntos preceptivos de natureza moral cuja violação — defende Federico Lara Peinado — deveria estar acautelada em algum Código Babilónico desconhecido:

«Entre as perguntas del ritual, a realizar por el médico-mago para inquirir el origen de la enfermedad de su paciente, traemos a colación las siguientes: «Has despreciado a tu padre o a tu madre?»; «Has dicho es en vez de no es?»; «Has dicho no es en vez de es?»; «Has cometido cosas indignas?»; «Has penetrado en casa de tu prójimo?»; «Has vertido la sangre de tu prójimo?». / Como vemos, estas preguntas hubieron de contestar a unas disposiciones legales de orden moralista, más o menos lapidarias, si las ponemos en paralelismo con el Decálogo bíblico.»⁽¹⁾.

A recusa do paciente encontra-se para a regulação normativa que tutela as relações médicas como a medicina está para a saúde. Constituem condições sem as quais as relações médicas e a saúde ficam amputadas, respectivamente mas também reciprocamente. Parafraseando Manuel Silvério Marques⁽²⁾, trata-se da minha 2.^a navegação, da 2.^a viagem:

Na primeira, parti do todo para atingir a parte: o consentimento, que pensei — e de que estou ainda convencido — entrelaçar toda a matéria atinente às questões médicas subjacentes à relação que se estabelece entre pessoas, dentro ou fora das instituições, e pelas quais queremos que o Legislador dê atenção a certos problemas, postule exigências e formule disponibilidades para regular procedimentos em torno da preciosa esfera da dignidade individual. Mas por aqui, a analogia com a milenar problematização da manifestação de uma vontade relevante colocou-me cedo perante dificuldades *partilhadas* com a generalidade dos singelos negócios jurídicos, muito embora a novidade consistisse nos

(1) Cf. Federico LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, Tecnos Ed., Madrid, 1992, *Estudio Preliminar*, pp. XXXVI e ss., *maxime* XXXVII (ISBN 84-309-1352-1).

(2) Cf. Manuel SILVÉRIO MARQUES, *A Pedra...* in AA.VV., *A Condição Humana, cit...*, p. 624.

aspectos particulares que os direitos de personalidade postulam e delimitam: foi o caso do consentimento prestado por escrito.

Confesso não ter imaginado em 2000 que, uma dúzia de anos após os estudos concretizados sobre *O consentimento do paciente prestado por escrito* (3) se verificasse uma verdadeira “explosão” de minutas e que a “invasão” dos formulários —mais ou menos rubricados— e “procedimentos” chegasse onde chegou: da singela fotografia com que se inicia o processo de triagem na urgência de um hospital, passando pela recolha de sangue, até ao avio do medicamento...

Segue-se uma segunda partida, em busca da 2.^a via. O «novo olhar» mira agora o negativo do sistema, convencido de ser o absoluto que interessa exclusivamente a quem se quer colocar (ou é colocado) em mãos que o vão *invadir*. A razão logo evidente da exigência de obter a anuência do visado reside na evidência de que *é preciso pedir licença* para mandar despir, para mexer, etc.; em suma, de que, em regra e por regra, há uma recusa em aceitar *invasões* nos redutos da individualidade. Importa, pois, dar alguma atenção, quer à presunção de recusa, quer à sua manifestação, quer aos casos em que se justifique ou mesmo se imponha ser a recusa total ou parcialmente ultrapassada.

Por seu turno, o consentimento do paciente nos vários tipos e fases subsequentes por que passam a generalidade dos procedimentos médico-medicamentosos é facilmente presumível e ultrapassável. Neste campo, acabou por se transformar em um mecanismo em que apenas importa demonstrar ser justificada a respectiva existência; persistirem os seus indícios, mesmo que em simulacro. Como o encontro assim? Pelos meios de sempre: mercê das rotinas, como em um casal, o beijo matinal de despedida para o trabalho, acompanhado de uma qualquer fórmula de carinho que, por tantas vezes repetida, pode deixar de significar a intenção e quedar-se em mero hábito. Um dia, por cinismo, afirma-se: — Ah! Isso é o mesmo (4).

(3) Cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, cit.

(4) A expressão parafraseada foi recolhida em um romance de Ramón GÓMEZ DE LA SERNA, (A. com formação jurídica: 1888-1963) *O médico inverosímil*, Ed. Antígona, Lisboa, 1998, de onde me atrevo a retirar o contexto de pp. 132 e s.: — «Os doentes costumam fazer tantas perguntas que as consultas acabam por ser insuportáveis. — Que será isto que sinto aqui? — Que dor será esta que me dá deste lado quando acabo de comer? — Que serão estas palpitações que me atacam deste lado, como se me latejasse uma ferida? — Será grave esta dor nas costas? — De manhã sinto um tal abismo no estômago que parece que caio para dentro dele. — Sinto nas palmas dos pés umas dores agudas e penetrantes como se pisasse pregos afiados. — Etc., etc.. Eu, para acalmar tanta dor, emprego apenas uma frase: *Isso é o mesmo*. Esta frase acalma instantaneamente os doentes, é como se lhes lembrasse qualquer coisa grave que já conhecem, ficam calados. A eficácia da asseveração é instantânea. / — Isso é o mesmo. E logo o doente larga um *Ah!* de sabedoria, de saciedade, de *Ah! É o mesmo!* Claro

Nas instituições e nos consultórios formalizou-se o acto. O consentimento transformou-se exclusivamente em um ou mais *papelitos* fornecido por administrativos segundo as instruções oriundas das exigências do legislador ou do que é regulamentarmente administrativo, em caso de intervenções cujo elenco, logo que *ordenado*, passou a fotocopiar, sempre por escrúpulo («é assim!»), com receio de sequelas oriundas dos «tribunais» ou das notícias jornalísticas que comprometam a gestão. Os intervenientes parecem ter-se consciencializado de que sem o papel não se deve fazer nada, ou muito pior: de que com o *papelito* está tudo feito.

As informações e a outorga solene de um documento assumiram as vetustas fórmulas mágicas de antanho, são as incompreensíveis orações entoadas pelos misteriosos detentores dos segredos — das chaves dos sucessivos gabinetes — para o esconjuro do mistério que aflige os carentes, os supliciados com o desaire de uma doença ou o desejo de uma modificação do seu estado físico-psíquico. As pessoas da *família* continuam ainda a ser o receptáculo escolhido por excelência para o que se cala (e por vezes para o que se devia calar), oferecendo até testemunho do cumprimento da “penitência”, quando não as intermediárias da decisão desejada e própria, oriunda de quem a devia formular. E não posso deixar de apontar existirem dificuldades crescentes em encontrar quem nessa *família* — eventualmente alargada a “*parafamiliares*”, nos dias que correm — possa servir para a influência, quando não para a anuência que o agente médico pede explícita ou implicitamente, conforme as especificidades das intervenções. “Isso” do esclarecimento é já algo que está lá para o fim da frase, quando não reservado para uma qualquer surpresa que, de permeio, se achesse no curso esperado; e fica-se pela impossibilidade, pela iliteracia ou pela celeridade... E, do mesmo modo, basta já de formalidades, pois os serviços carregam agora em exigências quanto a um processo clínico que, feito na hora, não possui “borracha”; «não estica nem se apaga». É para aqui que se desviaram as atenções. E talvez por aqui se deva prosseguir em rota avisada. Se o processo clínico informatizado não estica e dificilmente será manipulado, então nada parece melhor para revelar procedimentos e viabilizar os «actos de cognoscibilidade inteligente» em que, por aferição dos contrastes, se apurem as interações dos comportamentos com conteúdo, e dos que o desprezam. Basta ponderar que os formulários são em

que se ele perguntasse *E o 'mesmo' o que é?*, não acharia 'coisa' de onde 'isso' vem; mas a natureza gosta de referir-se tranquilamente a outra coisa e aquilo que mais a assusta é complicar os seus males. É como se disséssemos a um doido a palavra que o acalma, que o adormece logo. Na realidade, ao dizer *Isso é o mesmo*, é como se desse a cheirar ao doente uma espécie de cloroformização instantânea, adormecendo-o».

regra entregues e recebidos por administrativos, ou quando o são por agentes médicos levam destino separado dos demais que, tecnicamente, possam vir a ter alguma valia.

Existem explicações múltiplas, cabendo a primeira logo na evidência de que existem hoje feixes separados, autónomos — quando não conflituantes — de (demonstração do) consentimento: o do enfermeiro é distinto do do anestesista e este do do psiquiatra e os anteriores dos de cada uma das especialidades que perscrutam as sucessivas acções. E assim por diante até ao balcão da farmácia. Estivessem todos a praticar o esclarecimento em sentido substancial e tudo seria um procedimento harmonioso, complementar, com cada intervenção precedida da compreensão de cada fase, ou melhor, da integralidade do processo em que o visado se encontrasse inserido. Como pode, porém, ser na realidade: se porventura um paciente — como fiz já a título experimental, “a bem da ciência” — deixar dois formulários de consentimento, um dos quais com declarações absurdas, este também permanecerá em «arquivo» até um dia em que, por descuido (ou por pedagogia), se desvele e provoque ao menos um sorriso de malícia, senão uma modificação de hábito...

É forçoso clamar por uma redução radical destes papéis. Eles servem apenas para documentar uma realidade virtual. Fazendo jus à transição da «Civilização do Livro», surgida no Renascimento, para a «Civilização da Imagem» — como propõe lucidamente René Huyghe ⁽⁵⁾ — em que assentam agora sobremaneira os processos em que se projecta a interacção e absorção de conhecimentos, no campo da absoluta defesa da intelectualidade, também a precipitação de formalismos entorpece a acção decisória, se não acontece destruí-la. Em bom rigor, as exigências que o Legislador pretende acautelar e aponta ao agente médico redundam nos seguintes passos simples: procurar explicar o que fazer e porquê; e dar nota de que os procedimentos propostos implicam consequências (a melhor de todas é um arco de recuperação até às condições físico psíquicas prévias, até à cura) e de que as escolhas foram entendidas e aceites.

Se neste processo se pretende inserir uma certificação de que os dois momentos anteriores aconteceram; a pergunta inevitável é a seguinte: existem fórmulas mais serenas e seguras de o demonstrar que o formulário? Se o cidadão (parto dos efeitos jurídicos e judiciais das Revoluções dos finais do séc. XVIII) via as suas dúvidas esclarecidas perante a existência de um contrato, mais ou menos formalizado em documento, que a tudo aplicava no seu quotidiano, a verdade

⁽⁵⁾ Cf. René HUYGHES, *Os Poderes da Imagem* (trad. Manuela França), Bertrand Ed., Lisboa, 1965, pp. 8 e s. e 22 e ss.

parece ser que — mormente no campo da medicina — as exigências relativas à protecção da esfera físico-psíquica-ambiental exigem muito mais. O contrato exige que se cumpra; e quanto ao corpo, tudo se pretende diferente.

Em medicina, o contrato e o documento significam hoje muito menos do que mera sinalética de um semáforo rodoviário que permite avançar, acautelar e parar. É certo que assino contratos que não leio integralmente: da apólice de seguro, de serviços bancários ou de telecomunicações. Bem sei que existem informações mínimas e uma lei geral que me protegerá de abusos. Mas em medicina necessito de mais do que isto e, tal como nos antecedentes exemplos, em rigor, não preciso em absoluto de sucedâneos de contrato senão da mera «adesão concludente». Do que não posso prescindir é de que o seguro não frustrate o desiderato fulcral e os acessórios quanto ao escopo; de que a instituição bancária me não cobre em comissões em mais do que o equitativo; ou de que a empresa de telecomunicações me não preste serviços indesejados e imponderados. Em suma: não posso prescindir da boa-fé.

Imagine-se um clássico: — preparativos para uma cirurgia. Raros serão os casos em que, documentado ou não, o agente médico não confia que a montante, nas consultas e no procedimento, foi explicado o essencial para as decisões prévias e consequentes que se foram mostrando pertinentes. O que se pretende é que o agente médico tenha pela frente uma pessoa para olhar, que não apenas uma patologia ou a suspeita da sua existência: não lhe basta a imagem de um lençol azul (ou verde) recortado da zona da intervenção cirúrgica a realizar. A idade ou o género ficam na pergunta distraída e na resposta de quem lê de soslaio a papelada sobre a «história clínica». Só perante contradições se ergue o sobrolho e se corrige uma trajectória previamente decidida... Por quem? E de sobrolho erguido pergunta-se: — Mas diz-me que toma este medicamento? Porque não o disse antes? Vamos ter de adiar a operação, não pode ser anestesiado... E retrocede o paciente uns passos, e a actuação fica frustrada nos vários campos: na esfera individual, nas expectativas, na confiança, nos custos e no tempo — sempre tão curto — desbaratado.

Fico pouco surpreendido se ocorrerem vezes repetidas cenas em que um paciente que se submete a uma nova intervenção merece um comentário desprimoroso do cirurgião face aos resquícios da intervenção anterior, que ele próprio fez e de que já se esqueceu. E finda a intervenção há que despachar o paciente para ambulatório, porque a cama faz falta... Qualquer intercorrência posterior ou foi um mal-entendido ou resultou de um efeito adverso, nosocomial.

Eis a crise das conquistas da autonomia. Depois da explicação sobre como se mergulha e se pratica a natação, nos seus vários estilos e com as respectivas cau-

telas, o empirismo cai em rotina e depois em esquecimento, e mesmo para a verificação das bóias, dos alarmes, do oxigénio... Um dia o nadador engasga-se ou sufoca-se alguém, mas os procedimentos prévios de segurança aparentam estar em ordem. E talvez estejam, assim não se espiolhe muito.

Pois tudo isto sucede ao contrário quando se perspectiva pela negativa, quando se assume a recusa como primeiro passo respeitável. Perdoe-se a simplicidade da metáfora: também uma criança tem por regra uma reacção de cautela perante o que desconhece: há que lhe ganhar a confiança e, sobretudo, explicar; não adiante ser determinado a não ser que se goste de ouvir um berreiro e sofrer as sequelas de uma birra. Tal qual.

Sendo possível transformar os procedimentos, inserindo uma novidade (se verá que terá o nome de «teste da recusa»), a verdade é que o agente médico passa a ter de persuadir o paciente para activar a pretensão que entende devida ao quadro de facto. Se não o fizer fica intelectualmente inibido de cumprir a sua função e responsabilmente tutelado pela precipitação.

Se o caso descambar em averiguação logo o inquiridor franzirá o sobrolho perante a evidência: pois se a actuação era útil, senão necessária, por que razão aquela personagem a rechaçou? Está agora o agente médico displicente em «maus lençóis». As suspeitas de má prática rodeiam-no. As explicações multiplicam-se perante quem se oferece menos dócil, mais recalcitrante à proposta ou ao decorrer do procedimento.

E não foi preciso legislar para que na prática hospitalar surgissem espontaneamente modelos escritos dos «termos de responsabilidade», quando, perante o desespero dos intervenientes, os factos merecessem registo para desmentir a incredulidade da opção de repudiar de todo a intervenção e «impor a alta», abandonando os cuidados decorrentes da indicação médica de internamento. O «teste da recusa» não é, infelizmente para mim uma invenção; é só a *repetição do desafio do ovo de Cristovão Colombo*. Torna-se é necessário impor que os ovos não rebolem ao sabor de imprevistos; já bastam os solavancos.

Perante teste tão simples, que melhor regra geral, que melhor princípio ou presunção ilidível, pode dar o legislador, que tem por missão proteger todos, de regular sejam prestados ao cidadão os melhores cuidados de saúde possíveis? ⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ Assim se deve compreender o conjunto de normas de onde decorre a regra geral da recusa implícita, presumida, do paciente, como regra geral perante a generalidade das posturas inerentes ao objecto da relação jurídica (ou relações jurídicas) que se delineia para a prática da medicina, como servem de exemplos, em termos meramente gerais, o preceituado: no art. 25.º, n.º 1, da CRP; no art. 5.º da CDHBio; nos arts. 36.º, n.º 2, 156.º e 157.º, todos do Código Penal; a «responsabilidade civil por conselhos, recomendações ou informações»

Como evitar então que se instale um ambiente de desconfiança generalizado a carregar e a entorpecer relações que se desejam fluidas, sob desígnios de confiança, de aliança, como ensina Guilherme de Oliveira? (7)

Sabe-se que em matéria de *Linguagem*, uma experiência vivida — empirismo —, será potencialmente mais explícita do que a sua explicação (8). Se associarmos procedimentalmente as explicações e as actuações construímos algo desejável.

Acicatar a curiosidade natural, afugentando vergonhas e cerimónias, conduzirá a despoletar as reacções primordiais do conhecimento, de todo o conhecimento: desde o infantil estender de dedo com a questão: — o que é aquilo? Que antecede o jorrar de perguntas que não podem ser integralmente respondidas, até à investigação científica em que interrogações análogas se acumulam no cérebro do cientista perante a multiplicidade de vias, de relances, de oportunidades. É disto que importa fazer preceder a intrusão médica. Nada mais confortável do que o sossego de uma envolvente conhecida. Ensina Bernard Lonergan (9), de forma muito clara, que todos os seres humanos participam fundamentalmente no mesmo espírito de indagação comum às crianças, e, como estas, cedo aprendem que as perguntas interessantes são muitas vezes precedidas de outras aborrecidas. É, pois, fulcral *aprender a aprender*. Mais: é uma obrigação para as partes em qualquer interactividade, onde se verifiquem transmissão de dados. E são exactamente as evidências que devem começar por ser afirmadas e consciencializadas. Estas só frutificam quando, de alguma forma, entendemos que a apropriação das respostas decorreu de um processo autónomo, isto é, em que as encontramos por *nossa conta*. Esta fase de indagação espontânea convive igualmente com as respostas encadeadas, onde se compreende que as respostas parciais possuem valor intrínseco específico para a decisão.

prevista no art. 485.º, n.º 2, do C.Civ.; tal como as declarações negociais gerais (que devem valer por força também para declarações não negociais puras) 218.º, também do C.Civ.; e os múltiplos preceitos gerais e específicos sobre a matéria, a sublinhar até à exaustão o princípio de não interferência na esfera físico-psíquica de cada um dos demais e, sobretudo, uma «expressa» determinação preceptiva para sustar qualquer procedimento perante a exclamação: Pare!

(7) Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O Erro em Medicina*, in *Temas...*, *cit.*, pp. 289 e ss., mas sobretudo os sucessivos anos das magistrais aulas dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Medicina, tanto quanto presenciei a primeira em 1996.

(8) Cf. René HUYGHES, *op. cit.*, p. 29.

(9) Inspiro-me neste trecho em Bernard LONERGAN, *Insight: Estudio sobre la comprensión humana*, Col. Hermeneia n.º 37, Ed. Sigueme, 2.ª ed. 2004, pp. 223 e ss. (ISBN 84-301-1295-29).

A resposta à pergunta: — O que é que me vai acontecer? Será melhor intelectualizada com a compreensão do que me está a acontecer e, antes disso: — porque me aconteceu? A notícia de uma doença provoca naturalmente um número enorme de mónadas isoladas e independentes das verdadeiras questões. Aprender a responder significa a conveniência de ensinar a compreender. Eis a tarefa prévia fulcral do agente médico. Conversar é muito mais apelativo e gratificante do que falar, mas é uma arte. Há que alimentar a conversa, para depois poder ensinar e aprender, mediante as proposições sucessivas que devem ser extraídas da mensurabilidade diagnóstica, seja para que o agente médico as certifique, seja para que o paciente adquira noção das suas inferências e do percurso. O primeiro em sentido técnico científico, o segundo em sentido comum desenvolvido, densificado, isto é, mais do que meramente genérico mas, pelo contrário, habilitante; com o fito comum de decidir as vias convenientes para solucionar um problema ou problemas. Aquele formulará uma ou mais propostas alternativas de actuação; este poderá circunscrever-se na escolha ou nas escolhas possíveis ou aprofundar as premissas que o conduzam a escolhas. E não se invoque escassez de tempo, para se justificar os silêncios por força do desabafo: — não vale a pena! Claro que vale a pena, vale sempre a pena não desistir; descrever o que se está a fazer e o que se pretende seguir. E a incompreensão tarde ou cedo devolve o paciente à *proveniência*, senão o remeter para pior destino.

Está bem de ver que os papéis não devem ser subvertidos. Retomo outra comparação: perante a concorrência dos meios de informação disponibilizados informaticamente, são idênticos os temores dos docentes e os dos profissionais de saúde. Usualmente confrontam-se com semi-informados cujo esclarecimento se torna mais difícil, seja por desconhecimento de informações relevantes inter-relacionadas, que provocam desvios, seja por se tratar de pessoas a quem já não bastará ouvir um discurso tão vivaz quanto o conteúdo de um mero anúncio comercial. Ao fim e ao cabo, as pessoas que aflorem o mero sentido comum estão muito ocupadas: têm pela frente tudo o que seja *Que fazer? do mundo*»⁽¹⁰⁾. Em rigor, depois de instigadas para aprender já não se sossegam com a mão no

⁽¹⁰⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 229. Sobre os significados do que seja o alcance pretendido emprestar ao conceito de «sentido comum», cf. as páginas seguintes da obra citada. «Sentido comum» constitui aqui conceito que funciona por referência ao que seja imediato e prático, ao que seja concreto e particular, e visa soluções deste âmbito, quer no quotidiano quer no espaço individual ou familiar. O próprio método científico poderá bastar para este mesmo «sentido comum». O que lhe ficará vedado será atingir as soluções sobre a imbricação das relações universais, fica-lhe vedada uma parte da transcendentalidade, teórica, universal, abstracta e respectivas validações; permanecerá, pois, supérfluo, quanto ao que nesse aspecto integra o que se circunscreve a assuntos técnico-científicos em exclusivo.

ombro que, a um tempo, as deveria calar por confiança cega e dar indicação de que terminou o tempo: “— vá em paz!”

Por seu turno, em matéria de compreensão também se pede apenas um nível equilibrado de entendimento, que habilite a escolha ou escolhas. Desde logo a resposta ao pressuposto radical: — E o que sucede se nada fizer? Desse extremo até ao que venha a acontecer está um processo e nesse processo inúmeras vezes conjecturo actos autonomizáveis, passos, desvios, ocorrências, onde os deveres de tentar esclarecer e as decisões encadeadas se repetem ou deveriam repetir-se.

Eis o fascínio em que me envolvo: o de que as opções — como me subsistem vivas desde 2000 ⁽¹¹⁾— se assumem como as verdadeiras chaves individuais em que o acento tónico da manifestação de vontade terá de fluir, e, para fluir, do esclarecimento sobre o que se pretende fazer e sobre o que pode acontecer decorrem vários comportamentos certificados (testes, sequelas, etc.) Já não é apenas um único sim (para intervenção, por exemplo) mas o feixe de várias respostas (na anestesia, na medicação, no período do internamento no recobro, nas alternativas). Não pode, pois, servir um consentimento *em branco* (teleológico) para as actuações *principais* e para as *subsidiárias*. Caso sirva, o consentimento desfaz-se, perde toda a relevância. A perspectiva de avaliação dos intervenientes é a da conquista segmentada da superação das várias recusas possíveis, das várias opções.

É a recusa que emerge como a semente a proteger, o foco de iluminação: — Entendeu? Então quer, não quer? Claro que sim! Então vamos lá. Não? Porque não?

É óbvio que acalento a expectativa — nada onírica — de que o esforço destas interrogações se não reduza à «importância» análoga sobre as especulações que se podem construir em torno do tipo de madeira em que foi talhada a cruz de Jesus Cristo. Bem triste ficaria se tal fosse a crítica primacial apontada à *via crucis*. Por exemplo: tudo se reduz a questões de nomenclatura abrangidas no âmbito da persistência da doutrina do «consentimento», revelando-se a recusa como variante com fraca e desinteressante autonomização daquele. Qualquer recusa é mera matéria de «ausência de consentimento esclarecido»? Estou em crer que a discussão em torno do tipo de madeira da cruz terá o condão de sossegar ou descartar definitivamente (o que é significativamente diferente) um conjunto alargado de crentes sobre a eventual autenticidade da lasca do santo lenho que possuam. Ou seja dizer, ainda em termos abstractos e metafóricos, que poucas serão hoje as questões que não possuem um interesse legítimo para quem se

⁽¹¹⁾ Cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, cit.

anime de curiosidade e de espírito perscrutador. As pequenas questões podem sempre transformar-se em grandes questões. E estou convencido de que será na recusa do paciente, que não no seu consentimento, que encontrarei a explicação para dizer ao prestador dos cuidados de saúde que avance na intervenção necessária recusada pelo pai da criança, mas que arrepie caminho se pensar em desprezar a recusa de quem, capaz, lhe desfeche na cara preferir participar em uma festa de Natal ao invés de tentar salvar-se, consentindo na intervenção.

A tudo isto há que acrescentar existirem agora directivas antecipadas de vontade, que servem para sossegar, mas, acredito, hão-de ainda inquietar muitas das consciências dos agentes médicos onde subsistam subliminarmente resilientes perspectivas mais paternalistas. É que, para o exemplo anterior, existe o dever de diálogo —que mostra bem a diferença entre o sim pretendido e o não indesejado— mas perante um documento segue enunciativamente um imperativo ao médico. E a LDAV permite sinuosidades, em matéria de decisões substituídas, como se verá.

À beira de uma época em que se anunciam pequenos mecanismos — *chips* — a ser inseridos no corpo humano (como outrora se esperava das peças eléctricas e mecânicas para o coração, outros órgãos ou membros) de sorte a monitorizá-lo e, eventualmente, interagir intelectual, emocionalmente, etc., de sorte a aumentar as opções dos desígnios de um livre desenvolvimento da personalidade mais eficaz, é na cisão entre as derivas dos trilhos, entre desinências distintas da manifestação da vontade, que vislumbro a necessidade de projectar programaticamente este problema e de tecer observações sobre a juridicidade que lhe merece cunho, ou até, de preferência, inscrição. Parece, pois, que o último reduto da Pessoa Humana reside na faculdade primeira de recusar o cumprimento alheio dos deveres decorrentes da alteridade. Existem casos em que o pode fazer e outros em que não pode. Tal como o preto e branco podem ser, consoante se fale de luz ou de pigmentos e na origem ou destino, a mistura de todas as cores ou a ausência de cor, parece-me importante determinar o que seja essa premissa intermédia que permite a diferença na resposta. No final, pode ser que apenas se deva mudar a proposição «doutrina do consentimento informado» para «doutrina do esclarecimento». Se tanto bastar para mudar procedimentos que assegurem os direitos e os deveres ao respeito e à solidariedade, fica a Dignidade humana enriquecida e eu basto-me.

2. A presente dissertação foi inicialmente pensada e proposta com um subtítulo: «Perspectiva jurídico-política sobre a relação entre o paciente e o

agente médico no ordenamento jurídico português». Esta *circunscrição temática* foi aprovada de acordo com a correspondente razão de ser, a saber, dar continuidade ao meu trabalho anterior sob a temática geral do *Consentimento informado do paciente prestado em documento*, analisado segundo o Direito Civil português e que se revelou ainda com préstimo e foi usado, pese embora o tempo decorrido desde 2000.

O subtítulo ficou formalmente oculto. Tal ocorreu por força das contingências dos *modelos* onde foram registadas as consequências das alterações regulamentares determinadas pelo «processo de doutoramento adaptado a Bolonha» (cf. Desp. n.º 123/2009 da Reitoria da UÉ), integrando-se a candidatura correspondente de doutoramento no Curso de Doutoramento em Teoria Jurídico-Política e Relações Internacionais, cuja parte lectiva frequentei com valioso benefício. Aqui se aninhou agora o projecto de dissertação, e com conforto assim aconteceu, como se compreenderá em seguida, mas a consubstanciação inicial, *genética*, perdura e deve perdurar.

Com efeito, o ordenamento jurídico português insere-se no ordenamento jurídico internacional, dele deriva e nele se conforma, tal como, reciprocamente o influencia. Espero ter conseguido expor essa evidência, muito especialmente na Parte II deste trabalho. Na verdade, não é possível ponderar o ordenamento jurídico português sem considerar os parâmetros do Direito Comparado e a respectiva confrontação com os Sistemas existentes.

Em rigor, a Ciência Jurídica portuguesa (e o seu ordenamento) sempre foi fortemente tributária e atenta a outros ordenamentos jurídicos. Mais: encontra-se integrada em uma rede institucional cuja actividade legislativa e regulamentadora constitui fonte (em sentido técnico-jurídico) do Direito positivo vigente, seja especificamente em território nacional, seja enquanto integrada na União Europeia, seja no âmbito da edificação desejada de ordenamentos alargados em termos mundiais. Outro tanto vale para as demais instituições internacionais de que Portugal é membro. Mesmo em relação a todos os agrupamentos de sistemas jurídicos (as *famílias*) que se alinham de modo compósito no que é a permanente construção do Direito Internacional Público (*Geral ou Comum*) ⁽¹²⁾, resulta unívoco quanto a *normas e princípios fundamentais*, como é consabido, fazerem «parte integrante do direito portu-

⁽¹²⁾ Cf. René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*, Meridiano Ed., 2.ª ed., Lisboa, 1978, pp. 32-34.

guês» (cf. art. 8.º, n.º 1, da CRP). Por seu turno, também constitui ditame constitucional: «os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem» (cf. art. 16.º, n.º 2, da CRP).

Seria de todo imprudente, senão incorrecto, *lavar* directamente em matérias de dogmática, das legislações e jurisprudência estrangeiras sem partir das, e retornar às, referências nacionais. A própria especificidade do tema o impõe. As diversas línguas, nestas matérias, possuem particularidades que nem o domínio «natural» permite muitas vezes ultrapassar. Citar a mesma expressão em Heidegger ou em Habermas pode implicar uma filigrana explicativa sobre o étimo da palavra e o que cada um dos Autores discorreu (ou pretendeu discorrer) sobre a respectiva amplitude semântica. Revelar-se-ia uma tarefa insensata neste propósito.

A opção foi a de privilegiar o ordenamento jurídico português ⁽¹³⁾ e a partir deste explicar e ilustrar, por confronto com outras realidades recolhidas pontualmente em outros ordenamentos ou em jurisprudência não nacional. Foi o que ensaiei, seguindo neste aspecto os cânones. A procura levou-me da *oficina* inicial (com um *machado civilístico*) em busca da *floresta* onde pretendi encontrar o que penso ser a *árvore* cuja *madeira* tenho por ideal para as tarefas da *carpintaria* a que me comprometi. Adiante se verá que esta metáfora iluminou as ilustrações das quatro partes em que expus os sucessivos capítulos deste trabalho. No fundo, relatos dos *percursos de um lenhador*.

3. Uma curtíssima observação ainda quanto a termos metodológicos. Não foi por casualidade ou pretensão literária que escolhi para títulos de partes da dissertação: *Os caminhos de floresta e a vontade do lenhador*; *As recusas são caminhos que não obras*; e *metido em atalhos, vistas as árvores...* O cunho foi inspirado pela explicação com que Martin Heidegger publicou em 1949 alguns dos seus ensaios aparentemente dispersos «*Holzwege*», aos quais pretendeu conferir uma unidade em que percorrer e perder-se por caminhos avulsos na floresta pode significar encontrar exactamente a floresta. Para explicar integralmente necessito de recorrer, por um lado, ao Prólogo da Obra

(13) A língua em que se exprimem as manifestações de vontade dos intervenientes de cada relação médica não é de todo indiferente para a consecução legal da eficácia da mesma, mercê dos esclarecimentos recíprocos.

portuguesa ⁽¹⁴⁾, e, por outro lado, ao próprio Autor, que sobre a escolha «*Holzweg*» (literalmente: *metido em atalhos*), escreveu o seguinte:

«*Holz* [madeira, lenha] é um nome antigo para *Wold* [floresta]. Na floresta [*Holz*] há caminhos que, o mais das vezes sinuosos, terminam perdendo-se, subitamente, no não-trilhado. / Chamam-se caminhos de floresta [*Holzwege*]. / Cada um segue separado, mas na mesma floresta [*Wold*]. Parece muitas vezes que um é igual ao outro. Porém, apenas parece ser assim. / Lenhadores e guardas-florestais conhecem os caminhos. Sabem o que significa estar metido num caminho de floresta.» ⁽¹⁵⁾

Quanto ao Prólogo, os tradutores da obra tiveram um cuidado extremo em dar nota e explicação profunda sobre o facto desta *tematização* incluir a convicção de que os significados em torno de *caminho* e *estar a caminho* não foram escolha inocente de Heidegger, pois não apenas são significados recorrentes na obra do pensador, como parecem decorrer do sentido oriundo do que a interpretação tradicional de *ódoç* (expressão grega para *caminho*) empresta a *método*. Humildemente, peço-lhes emprestado o seguinte texto que tudo explica:

«*A floresta não é, no seu sentido próprio, um mero arvoredo, que a mão do homem pudesse ter plantado. Não é um parque. É selva e mato, natureza em estado puro, selvagem. Os caminhos do mato, estreitos e sinuosos, mais que atravessá-lo, levam quem o tenta fazer a descobri-lo como tal, embrenhando-se no seu interior sem saída. “Perder-se” por esses caminhos é, pois, encontrar a floresta, encontrar-se nela.*» ⁽¹⁶⁾

O método foi então este. Radicou na convicção de que existia um *prius* cujo significado era algo desprezado, e, com o tempo, também na convicção de que o seu recorte permitia fazer crescer-lhe um cunho específico: um *encontro na floresta*, de onde retiro mais do que uma originalidade muito própria no Direito da Medicina (a prévia recusa e ulterior permanente revogabilidade), mas um *trilho* (um método): o «teste da recusa» colocado ao serviço dos intervenientes da relação entre o paciente e os prestadores dos cuidados médico-medicamentosos.

⁽¹⁴⁾ Cf. Martin HEIDEGGAR, *Caminhos de Floresta* (Coord. Científica da Edição e da Tradução de Irene BORGES-DUARTE: com tradução da própria e de: Filipa Pedroso; Alexandre Franco de Sá; Vítor Moura; e João Constâncio), FCG, Lisboa, 1998 (ISBN 972-31-0944).

⁽¹⁵⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 3.

⁽¹⁶⁾ Cf. *ibid.*, p. IX.

4. Guilherme de Oliveira apontou solução para muitos dos problemas suscitados pela relação entre paciente e agente médico e que agora começam verdadeiramente a cair nos nossos Tribunais:

«Parece adequado, por fim, dizer que há uma outra linha de reforma que traria vantagens para a criação de um ambiente pacífico, favorável à diminuição do erro médico – refiro-me à prática do *consentimento informado*. (...) Creio que –um dia– os Sistemas de Saúde» vão distinguir-se uns dos outros não tanto pela sofisticação das máquinas ou pela diferenciação e capacidade dos médicos, quanto pela sua capacidade de organização e pela cultura de segurança que conseguirem atingir. Vamos esperar que o sistema português tenha iniciado a sua caminhada.»⁽¹⁷⁾

No dia 2 de Março de 1996, no decurso da primeira aula proferida pelos Professores Doutor Orlando de Carvalho e Doutor Guilherme de Oliveira, no 1.º Curso de pós-graduação em Direito da Medicina, na FDUC, ouvi a este último o vaticínio que antecede e pensei o seguinte: «eis um *clip*». A simplicidade de um arame que, torcido de forma engenhosa, se transforma em uma *mola* que permite organizar e prender uns tantos papéis.

A necessidade de obtenção de um consentimento esclarecido prévio à intervenção médica foi, durante anos, objecto de vigorosas oposições e discussões e *apoucamentos*, presenciados e participados em fóruns onde retransmiti a *ideia*... Hoje, vejo, oiço e leio alguns desses detractores a defenderem — e bem — a sua necessidade e conveniência. Significa isto que se venceu um «teste da recusa»? Seria uma alegria ouvir dizer que sim.

Foi ainda a imagem de um «*clip*» que me ocorreu quando, em 1999, consegui inventariar todos os casos em que o legislador impunha o registo por escrito da declaração do consentimento do paciente. Actualmente, a «proposta de Norma O15|2013|DGS» dificilmente deixa algum procedimento médico ou medicamentoso fora desse *título de crédito médico*. Mais: ao balcão de qualquer farmácia após avio medicamentoso, cada um de nós outorga ou vê outorgar, por regra *cegamente*, uma *declaração informada*.

5. Ao concluir esta dissertação voltei a ver a imagem de um «*clip*», agora no «teste da recusa». Trata-se de uma ligeiríssima mas significativa alteração da postura que, caoticamente, a lei parece expressar e que modifica de forma radical o dever clássico dos prestadores de cuidados de saúde quanto ao con-

⁽¹⁷⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O Erro em medicina*, in *Temas...* 2.ª ed., p. 305.

sentimento informado. Do mesmo modo, o aludido «teste» permite iniciar, simultaneamente, a construção dos requisitos de responsabilização por banda do paciente.

Aos prestadores de cuidados de saúde impõe a necessidade de que o processo clínico que patenteia a actuação médico-medicamentosa se encontra sob o permanente escrutínio, de ter sido superada a recusa do paciente mediante consentimento e de que este mantém ulteriormente no curso terapêutico, i.e., que não houve lugar a revogações; para os pacientes a informação e a consciencialização de que podem «não saber», podem inquirir, podem investigar, mas, responsavelmente, ficam sob a presunção da confiança a que a aliança terapêutica aspira.

Por ora, o consentimento arrisca seriamente a tombar em uma série de rúbricas e a ser tido por formalidade sem a qual existe culpado. Não pode ser assim.

PARTE I. — DIREITO DA MEDICINA, UM ESPAÇO PARA A HUMANIDADE: ELEMENTOS PREDISPO-
NENTES E DETERMINANTES

Capítulo I. Introdução e justificação do tema

I. § 1.º A saúde; I. § 2.º Dignidade: «Um portal da humanidade»; I. § 3.º O princípio do respeito; I. § 4.º Solidariedade: necessidade e consequência da alteridade; I. § 5.º Vulnerabilidade; I. § 6.º Cuidado: uma perspectiva relacional.

Capítulo II. Uma aproximação histórica

II. § 1.º A explicação de um *Sacerdócio*; II. § 2.º A afirmação da medicina e o encontro com a ética; II. § 3.º A persistência dos mistérios; II. § 4.º A inserção científica e a apresentação sociológica: explicações e responsabilização; II. § 5.º Saúde: deveres, silêncios e *novas observações*

Capítulo III. Aproximação ao contexto hodierno

III. § 1.º Inserções Éticas; III. § 2.º Uma ordem normativa disciplinada ou uma normaçoão *mil-folhas*; III. § 3.º Um contexto para o futuro; III. § 4.º Desvelar a doença: um consentimento relutante; § III. 5.º Imperativos para conciliações; III. § 6.º As «alianças»; III. § 7.º Da prática da medicina e desta ao direito; III. § 8.º Respeito e alvedrio.

Capítulo IV. Propensão e necessidade de uma autonomia disciplinar?»

IV. § 1.º Ciências da Natureza & Natureza da Ciência: Que pensar disto?; IV. § 2.º A Medicina enquanto «fenómeno aberto» ao Direito; IV. § 3.º As *linhas*; IV. § 4.º As fundações tradicionais e a realidade; IV § 5.º As Escolhas.

«Não vos queixeis da fortuna; que ela muito nos tem favorecido; e mais ela de nós, do que nós de nós próprios temos cuidado».

DEMÓSTENES, *apud* Almeida GARRETT, *Portugal na Balança da Europa*, Ed. S.W. Sustenance, Londres, 1830, p. vii.

Capítulo I. § 1. A saúde

As deficiências do *mecanismo* humano e a respectiva precaridade constituíram desde sempre uma fonte de preocupações. E não se trata apenas da natural compreensão dessa delicada figura de uma *ampulheta de vida* com que cada ser humano se revela, mas de um rol alargado de razões que concorrem para empecilhar ou viabilizar o respectivo funcionamento específico, enquanto os *grãos de areia* que marcam o tempo da nossa sorte transitam entre recipientes. Desde o primeiro ao último *grão* muitas são as contingências e as interferências possíveis, tal como as *ameaças*... E aquém e para lá dos últimos *grãos* persistem questões sobre viabilidades e protecções e interesses muitíssimo relevantes.

Desde logo, as catástrofes naturais e aquelas que resultaram — e resultam — de *mão humana*, especialmente quando poderiam ter tido impacto reduzido mercê exactamente da prudência, da cautela, em suma, da previdência que justifique diferente orientação para a condução dessa mesma *mão humana* ⁽¹⁸⁾. Entre a mais grave das *catástrofes* que agride a saúde, coloco a guerra, esse tenebroso *perpetuum mobile* da raça humana, que é uma *fissura permanente na caixa de Pandora*.

⁽¹⁸⁾ Os exemplos não teriam fim, pelo que opto por alguns recentes, sem descurar obviamente o «efeito de estufa» e muitas outras preocupações de natureza ambiental global: o drama do derrame de petróleo no Alasca em Março de 1989: caso «Exxon Valdez Oil Spill» in Prince William Sound (cuja indemnização integral ainda permanecia alegadamente por satisfazer integralmente, como objecto de litígio judicial, em Julho de 2013, cf. <http://www.thinkpro-gress.org/climate/2013/07/152301451>); os efeitos devastadores na selva amazónica decorrentes da exploração de petróleo no equador pela Texaco (Chevron) entre os anos de 1964 e 1990; o desastre nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, em Abril de 1996; o terrível derrame de petróleo no golfo do México, após uma primeira explosão em Abril de 2010 na plataforma «Deep water Horizon», no âmbito das explorações em grande profundidade levadas a cabo pela BP; as inundações e deslizamentos de terras de Janeiro de 2011 no Rio de Janeiro e São Paulo que causaram morte e destruição pela urbanização no curso das linhas de água; o Tsunami japonês de Março de 2011 e as suas sequelas nas centrais nucleares de Fukushima. Em matéria de terramotos, até pelo facto de serem casos em que o *urbanismo* pode constituir igualmente fonte salvífica ou de desaire, deixo a seguinte referência recolhida da Geological Society of London: <http://www.geolsoc.org.uk>: *Earthquakes and Tsunamis in the Modern World*, by James JACKSON: (cf. lição integral no seguinte link: '[Earthquakes and Tsunamis in the Modern World](#)' by James Jackson. Reproduzo o extracto para ilustrar exactamente as virtudes em torno da prudência:

«Earthquakes over the last decade have produced a series of revealing examples illustrating the world we now live in. There have been large earthquakes that have killed very few people, and demonstrated the impressive resilience and improvement in infrastructure in several countries; yet they have sometimes been accompanied by tsunamis that were devastating and deadly. Over the same period, much smaller earthquakes have killed up to 30% of urban populations in countries that are far less well prepared. These contrasts are related to wealth, development and education, but also to the geological setting and the nature of the hazard involved. We now have an unprecedented ability to reveal exactly what happened in these events, through a combination of relatively new monitoring technologies that can provide information rapidly and with extraordinary resolution. Such knowledge is helpful, and in the long term helps build resilience, but also reveals our ignorance of fundamental processes. This lecture will examine such issues and what is behind the sombre conclusion that 'the rich pay and the poor die'».

Por fim, mas infelizmente nunca em último lugar, a passagem do tufão Haiyan nas Filipinas em 8 de Novembro de 2013 provocou uma devastação com proporções impressionantes: no dia 14 seguinte noticiava-se ter ceifado a vida a cerca de 4 460 pessoas e afectado um número que a comunicação social não se inibiu de cifrar em 12 milhões de pessoas, cf. *Diário de Notícias*, DN Globo, in www.dn.pt («Tufão nas Filipinas atinge 12 milhões e mata 4460»).

As flutuações das linhas de bem-estar sobrepõem-se e oscilam perante os mais leves motivos, contendo-se entre os parâmetros desejados quando tudo corre bem, dando alertas para cautelas, ou mesmo para intervenção, em caso de *pressentirem* ou mostrarem crise. Mas é o desconforto ou a sua prevenção que motivam o trabalho árduo de o fazer diminuir ou ficar de atalaia: *destino* de Sísifo? Eis um *prius* que deve ser avaliado por via holística; a um tempo exógeno e endógeno e dicotomicamente colectivo e individual.

Endógeno porque se manifesta ao nível de cada um dos homens que, muito naturalmente, pretende para si e para aqueles que dele dependem o acesso às melhores condições físico-psíquicas possíveis, inclusive até onde os conflitos de interesses ditem — em sentido diametralmente oposto — de forma extrema as *brigas* que aceleram as necessidades de cuidados de saúde de que trato parcialmente nestas linhas.

Exógeno, não apenas no que seja o resultado das desgraças ambientais e das catástrofes, mas, igualmente, porque as aludidas dependências individuais se mostram alargadas (progressivamente) constituindo *redes* onde as divisões de tarefas iluminam sintonias partilhadas, ou seja, as deficiências físico-psíquicas, afectando em concreto um indivíduo, determinam repercussões — por diversas razões óbvias — em círculos progressivamente alargados de pessoas e instituições que, materialmente, afectam interesses alheios mais ou menos longínquos (as esferas dos próximos, de terceiros dependentes, do trabalho, do meio social circundante ao quotidiano e assim sucessivamente), isto é, fluxos com sentidos múltiplos, cruzamentos, ricochetes, ecos, etc. e tudo até reciprocamente percorrido. Sucede apenas que esta vertente possui parâmetros próprios, vale por si só para todos também em cada um dos cadinhos em que busca afirmação ética e protecção normativa.

E quanto à relevância colectiva, onde as intersecções se verificam, a saúde constitui, assim, um bem social alargado que entrelaça o domínio do que é comum (do familiar ao universal, passando pelo comunitário) e, invocando a solidariedade, impõe comportamentos funcionais destinados à superação das contingências ou visando as melhores soluções possíveis para os percalços. Comportamentos que — reafirmarei já adiante — assumem uma natural fonte de compromisso primevo, de compromisso essencial, sagrado, entre o *actor* e a comunidade⁽¹⁹⁾, mas, se tanto basta, talvez este seja um compromisso vin-

(19) O juramento sagrado, assumido como uma manifestação materializada de um compromisso *professado* solenemente no «gesto de verter um pouco de vinho no chão ou num

do de um outro mais alargado. O interesse social na saúde individual não tem de ser meramente altruístico — embora me baste a solidariedade para o justificar —; bem evidente se mostra um interesse *economicista*: um ser humano produtivo implica uma mais-valia em termos proporcionais ao seu superior estado físico, psíquico e cultural. E posto isto — fundada a razão social da protecção comunitária da saúde individual —, tanto maior poupança existirá para os custos sociais da protecção da saúde quanto melhor for em termos naturais o estado físico e psíquico de cada um.

A protecção da saúde humana é uma fonte unívoca de necessidades que envolvem bens socialmente densificados que se projectam de forma igual no mundo. Sendo radicalmente transcendentais não vislumbro razão para não merecerem resposta indiferenciada, tendencialmente igual. É matéria de União absoluta; terreno onde a mais singela diferença em termos de proposição teleológica para as relações entre os seres humanos se revela intolerável e o exigível padrão de resposta deve ser elevado — tem de ser elevado — sob pena de nos desvirtuarmos, desprezando um dos deveres fundamentais de solidariedade universal. Dever que tende a ser perseverantemente prosseguido, ainda que recheado de pequenas e grandes vitórias e alguns recuos e com muitas miragens e ilusões pela frente.

Constatado isto, a subsistência de sistemas nacionais de assistência médica e medicamentosa *em circuito fechado*, fora do âmbito restrito de um utilitarismo crescente (um meio discutível para um fim maior), são resíduos mais ou menos exemplares de uma aproximação tentacular, pois o que se me afigura imperioso é concretizar um esforço de criação de ambientes hospitalares dotados de meios adequados, com carácter universal⁽²⁰⁾. A ser regulada — e avanço já esta inevitabilidade —, não deixa de ser matéria que adquire a qualificação de axioma, com valor inato primacial do que extraio do ser-em-devir humano, ou seja, devo assumir desde já que, sem tomar posição definitiva na *discussão prometida do devir*, parto do pressuposto de que deve verifi-

altar» para *selar* uma promessa, terá origem no grego antigo: («*spendo*») e era também levado a cabo pelo médico. Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O Fim da Arte Silenciosa*, in ID., *Temas de Direito da Medicina*, Ed. CDBM da FDUC, I, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 91 e s.

⁽²⁰⁾ Em paralelo com uma perspectiva histórica, acatando a constatação de uma matriz globalizante, mas acabando por *ceder* — inconformado — aos imperativos das soberanias e respectivas restrições de ordem económica, cf. Maurice TUBIANA, *História da Medicina e do Pensamento Médico* (Ed. original: *Les Chemins D'Esculape*, Ed. Flammarion, 1995; tradução de Telma Costa), Teorema, 2000, pp. 15 e s. e 447 e ss.

car-se como conseqüente imperativo a criação institucional e positivada de um Direito da Medicina na comunidade mundial; equânime onde se verifica a necessidade de inçar um dos *estatutos* naturalmente mais *caros* ao ser humano: o seu equilíbrio físico-psíquico. Esta *voz activa* traduz-se em um elenco de prerrogativas em que a identidade ética da espécie — como imperativo que se coloca ao *poder* e este deve normativamente postular — constitui causa que sustenta, simultaneamente: como primeiro efeito, um interesse existencial que pressupõe uma regra de autonomia como exigência recíproca entre cada um e a comunidade (de onde extraio uma ética de responsabilidade como se verá); e, como segundo efeito, que uma vez posto o ser humano em comunidade — como não deve deixar de estar — deve esta reagir de acordo com um radical primado universal de solidariedade, de beneficência, sem condescendências perante fronteiras, mercados ou manipulações hedonísticas, ainda que valiosas. É óbvio que este segundo efeito sofre resiliências nas limitações individuais do convívio, como sejam barreiras linguísticas ⁽²¹⁾ ou

(21) As matérias em torno da linguagem afiguram-se muitas e muito importantes para o tema deste trabalho, pelas pertinentes razões que se vislumbram em torno das múltiplas relações comunicacionais entre todos os intervenientes e pelas respectivas actuações. Mas logo no âmbito da *origem da linguagem* deparo com um rosário de questões que interessaram especialmente os AA. do iluminismo e da razão, entre os quais destaco HERDER (Johann Gottfried: 1744-1803), *Ensaio Sobre a Origem da Linguagem* (tradução e prefácio de José M. Justo), Ed. Antígona, Lisboa, 1987 (Dep. Legal 18643/87), onde li uma proposta de criação humana da linguagem, por via da racionalidade (em um ciclo que inclui o reconhecimento, o discernimento e a reflexão), com lúcidas refutações, por exemplo, das teses de Rousseau, de Condillac, de Süßmilch ou mesmo de Malpertuis, a ilustrar o que nunca mais deixou de ser objecto de estudos importantíssimos no âmbito da filosofia da linguagem (Karl-Otto Apel: legitimação prévia dos significados no fluxo discursivo), enquanto condição para a humanidade e explicação da condição humana que Herder postula (influenciado provavelmente na heterogeneidade de Leibniz, e seguramente em Kant (Mestre que ouviu), abre ala para os estudos de Humboldt sobre o que seja uma compreensão humana da humanidade em sentido total, por via de um eixo: a linguagem), até em uma perspectiva visionária de globalização linguística unificadora que inclui nas suas *leis naturais*, de onde destaco as seguintes: «O homem é um ser em actividade, que pensa livremente, e cujas forças actuam em progressão; por isso é uma criatura de linguagem» (cf. pp. 117 e ss); e «O homem é por vocação uma criatura gregária, social: o desenvolvimento progressivo de uma língua é-lhe, pois, essencial, necessário.» (cf. pp. 134 e ss.), acabando por prognosticar: «A cadeia avança assim a partir de um primeiro anel e talvez venha um dia a cobrir todo o planeta.» (cf. pp. 165). Desde esta perspectiva coeva do Iluminismo, com a sua visão metafórica de um relógio — «Cada roda precisa de ter seu papel e o seu lugar, caso contrário não formam o todo de um mecanismo.» ID., *ibid.*, p. 127 — até aos dias de hoje com a constatação — e o descrédito — da sociedade de informação, «em que as crescentes inter-relações geradas pela globalização e pela *internet*, o crescimento hiperbólico da informação disponível é muito superior ao da capacidade dos indivíduos para processar essa mesma informação», cf. Gonçal MAYOS SOLSONA, *La Sociedad de la Incultura: Cara oculta de la sociedad del conocimiento?*, in

divergências de ordem moral ou religiosa que, espero, encontrem alargados redutos comuns.

E é ainda conjugação possível entre a autodeterminação que quer ver a sua qualidade de corolário inserida na autonomia; e nesta última a projecção integral mais ampla do que é a dignidade. Mas estes valores, a que se associam a liberdade individual e respectiva protecção da esfera físico-psíquica, projectam ou não um princípio aglutinador de todos estes bens jurídicos? Assim é quando olho para o indivíduo, onde não discirno mais do que um convívio com compressões eventuais fundamentadas; mas, e no Direito? Que orientação dar ao que oferece uma forçosa fusão? Chamar-lhe-ei respeito, e acautelo já ver neste princípio um feixe orientado de deveres postulados que se sublimam na faculdade individual e inata de recusar, de poder ser deixado sossegado perante a sua idiosincrasia; faculdade que possuirá em regra — e por regra — casos contados para não ser atendida, retraindo-se ou desaparecendo face a assentimentos ou consentimentos ou recusas parciais, ou modificando-se perante opções. No respectivo denominador mínimo comum é indiscutível estarmos perante uma «compreensão e assunção de nós próprios como pessoas», pelo que a dignidade humana não poderá nunca deixar de ser uma «expressão prática» do «valor da pessoa»; referente de uma constelação onde os demais valores axiológicos dali decorrentes assumem as respectivas posições desenhando o nosso «mundo humano finito», oferecendo em termos positivos o que com a dignidade se harmonize e como negativo «como inumano», tudo aquilo que se ofereça dissonante, o que a impeça, acanhe ou lhe crie atrito⁽²²⁾.

É uma *teoria de esferas*: os feixes de respeito congregam-se em torno dos seres e permitem-se uma sua projecção individual face aos demais. Nesta projecção, e na justa medida do dissenso ou do consenso, permanecem separados, justapõem-se ou interpenetram-se, e, nestes momentos, sublimam-se liberdades e postulam-se responsabilidades recíprocas⁽²³⁾. Mas trata-se de

AA.VV., *La Sociedad de la Ignorancia y otros ensayos*, ed. Libros Infonomia, p. 53, cf. <http://www.google.pt/url> (Reconocimiento-No comercial 3.0 No adaptada de Creative Commons: más información a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/deed.es>).

⁽²²⁾ Sigo de perto neste parágrafo António CASTANHEIRA NEVES, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, I Vol. (Reimp. de 1995) 2011, Coimbra Ed. (ISBN 978-972-32-0675-3), p. 278.

⁽²³⁾ A referência a uma *teoria das esferas* merece aqui uma ligeira precisão. Tomo aqui por referência a *Sphärentheorie* que foi teorizada por Heinrich Hubmann, com as integrantes

um orientador da acção a que se exige eficácia para evitar o desvalor de um resultado que reside em perigo em um mecanismo onto-antropológico cuja violação despoleta uma responsabilidade concreta de uma vivência que se impõe ser servida pelo que funcione como organização estrutural legislativa (Estado), que não servir-se a essa(s) estruturas (Estado). Existirá, pois, um conceito normativo de pessoa, mas prefiro-a e pretendo-a de *carne e osso*, aceite que não apenas reconhecida; vivenciada na sua geração que não refém do seu *iter* histórico nem *pseudo-responsabilizada* pelo devir geracional, além do que seja o plano cruzado das gerações viventes.

Neste sentido, parece-me oportuno deixar reiterado para memória futura a realidade impulsionadora e algo optimista da seguinte asserção de Jürgen Habermas:

«Sem o impulso dos sentimentos morais do dever e da culpa; sem a acção emancipadora do respeito moral, ou o reconfortante apoio da solidariedade, sem o opressivo peso das faltas morais, e sem a «cordialidade» de um modo civilizado de lidar com o conflito e a contradição, o universo habitado pelos seres humanos teria de nos parecer — ainda é essa, pelo menos, a nossa opinião actual— completamente insuportáveis.»⁽²⁴⁾

Isto significa uma posição conservadora? Utópica? Chamar-lhe prudente não será mais do que eufemismo. Talvez seja *fotográfica*. O contexto liberal, em que se afirma a defesa contingente e provavelmente mutável dos limites liberais de uma autonomia que se pretende afirmativa em sentido universal, sofre duras críticas, especialmente nos terrenos férteis da eficácia e perante os números acumulados dos desaires. Muito mais fácil será ceder às tentações de pugnar pela imperatividade que tudo logra regular indistintamente; de abrir generosamente os braços ao que a Ciência possa facultar, arriscando, claro, mas como sempre aconteceu; ou de planificar o emaranhado estrutural

esferas que viabilizam ou retraem uma projecção de alteridade por contraposição à de auto-afirmação deontica, específica (esfera individual, esfera privada e esfera íntima) ou sem tomar posição quanto às divergências apontadas por Henrick Henkel (esferas em sentido estrito; intimidade; e segredo). Sobre estas matérias cf. Robert ALEXY: *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros Ed., S. Paulo 2008. pp. 360 e ss.; ID, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teorías de los principios* (trad. Carlos Bernal Pulido), ISBN e Pub 978-958-772-019-8, Universidad Externado de Colombia (2003), *passim*; ID., *Teoria del discurso y derechos humanos* (trad. Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia (1995), ISBN e Pub 978-958-772-014-3, *passim*. Cf. ainda Luísa NETO, *Novos Direitos (ou novo(s) objecto(s) para o Direito): Cap. IV: O Direito e a privacidade: Novas Ameaças... cit.*, pp. 65 e ss.

⁽²⁴⁾ Cf. Jurgën HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana...*, cit. p. 117.

onde a medicina se manifesta com nítidos poderes que desequilibram as relações entre instituições, agentes e pacientes, reduzindo a negligência a efeito adverso; e submetendo o respeito pela vontade individual a resultados estatísticos favoráveis⁽²⁵⁾. É viável essa *expansão*? Creio que se trata *do grande desafio*. As variáveis revolucionárias de Copérnico e de Galileu Galileo quanto ao desvio do geomorfismo, tal como de Charles Darwin ao introduzir o evolucionismo, tal como agora que se afiguram lograr atingir patamares na evolução e manipulação biológica para ressuscitar o melhor do eugenismo de Francis Galton (e rechaçar os respectivos fantasmas, evidentemente), merecem que se lhes empreste tempo e cautelas. Foram momentos em que se viraram cabos Bojadores, incertos quanto aos resultados: uns bons outros maus, mas de todo em todo de história feitos.

Aquela, ao menos, é uma raiz para estruturas não-governamentais (trans-estaduais) com virtudes inquestionáveis para salvaguarda de interesses que não se mostram discutíveis, e que se afirma como necessitando sempre — paradoxalmente — de um reconhecimento que não seja transversalmente difusor, mas *infra-supra*-estruturalmente cogente⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Existindo uma redução significativa de *listas de espera* de pacientes para determinada intervenção com percentagens de êxito favoráveis, será legítimo manter ou aumentar o limiar dos riscos colaterais e continuar a reduzir o tempo disponível para cada paciente, aumentando-o para os agentes médicos? A questão pode ser respondida com outra, análoga: se os números globais sobre aproveitamento escolar subirem, é forçoso inferir que sobem igualmente os níveis de conhecimento dos discentes? Colocadas as questões perante as *engenharias* estatísticas, as leituras também se multiplicam.

⁽²⁶⁾ Este é o objectivo principal agregador que os 194 Estados-Membros da Organização Mundial de Saúde (OMS) acordaram em 2005 e foi sendo construído e acabou reafirmado na 65.ª Assembleia Geral (AG) da OMS, Génève, em 26 de Maio de 2012. Alguns avanços foram já atingidos, como sejam, através da Organização das Nações Unidas (ONU): os Objectivos de Desenvolvimento do Milénio: *Millenium Development Goals* (MDG's); a AG da ONU de Dezembro de 2012 voltou a apelar aos Estados membros uma actuação efectiva nos aludidos propósitos unificadores, mediante uma *resolução* em que promove igualmente o financiamento sustentável e medidas de protecção social. A OMS no seu Relatório de Agosto de 2013: *Research for Universal Health Coveradge: AA.VV, Lead authors: Chistopher DYE, Ties BOERMA, David EVANS, Anthony HARRIES, Christian LIENHARDT, Joanne MCMANUS, Tikki PANG, Robert TERRY, Rony ZACHARIAH*, Agosto 2013, WHO Library Cataloguing-in-Publication Data (ISBN 978 92 4 069083 7 :PDF), in <http://www.who.int>. busca exactamente, por via do incremento da investigação científica, chegar a mais um patamar do objectivo em causa: *uma cobertura universal dos cuidados de saúde*, desafio este a que presto aqui uma singela homenagem. O mecanismo é a agregação de vários tópicos a abranger doze *áreas de intervenção* em sede de investigação consideradas mais prementes. Contudo, como consta do Relatório:

Parece ser do mais elementar bom senso aceitar que «o conceito de *são* é alargado até formar um conceito normativo universal, aplicável ao mundo e a quanto nele vive»⁽²⁷⁾. Por aqui agrada-me inserir a aproximação etimológica e uma incursão aglutinadora como a que, fundamentadamente, fornece em traços sintéticos mas esclarecedores João Carlos Loureiro sobre as perplexidades em torno de uma universalização da raiz etimológica de saúde enquanto fonte de preservação — salvação — de um tempo delimitado que contempla a dor individual e social, sobre a qual se pretende uma domesticação possível⁽²⁸⁾.

I. § 2.º Dignidade: «um umbral da humanidade»

Ao ser humano restará, de há muito reconhecida, a faculdade de projectar a sua dignidade nas escolhas com que se proponha traçar o seu rumo e conformar-se. Será este o sentido logo da preparação para a *concordia* a que se referia na segunda metade do Séc. XV o renascentista Pico de la Mirandola, de acordo com o qual o homem detém a faculdade — o poder *quase divino* — de se «constituir segundo aquilo que quiser ser»⁽²⁹⁾. Uma expressão cujo sentido e alcance se tem mostrado em permanente evolução, em constantes e sucessivos rompimentos de delimitações e que constitui simultaneamente a sua sentença: «condenado à liberdade»⁽³⁰⁾, por força da inevitabilidade da persistente constância de optar: uma sequela da vontade, de uma vontade

«Many recent advances have been made in health service coverage and in financial risk protection as shown, for example, by progress towards the United Nations Millennium Development Goals (MDGs). Despite this progress, the gap between the present coverage of health services and universal health coverage remains large for many conditions of ill-health in many settings. For instance, nearly half of all HIV- infected people eligible for antiretroviral therapy were still not receiving it in 2011, and an estimated 150 million people suffer financial catastrophe each year because they have to pay cash out-of-pocket for the health care they need. The focus of this report is on the research needed to provide wider access to essential services of this kind, and how to create the environment in which this research can be carried out».

(27) Cf. JAEGER, Werner Wilhelm, *Paideia: A Formação do Homem Grego*, Lisboa, Aster, s.d., p. 994.

(28) Cf. João Carlos LOUREIRO, *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito*, in *Cadernos de Bioética*, Ano XI, n.º 25, 2001, pp. 19-53.

(29) Cf. Maria de Lurdes Sirgado GANHO, *Acerca do Pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola in Discurso Sobre a Dignidade do Homem*, Ed. 70, bilingue, Lisboa, 2011, pp. XXII, ISBN 978-972-44-1337-2.

(30) Cf. ID., *ibid.*

com retorno àquela condenação. Eis onde tudo se reconduz: «ao horizonte de autonomia ou de autodeterminação do ser-pessoa enquanto verdadeiro *definitional-stop*; ou seja, o respeito à esfera nuclear da vida privada enquanto limite inultrapassável», ensina José de Faria Costa, quando delimita a primeira barreira ao ordenamento penal — um expoente relacional social absoluto — que seja genuinamente liberal (para onde propende a diversidade universal) ⁽³¹⁾. Só a alteridade pode ter o condão de completar este aparente reduto último, porque — Xavier Zubiri ⁽³²⁾ — não pode deixar de explicar ainda a vida privada e traduz uma explicação do aí-ser, por estar em devir (dito *como se Deus não existisse*), por ser esse tempo contingente que é fundante em termos ontológicos e não a inversa (Heidegger).

I. § 3.º O princípio do respeito: mais algumas (curtas mas absolutamente necessárias) considerações, a título de excerto

Todo o discurso global que aponte soluções para discernir por entre as necessárias fragmentações, tal como persistir perante as dicotomias confluentes, merece atenção e cuidado. A «humanidade do respeito» traduz exactamente um desses focos em que se impõe ponderar a inclusão de uma busca da plenitude no éter da bioética. Serve o expoente para entender e salvaguardar os resquícios fulcrais da própria humanidade: a ética do respeito convive com a da humanidade, e esta possui várias dimensões que se evidenciam, que têm de ser percorridas. Neste sentido, parece irrefutável a exigência de que se verifiquem reflexões alargadas em vários *(des)centramentos*. Não é apenas o facto de o ser humano existir em um casulo de interdependências recíprocas onde se extingue persistindo a sua humanidade, mas especialmente o facto de ser especialmente responsável pelos demais, dependentes, enquanto se

⁽³¹⁾ Cf. José de FARIA COSTA, *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal*, in *RLJ*, Ano 142.º, n.º 3978, Janeiro-Fevereiro de 2013, pp.158-173

⁽³²⁾ Cf. José Luís GONZALEZ QUIRÓS, *La filosofía natural de Zubiri*, in *Revista de Libros sobre Xavier Zubiri. Espacio. Tiempo, Materia*. Alianza ed., Fundación Xavier Zubiri, Madrid, n.º 12, Dezembro de 1997.

verifica a sua autonomia. E aquela é mesmo a melhor garantia desta. Até onde se cerceia a autonomia? Até onde tenha de ser. O limite pragmático que essa renovada proposta visão ética imponha tornar-se-á indiscutível.

Uma leitura histórica que mostra registos inequivocamente escritos do elogio e prática das múltiplas variantes das mais diversas formas das reificações humanas no decurso de seis milénios, dificilmente perspectiva um evolucionismo viável, desejável, outro, que não o de um reconhecimento ético de uma coexistência saudável com os demais seres, oriundos equivalentes da mesma natureza, como, logo em momento de expansão, de novos mundos, teve de ser pensado para outros seres humanos, recordando Michel Eyquem de Montaigne⁽³³⁾. Daqui que a aludida condenação à liberdade possa ser entendida como uma libertação alargada: uma projecção de liberdade individual, sim, mas dependente da *ponte coexistencial*.

Existem esquinas históricas de excepção, notáveis ao ponto de merecerem expresso registo e memória: — ao mesmo tempo que se digladiavam na «esfera ocidental» as várias correntes religiosas que procuravam «coser» o renascimento do Império Romano, em pleno séc. XVI, por alturas em que Giordano Bruno sofria na pele o cepticismo religioso perante as descobertas científicas, na Índia que os Portugueses atingiam por via marítima, imperava o Mongol Akbar⁽³⁴⁾ cuja lucidez e poder o conduziram em torno de uma

(33) Recorrendo aos *Ensaio*s, Cf. MONTAIGNE: *Essays of Montaigne*, Translated by Charles Cotton, 1877 (edição de acesso livre em Kindle): Book the First, Chapter XXV: *Of The Education of Children: To Madame Diane de Foix, Comtesse de Gurson* (loc. 3396 a 4327): parece-me relevante sublinhar: a necessidade de ultrapassar os mecanismos clássicos de aprendizagem e de pensamento em favor de (o recurso à filosofia) uma convivência com opiniões contrárias e da permissividade da liberdade em discorrer; e Chapter XXX: *Of Cannibals* (loc. 5038 a 5355): uma tolerância que aponta por contraponto aos preconceitos apontados para as relações com a comunidade dos Tupinambás brasileiros logo na abertura aos novos mundos, mercê da confrontação de usos e das primeiras considerações sobre práticas perniciosas, licenciosas, etc., que, afinal, eram apenas diferentes.

(34) Akbar, o Grande, «título do imperador mongol da Índia Mohamed Abulfate Jelaladin, era descendente de Tamerlão, neto de Babar e filho de Humaiure. Terá nascido em torno de 1542 e falecido por 1605». Transformou os seus domínios em um vasto império com numerosos territórios conquistados, entre os quais: Punjab, Guzarate, Bengala, Caxemira e Decão. Tentou ultrapassar as várias religiões *rivals* (bramanismo, budismo, zoroastrismo, islamismo e cristianismo) que eram abraçadas pelas populações que tinha sob domínio, tentando criar uma nova religião oficial, sem deixar, todavia, de respeitar todas as outras. «A nova religião, com influências do Sufismo, denominou-se "Tawhíd Allahi". Teve as melhores relações com os portugueses de Goa, especialmente com a comunidade jesuíta. Os Jesuítas tentaram converter o imperador, mas as suas tentativas foram infrutíferas; porém, fundaram núcleos cristãos no interior da Índia. Akbar, como reconhecimento dos préstimos da con-

«demanda em busca da razão», ao invés do que o próprio apelidava como «a terra pantanosa da tradição», tomando aquela como mecanismo adequado à solução dos desafios que os comportamentos oferecem para a consecução de sociedades justas. Entre várias medidas «*avant la lettre*», em torno do ano de 1582 ofereceu liberdade «a todos escravos imperiais» com fundamento no seguinte raciocínio notável: «é alheio ao reino da justiça e da conduta boa tirar dividendos do uso da força»⁽³⁵⁾.

gregação, atribuiu-lhes meios para se estabelecerem. Designou o Padre António Monserrate (dirigia uma equipa que integrava nomes como Francisco Henrique e Rodolfo Aquaviva) preceptor do seu filho Murad, e incumbiu-o de descrever em latim a história das missões católicas na Índia. A história do reinado de Akbar foi redigida pelo seu ministro e conselheiro Abulfazel Alame, existindo igualmente versões, designadamente a epistolar mantida por Rodolfo Aquaviva até cerca de 1583. Akbar ficou sepultado em Sikandra, na região de Agra, em um mausoléu qualificado como património da humanidade, como o seu *espírito* o mereceria igualmente, cf. Akbar, «O Grande», in Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2013. [Consult. 2013-04-28]. Acessível in: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$akbar-o-grande](http://www.infopedia.pt/$akbar-o-grande)>; António da SILVA REGO, *A primeira missão religiosa ao Grão-Mongol*, in *Lusitania Sacra*, 1.ª Série, Tomo n.º 4, 1959, pp. 155-185.

⁽³⁵⁾ Sigo de perto Amartya SEN, *A Ideia de Justiça... cit.*, pp. 78 e ss. «Apesar de se ter mantido um muçulmano praticante, Akbar propugnava a necessidade de que todos submetessem as crenças e prioridades que houvessem herdado a um escrutínio crítico (...) o mais importante argumento que usou a favor da sua defesa de uma sociedade multicultural secular e tolerante era... – parece acreditar Sen: a importância que dava ao arbítrio do crivo racional. Tudo a fazer crer estar perante asserções que não repugnariam a E. KANT, cerca de dois séculos depois, ou os que vieram a animar os débitos recíprocos do ser humano na perspectiva de Thomas SCANLON, *What We Owe Each Other*, Harvard University Press, 1998, p. 3, em tempos hodiernos. E o enfoque sobre a prevalência da razão sobre a perspectiva emocional da boa vontade é fonte para apetite em adoptar discursos mais radicais, quando o objecto de análise se transfere para o tabuleiro da sustentabilidade ambiental. Sobre a questão, entre outros, cf. Nicholas STERN, *The Economics of Climate Change*, Cambridge University Press, 2007. Todavia, não me parece de repudiar o contexto de um discurso que, em torno da persuasão emocional, alie à psicologia (sensibilização) e ao ensino uma renovação geracional célere, eficaz, que cativa e precipite o que poderá não deixar de ser uma abrupta alteração dos quotidianos assassinos em que estamos envolvidos. Sobre estes temas, cf. PERELMANN, Martha NUSSBAUM, *Upheavels of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, 2001, e, entre nós, António DAMÁSIO, Boaventura SOUSA SANTOS, *Crítica da Razão Indolente*, Silvério da ROCHA E CUNHA. E pertence a David HUME a afirmação expressa de que a razão concorre necessariamente com a emoção no processo de construção das esferas morais, cf. *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principals of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1962, p. 172; isto quando em concorrência esta não se submeta aquela em processos onde nos deparamos com o erro de uma posição racional assumida, cf. ID, *Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 416 e s.

I. § 4.º Solidariedade: necessidade e consequência da alteridade

Não faltam autores com inequívoca autoridade a recordar ao ser humano que a sua pessoa se afirma porque convive ⁽³⁶⁾. O que não devo deixar em branco é o facto de este discurso servir sobretudo para justificar que, onde lá longe se visiona com nitidez o que merece atenção, então bem mais perto do ser humano, ao outro ser humano que não possua discernimento — por lhe faltar, por exemplo, razão ou fornada de inteligência, *rectius*: autonomia habilitante ao que se pretende —, alguém lhe deve atenção ⁽³⁷⁾. Os discursos concorrem com os tempos onde são ouvidos, e as crises revelam-se algo funestas para os medrar mais do que em redutos. Eis uma constante replicada: a correcção substantiva dos discursos é algo autista, pois tem de possuir condições para a respectiva efectividade, para a desesperante transcendência da *sustentabilidade*. Não será, em verdade, este o risco que separa a mera quimera da sofisticada relatividade e deixa o relativismo em *maus-lençóis*? Tudo poderia ter sido de outra forma, lá atrás, evidentemente; mas não foi! Será talvez diferente no futuro: deixando-se passar o tempo suficiente para o efeito e agindo-se em conformidade circunstancial. Neste cadinho que vou a abandonar, convenço-me de que só a minha finitude me oferece com nitidez pensar que o tempo necessário para transformar um perigoso revolucionário em um terrível conservador é sempre exemplar e fraccionado; e perigosamente exemplar, para os maus exemplos. Como adquiero em Fernando ARAÚJO:

«A nossa moralidade, e o direito que a serve, têm muito a aprender (...), tomando aguda consciência da contingência e vulnerabilidade da nossa condição, que só transitoriamente é

⁽³⁶⁾ Coloco aqui inserida o que não pode deixar de ser o ponto de partida de uma perspectiva Kantiana: trata-se de respeito em conexão necessária, e, conseqüentemente directa: obrigações que se reconhecem por se efectivarem em redor, onde se reflectem. O respeito explica o ser humano — a quem incumbe a responsabilidade de explicar — e delimita os comportamentos inadmissíveis (ética), e, neste aspecto também, cf. Fernando ARAÚJO, alinhado com uma vertente de terofilia, cujos excessos não deixa de apontar, aborda lapidarmente esta matéria, entre nós, Fernando ARAÚJO em *A Hora dos Direitos dos Animais*, Almedina Ed., Coimbra, 2003. Em relação aos animais humanos parte da circunscrição negativa da bestialidade até às plataformas comuns: *vg*, sofrimento, mas sem esgotar, atribuindo pelas correspondentes sensibilidades uma individuação também aos animais não humanos, cada um com seu lugar na natureza) sublinhando, sem descurar a globalidade da obra: pp. 17-34; 41 e s., 46-61, 92 e ss., 138 e s.; sublinho: 150 e ss., 166 e s., 172-189, 205-210, 217 e ss., 245 e ss., 262 e s., 296 e s., 302, 312, 316, dando indicação de uma extensíssima bibliografia; para uma perspectiva célere sintética das teses em confronto, cf. pp. 335-340; e, a final, 431-346.

⁽³⁷⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 346.

a de seres de autonomia moral, mas é sempre, do princípio ao fim, antes e depois desse florescimento fugaz, na infância, na velhice, na doença, uma condição de animais dependentes.»⁽³⁸⁾

Quando a ciência mostra que o que é não deve ser usado de certa maneira, muitas vezes bastará aguardar que o contexto social altere as suas posturas comunicacionais e que os filtros dos valores morais se tornem mais neutros. Outras vezes a lição foi muitíssimo mais amarga e os filtros impõem-se mais espessos. São as eternas questões endereçadas à tópica enquanto método problemático assente em racionalidades discursivas. Estou certo de que ultrapassado o cabo fica a rota; fixado o centro ao sol não se perdeu a Terra; colocado o evolucionismo como dado irrefutável persistiu o criacionismo teimosamente a montante; ou, ilustrando mais prosaicamente, descobertos novos efeitos colaterais indesejados dos antibióticos, é com redobrada prudência que alguns são *devolvidos à proveniência*...

Persiste o saldo de uma das palavras-chave para explicar o ser humano: a sua vulnerabilidade e a solidariedade que invoca, por força da dependência que aquela invoca⁽³⁹⁾. É inevitável visitar aquele assunto e o tema que deixa rasto.

⁽³⁸⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 346, fazendo invocação nesta parte do filósofo analítico inglês Alasdair MACINTYRE, in *Dependant Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues (The Paul Carus Lectures Series)*, Open Court, Chicago and La Salle, Illinois, 1998 (ISBN 978-0-812-69705-6).

⁽³⁹⁾ Cf. Alasdair MACINTYRE, in *Dependant Rational Animals...cit.*, pp. 155 e ss., onde expõe uma solução moral pressuposta, ou de matiz jusnaturalista, e que resulta na aplicação prática das virtudes da interactividade relacional: dar e receber, enquanto «partida dobrada» de uma contabilidade submetida a uma permanente avaliação social racional inquisitiva (uma razão prática), mas visando uma solução, que não uma mera espiral de interrogações. Basta o radical propósito — se bem que generoso — de ter em relação aos *outros* «uma razão pela qual a actuação contribuirá para que atinja o meu bem, enquanto ser humano», pois trata-se de um dever ao qual não devo escapar.

A perspectiva de se ser reconhecido como sujeito-de-uma-vida e, conseqüentemente, possuir uma axiologia individual de respeito por via de um estatuto moral superior por evidência e impositivo ao estatuto jurídico contingente (Tom REGAN), em dialéctica com a identidade senciente e o reconhecimento dessa «mola» para a protecção de interesses e de predominâncias sociais com análogos respetos (Peter SINGER), é analisada por Ana Lúcia CRUZ, *O Estatuto Moral do Animal*, in AA.VV, *Pessoas Transparentes: Questões Actuais de Bioética* (org. Manuel CURADO e Nuno OLIVEIRA), Almedina Ed., 2010 (ISBN 978-972-40-4099-8), pp. 209-235, concluindo que o debate tem sido profícuo para o que designa com enorme felicidade: «temor de desarranjar a mundividência habitada». O reconcerto que a humanidade enfrenta inevitavelmente obriga a erguer a vista e ponderar os reflexos que os estatutos individuais projectam nos demais, e, conseqüentemente, a construção de espaços de respeito com regras gerais de constrição sobre uma comunidade moral alargada a todos

I. § 5.º Vulnerabilidade

Para a esfera individual, acresce que as alterações indesejadas do respectivo bem-estar físico-psíquico também podem ser causadas por factores onde predominam a falta de domínio (absoluto ou relativo) e alguma incompreensão (maior ou menor), por vezes sobre a etiologia do que é moléstia, outras tantas sobre o seu *iter*, outras ainda sobre as sequelas. Constituem pois — em grande medida — puros eventos do foro interno do ser humano, factos intelectivos, como receio, dor, outras afecções várias, todas a carecer de compreensão — conhecimento — e/ou de actuação, decerto por via da intermediação alheia. Nesta medida, mesmo sendo ‘factos espirituais’ (40), sem exteriorização material — por exemplo, perigo de contágio ou afectando interesses de

os aspectos do que seja vida; mas desta, os círculos de proximidade têm de ser reescritos fora de parâmetros restritos do que seja a humanidade, sublimando-a. Daqui ao Direito serão dados os passos que os «interesses» justifiquem. A este propósito cabe aqui com pertinência as observações que, a pretexto do problema dos xenotransplantes, escreve Helena PEREIRA DE MELO, cf. *Manual de Biodireito*, Almedina Ed., 2008 (ISBN 978-972-40-3495-9), pp. 93-165, *maxime*, 138-159, em que, com profundidade, após análise que inclui teses de detractores mais estremadas (v.g. Jean CARBONNIER, Roberto ANDORNO, Carl COHEN, ou entre nós, Walter OSSWALD), questiona-se sobre onde reconstruir a «parede» que separa o ser humano dos outros animais e traça uma posição prudente que consiste em reconhecer que um «estatuto jurídico discriminatório entre animais humanos e não humanos radica no facto de eles serem considerados como não portadores da eminente dignidade da pessoa humana e constitui também uma discriminação justa em razão da constituição genética porque só reconhecemos a titularidade daquela dignidade a quem for membro da espécie humana e por isso portador de um património genético próprio dessa espécie.». Por aqui se incluem os primatas superiores e fica sem resposta conclusiva o argumento senciente e a garantia de «bem-estar» reconhecido em legislação internacional, colocando a A. um limite de subsidiariedade e de respeito e acompanhamento por biólogos e médicos veterinários a tutelar a prossecução de colheitas ou experimentação (inclusive em primatas superiores). Mas é tese com preço, esta de reconhecer proximidades inequívocas para lhes acatar discriminações. Onde exista similitude de *produto activo*, melhor é suster imediatamente o que em termos apagógicos se revelará tarde ou cedo insustentável. Os 98% coincidentes de ADN não significam repensar a *geografia* da humanidade? Preciso da resposta antes da acção.

(40) A expressão pertence a Franco CARRESI, *I fatti Spiritualli nella Vita del Diritto*, in *Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile* (RTDPC), 1956, pp. 433 e ss. A. e artigo para o qual fui despertado por via da obra de Raúl GUICHARD, *Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil*, Ed. Universidade Católica Portuguesa (UCP), col. Estudos e Monografias, Porto, 1996, pp. 9-23 (ISBN 972-8069-09-X), para onde remeto desenvolvimentos sobre este meu parágrafo, adaptando o que se mostrar conveniente à análise sobre a manifestação da vontade.

terceiros contratualmente assumidos —, transportam-se logo que ‘revelados’ para terrenos onde a Ordem Pública possui interesse na respectiva regulação jurídica.

Estas realidades são, por um lado, parte integrante mas indesejada do quotidiano da vida humana e, por outro lado, *pedras miliare*s do curso das ciências, quer da medicina propriamente dita, quer das inúmeras disciplinas e matérias que se situam em seu torno e que a interagem progressivamente. Decorridos milhares de anos, a saúde envolve estupefacções e uma multiplicidade de receios, como servem de exemplo as doenças contagiosas que afectaram — e afectam — a humanidade, tal qual demonstra o estudo da história (da medicina) e de balde os continuados esforços com que se combatem. Penso, sem esgotar, claro está, na lepra⁽⁴¹⁾, nas peste(s) — e misturo com consciente imprecisão aqui o cólera, a tuberculose, a raiva, a difteria, o tifo, a poliomielite⁽⁴²⁾ —, na sífilis⁽⁴³⁾, na tísica, na SIDA⁽⁴⁴⁾... Tudo pragas que consti-

(41) A lepra tem origem na *mycop bacterium leprae*, que lesa principalmente os nervos periféricos. Trata-se de uma doença infelizmente actual: em finais do século passado infectou ainda cerca de cinco milhões de pessoas no Mundo (cf. AA.VV: *Enciclopédia Médica*, Merck, Sahrp & Dohme, Vol. II (infecções) — Ed. orig.: *Merck Manual — Home Edition* — 1995, Quid Novi, pp. 57 e s.). A notícia sobre a existência desta doença remonta aos milenares impérios do Próximo Oriente, antes da nossa era, decorrendo, por exemplo da indicação de Plínio, o Velho, de que se teria insinuado em Itália, por via dos exércitos de Pompeu, aquando do respectivo regresso a Roma, vindos das campanhas Egípcias, em 61 a.C. [cf. Françoise BÉNIAC, *O Medo da Lepra*, in AA.VV. — org. Jacques Le GOFF —, *As Doenças têm História*, Ed. Terramar (trad. Laurinda Bom), 1985 (ed. originária), pp. 119-136]. Foi causa de pavores no decurso do Império Romano, em toda a Idade Média e Renascença europeia, e provocou como reacção alguma incipiente organização administrativa básica, por via da ostracização compulsiva (única medida de *higiene pública*), ao remeter para isolamento os infectados, cf. Georges VIGARELLO, *História das Práticas da Saúde: a saúde e a doença desde a Idade Média*, Ed. de Seuil, 1993, 1999, tradução de Luís Filipe Sarmiento para Ed. Notícias, Lisboa, 2001, pp. 15 e s. e 44 e ss.

(42) Socorro-me aqui da obra de Mário Monteiro PEREIRA, *História da Medicina Contemporânea*, I Vol., 3.ª ed., Ed. Sociedade de Expansão Cultural, Lisboa, 1963, p. 252. Para designar genericamente aquelas doenças que «afectavam um grande número de pessoas num determinado lugar, com idêntica sintomatologia e causando por vezes uma grande mortalidade», cf. A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de História da Medicina: das origens aos fins do séc. XVI*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Ed., 1996, pp. 257 e s.

Quanto à poliomielite, que estava na «lista de erradicação» e tinha praticamente «desaparecido», parece ter reaparecido com «surto confirmado» pela OMS, em Outubro de 2013, na Síria, por força das «péssimas condições sanitárias criadas pela guerra...»; trata-se «... de uma doença que há 14 anos que não existia no país», e, sendo contagiosa, coloca os receios inerentes, cf. *Jornal Público*, 03/11/2013, p. 11; notícia que pode igualmente ser analisada em <http://www.publico.pt/mundo/noticia/reaparecimento-da-poliomielite-na-siria-faz-oms-temer-surto-na-regiao-1610751>.

tuem fontes de devastação que, com sobreposições variáveis, se mostram persistentemente *activas* desde tempos imemoriais até aos nossos dias, como as iconografias das múltiplas configurações esquizofrénicas de *o inferno no jardim das delícias*, do pintor Jerónimo Bosch ⁽⁴⁵⁾, celebrando de forma algo

(43) A sífilis horrorizou os testemunhos militares das armadas: francesa e espanhola cerca dos finais do séc. XV (batalha de Fornue: 1495), pois, sendo mortal, era repugnante a podridão que provocava, ultrapassando até o estupor causado pelas manifestações fisiológicas da lepra ou da elefantíase, cf. Georges VIGARELLO, *História das Práticas da Saúde... cit.*, pp. 49 e ss..

(44) O *Síndrome da Imunodeficiência Adquirida* (SIDA), provocado pela penetração no organismo humano do *Vírus da Imunodeficiência Humana* (VIH), por contacto com uma pessoa infectada, onde se replica e ataca o sistema imunológico destruindo-lhe as defesas, *apareceu* — foi-lhe dada progressiva publicidade — em torno dos anos 80 do século passado nos EUA e subsiste ainda com os contornos iniciais de uma *praga*, associada fundamentalmente a comportamentos sociais promíscuos, por força de uma das maiores fontes de contágio ser exactamente a das relações sexuais, ou a comportamentos ilícitos, como o do consumo de drogas, neste caso com a partilha de seringas entre consumidores. Estes factores determinaram enorme alarme social e a gravidade da propagação da doença motivou um número incontável de estudos e de intervenções legislativas várias, cujo impacto se mantém crescente; entre muitas referências, cf. www.roche.pt/sida; Marta SANZ CID, Javier Vega GUTIÉRREZ, PelegrínMartínez BAZA, *SIDA: Aspectos Médico-Legales y Deontológicos*, Ed. AA.VV., Universidad de Valladolid, 1999, pp. 7 e ss., 18 e ss., 66 e ss., 113 e ss., 121 e ss., 159-166, 167 e ss., 201 e ss.; Cristina PONTE, *Notícias e Silêncios: A Cobertura da SIDA no Diário de Notícias e no Correio da Manhã*, Porto Ed., 2004, pp. 21 e ss., 35 e ss., 91 e ss. Para agentes médicos, em caso de exposição ocasional com infectado a profilaxia (fármacos antiretrovirais) tem de ser iniciada até 72 horas após o contacto com o vírus (também imprecisamente apelidada como *pílula do dia seguinte para HIV*), por razões meramente preventivas já que o período de janela é de várias semanas. O tratamento preventivo decorre durante um mês e possui efeitos secundários significativos, sem garantia de absoluta eficácia. Falo então de uma profilaxia gravemente invasiva e que decorre de um altíssimo grau de risco associado às tarefas próprias do agente médico. Cf. UK National Health Service, in www.nhs.uk/conditions/hiv/pages. Sobre esta matéria impõe-se ainda deixar referenciada a obra de Maria do Céu RUEFF, *O Segredo Médico como Garantia de Não Discriminação: estudo de Caso HIV/SIDA*, Coimbra Ed., Publicações CDBM|FDUC n.º 17 (dissertação de doutoramento), 2009 (ISBN 978-972-32-1765-0), *passim*.

(45) Não posso deixar de registar como curiosidade, ser um pintor recorrentemente *chamado* a ilustrar as capas de muitas das publicações sobre bioética, medicina, direito da medicina, e temas afins. Parecem existir muitas lacunas na biografia e um grande desconhecimento sobre a cronologia do conhecido pintor brabantino (Brabante foi uma região entre a Bélgica e os Países Baixos, cf. DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Ed. Temas e Debates, Lisboa, 2003, Tomo IV, p. 1430, col. dt.^a) Hyeronimus van Aken (Bosch) referenciado como tendo (nascido?) vivido em Bois-le-Duc (1450-1516); contudo, a sua obra é audaz e possui laivos de uma perspectiva *crítica*, plena de grande simbolismo com que dá configuração às *conturbações* do seu tempo (sécs. XV/XVI), cf. NOVA ENCICLOPÉDIA LAROUSSE (NE LAROUSSE), Ed. Círculo de Leitores, 1997, Vol. 4.º, p. 1147. Horst Waldemar JANSON não lhe atribui data de nascimento mas apenas a do decesso, escrevendo: «... pouco se conhece de Bosch, a não ser que ele passou a sua vida na cidade provinciana de Hertogen bosch e que aí morreu, já de idade avançada, em 1516. A sua obra, plena de imagens fantásticas e aparen-

hermética as sucessivas vitórias e derrotas em batalhas de uma guerra sem fim. Com maiores ou menores *domínios* e compreensão, fora das múltiplas patologias contagiosas, associo ainda o cancro a esta sucessão de um Mundo de assombro, medo e magia, que substituindo os conteúdos destes substantivos, acredito renovar-se permanentemente por força de conquistas⁽⁴⁶⁾.

Está bem de ver que aquelas *corrupções* que infestam os ares e propagam a morte — com total desprezo por aspectos civilizacionais, fronteiras, exércitos ou autoridades — conduziram a incipientes formas de organização administrativa, sujeitando os viajantes oriundos de zonas onde se verificasse notícia ou receio de pestilência a isolamento, como servem de exemplo os *lazaretos*⁽⁴⁷⁾. E nos dias que correm os impactos permanecem com total similitude⁽⁴⁸⁾

temente irracionais, mostrou-se tão difícil de interpretar que grande parte dela se mantém indecifrável, a despeito das notáveis análises devidas a recentes investigações. (...)», cf. ID., *História de Arte: Panorama das Artes Plásticas e da Arquitectura da Pré-História à Actualidade*, (trad. J. A. Ferreira de Almeida), Ed. Fundação Calouste Gulbenkian (FCG), Lisboa, 1977, pp. 362 e s.

⁽⁴⁶⁾ O cancro, em termos gerais, consiste em um conjunto de células malignas que derivam de células normais do organismo, geralmente células epiteliais. Um 2.º significado é o de tumor ou neoplasia maligna de tipos vários e que propende para invadir os tecidos vizinhos, *metastizar*, eventualmente, com recidivas se ressecado. Os cancros dividem-se em duas grandes categorias: carcinomas e sarcomas, consoante o tipo celular que os origina e atribuem-se múltiplos factores de génese, cf. Manuel FREITAS E COSTA, *Dicionário de Termos Médicos*, Porto Editora, 2005. O cancro constitui a um tempo uma causa muito significativa de morte em termos estatísticos e fonte de continuada esperança: «metade dos doentes com cancro atinge a remissão a longo prazo e mesmo a *cura*, mediante os tratamentos modernos». Talvez pelo facto de perpassar a imagem de um complexo desarranjo fisiológico e de ter associado um grau elevado de mortalidade acabou por suscitar um *discurso próprio*, algo *guerreiro*, estabelecido entre *vencedores* e *vencidos*, com que o *medo* (dor, alterações físicas, evolução silenciosa, tratamentos invasivos, introspecção, optimismo e pessimismo associados ao êxito e à derrota) justificou esta original linguagem específica e valiosa, como é a elaborada por Susan SONTAG, *A Doença como Metáfora e a Sida e as suas Metáforas*, ed. portuguesa, Quetzal, 2009, pp. 105 e ss., *maxime* 107 ess. (generalizando a todas doenças infecciosas). Por seu turno, o tempo alargado desta doença permitiu uma atenção por parte de intelectuais, como foi o caso de Ruth PICARDIE, *Before I Say Goodbye*, Penguin, Londres, 1998, jornalista inglesa que morreu jovem com um cancro da mama, dando notícia em relato descritivo e reflexivo — como em outras doenças: v.g. José CARDOSO PIRES, *De Profundis, Valsa Lenta*, Ed. D. Quixote, 1997 — que cativa e é profundamente pedagógico; cf. Michael ASHBY, *Cancro*, in AA.VV., *Enciclopédia da Morte e da Arte de Morrer* (coord. Glennys HOWARTH e Oliver LEAMAN), Quimera Ed. para Círculo de Leitores, 2004 (ISBN 972-42-3139-9), pp. 81-84.

⁽⁴⁷⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre esta designação provavelmente oriunda de uma terapia da *quarentena* adoptada em *hospital* nas cercanias da cidade de Veneza em torno dos finais do séc. XIV, na Ilha de S. Lázaro, cf. A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de História da Medicina... cit.*, pp. 255 e s.

ou, de forma mais sofisticada, revelam-se em alarmes sociais perante doenças também actuais, a suscitar até decisões judiciais geradoras de naturais controvérsias⁽⁴⁹⁾.

(48) Será o exemplo do caso da Gripe H5N1, igualmente conhecido como «gripe das aves», que provocou algum pânico e restrições significativas à livre circulação de pessoas em inúmeros países, gerando ainda entre os anos de 2006 a, sensivelmente, 2008, um conjunto de notícias sobre a disponibilidade à OMS de vários milhões de unidades do medicamento conhecido como «Tamiflu», gerando alguma controvérsia sobre os valores envolvidos, as medidas impostas e a eficácia do combate a uma pandemia (*catástrofe anunciada?* Em finais de 2005, David Navarro da ONU advertiu que um surto da doença humana *Influenza*, oriunda da «gripe das aves», poderia aniquilar entre 5 e 150 milhões de pessoas no mundo, o que terá incentivado a produção e comercialização de mais de um bilião de doses no ano seguinte... uma estimativa que terá implicado valores em torno dos 10 biliões de dólares, aniquilando-se qualquer coisa como 200 milhões de aves). Esta matéria poderá ser *visitada* a partir de uma consulta a [www.news-medical.net/.../Bird-Flu\(H5N1\)](http://www.news-medical.net/.../Bird-Flu(H5N1)).

(49) Com referência a Setembro de 2008, o STJ português confirmou a decisão de 2.^a instância que julgou legítimo o despedimento de um cozinheiro infectado com HIV (sublinho que o MP junto do STJ pronunciou-se pela ilicitude do despedimento). As questões que a meu ver merecem ser sublinhadas passam pelos factos de: se ter dado como provado nas instâncias (factos 21.^o e 22.^o) que «O vírus HIV (sic) existe no sangue, na saliva, no suor e nas lágrimas e pode ser transmitido no caso de haver derrame de sangue, saliva suor ou lágrimas sobre alimentos servidos em cru, consumidos por quem tenha na boca, uma ferida mucosa de qualquer espécie (sic)»; e de *prova* sobre a seropositividade ter sido oriunda das informações obtidas em sede de medicina do trabalho, prestadas ao médico da entidade patronal pelo médico do cozinheiro (facto 8.^o e 9.^o; 16.^o e 17.^o). Sobre a notícia cf. www.publico.pt/sociedade («Supremo confirma decisão de dispensa de cozinheiro com HIV», de 02/10/2008) e compulsei o texto do Acórdão de Revista proferido no processo n.^o 3793/07, da 4.^a Secção do STJ, de 24 de Setembro de 2008 (Rel. Mário Manuel PEREIRA). A questão sobre a exigibilidade dos testes de HIV em matéria laboral tinha já merecido o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: n.^o 16/CNCECV/06, formulado em termos restritivos para os casos de perigo concreto resultante do contacto directo com órgãos ou líquidos biológicos humanos; e a emissão de tratamento doutrinário igualmente restritivo sobre este caso concreto (a pedido da Coordenação Nacional para a Infecção VIH/SIDA ao CDBM da FDUC, cf. André Gonçalo DIAS PEREIRA, *Discriminação de um trabalhador portador VIH/SIDA: estudo de um caso*, in *Lex Medicinæ*, Coimbra Ed., Ano 3, n.^o 6 (Julho-Dezembro 2006), pp. 121-135; e por cortesia amiga do Dr. Nuno FERRO, Ilustre Advogado, compulsei quer os textos das decisões judiciais, quer, ainda, um parecer gracioso de Paula LOBATO FARIA, sucinto, mas elucidativo e crítico sobre «o desconhecimento dos modos de transmissão do VIH» por parte dos «nossos decisores judiciais». Sobre a matéria, com profundidade, e relatando casos análogos, cf. por todos, Manuel da COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico — SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Ed., 2004 (ISBN 972-32-1277-3), *passim*, p. 215 (onde expressamente pugna plena primazia da *autonomia* sobre a *heteronomia*, «No sentido de que o médico não deve optar pela revelação arbitrária da seropositividade de uma pessoa antes de esgotar todos os meios de convencer o paciente a comunicar o facto...»), e pp. 222 e s., onde relata caso análogo decidido pela jurisprudência alemã. Sobre a questão, com muito interesse e divulgando relevante doutrina e jurisprudência, cf. Paula QUINTAS, *Os Direitos de Personalidade No Código de Trabalho...* *cit.*, pp. 296-307, onde se pronuncia, entre o mais, e ao contrário de Paula MEIRA LOURENÇO,

O mesmo é dizer — insisto — que as afecções psicofísicas não são exclusivas do foro individual do paciente. Elas constituem uma convivência diária mercê dos ecos que todos recebemos e que nos afligem. De qualquer modo, independentemente das suas nítidas projecções globais e da ontogenia em que redundou — e redundará — a parcela de que se ocupa a medicina propriamente dita, seja para debelar desvios, incómodos, dores, seja para tentar recuperar ou atingir as melhores condições individuais e colectivas de bem-estar, seja tão simplesmente para prevenir ou atalhar os desaires em que o demais do que implica o caleidoscópio da saúde envolve, seja para tentar recolocar o paciente em um estado prévio, ou aproximadamente, ao que era o do seu *percurso pela vida* antes de se *queixar*.

I. § 6.º O cuidado: uma perspectiva relacional

O que parece oferecer-se em comum é uma vetusta similitude *comunicacional*, uma sequela inevitável dos *exercícios* das viagens humanas tanto mais *perigosa* quanto mais *arriscada*, e tanto mais assim quanto se acelera vertiginosamente a tessitura mundial em redes e proximidades. Os itinerários terrenos, tal como os marítimos e os aéreos, transportam pessoas, mercadorias e conhecimentos mil... e perigos e riscos, de verificação mais do que proporcional segundo afirma Ulrich Beck^(5º). De toda a forma, por entre o que seja o risco como resultado da intervenção humana, da sua vontade, e o perigo oriundo dos circunstancialismos exógenos, parece ser indesmentível uma propensão para um determinismo invasivo daqueles em relação a estes: uma invasão humana, portanto; destino em que se mostram algo convergentes: a vulnerabilidade individual e a fragilidade existencial? Duas realidades que se afiguram fulcrais no campo da biomedicina, ou apenas uma, consoante se

Os deveres de informação no contrato de trabalho, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XLIV (XVII da 2.ª série), n.º s 1 e 2 (Janeiro – Junho de 2003), sobre a faculdade de o trabalhador guardar reserva sobre informações de saúde, mais concretamente se a doença em nada afectar a integridade físico-psíquica de terceiros, como seja a comunicação de que padece de foro cancerígeno ou de Alzheimer. Concordo inteiramente com aquela A.; o foro da vida íntima e o da vida privada encontram-se fora do âmbito de um dever de informação, sempre que, caso a caso, não se apure a intrusão em esfera físico-psíquica alheia, que não, obviamente, na esfera patrimonial onde a informação poderá toda a relevância mas merece-me evidente compressão.

(5º) Cf. Ulrich BECK, *La Sociedad del Riesgo Mundial: en busca de la seguridad perdida*, Ed. Paidós, Barcelona, 2008, *passim*.

atenha a coexistência, a coincidência de significados para suscitar o que de ético impõe regulação ao cuidado que vise superar a fragilidade⁽⁵¹⁾. O escopo do cuidado é a cura, a diminuição do sofrimento, a devolução de um bem-estar possível ou o seu incremento, mas, mesmo antes dessa cura, logo o cuidado se mostra como forma de superarmos a incompletude que em tudo nos afecta, desde a concepção ao *depósito* após a morte. As regras para a saúde passam pelo cuidado, é certo, mas aqui interessa pensá-las de forma muito específica, como matérias a ter em conta, essenciais para a imposição de uma necessidade regulamentar que se demarca juridicamente da multiplicidade disciplinar e que tem lugar cativo na integração que mostra já a tessitura do Direito da Medicina. Uma realidade que se serve do que se deve e do que se pode pedir, mas que fica titubeante perante uma *gaiola* contratual, porque decorre de necessidades volúveis: plena de uma respeitável vontade móbil: afinal uma das suas características que mais me impressiona, como o tema destas páginas demonstra. A Medicina é *arte*: possui uma imaterialidade própria da prestação indefinível que é sempre criativa. Emissão directa da dignidade que explica e se explica no humano, unge-se como invólucro protector, epiderme de um mistério em que a singularidade do homem se manifesta, seja em termos fisiológicos, seja em termos de vontade no que lhe é essencial: até ao nascimento, daqui à comunicação e à autonomia básica e do equilíbrio possível, benévolo; daí por diante até ao fim, onde ainda perdurará o que sobra pela memória do traço.

Se é verdade que a medicina não encontra nada mais sofisticado a que recorrer do que a *linguagem* contratual após o consentimento — e por isso re-

(51) A expressão «sociedade de risco» é aqui usada como síntese das inúmeras expressões coevas dos finais das leituras sobre a consciencialização dos momentos de «viragens», de «fracturas», etc., muito características do último quartel o século passado e que se desenvolvem até aos dias de hoje (sociedade de massas; pós-industrial; do desaparecimento; do vazio; do espúrio, entre outras designações conceptuais). Refiro-me às designações e ao pensamento de múltiplos autores como Niklas Luhmann; Breuer; Vieira de Andrade, José de Faria Costa, Giddens; Lipowetsky; Fukuyama, sem esgotar. Sobre esta matéria, por evidente economia e pela forma superlativa como se encontra sintetizada e criticamente abordada, recolho-me em João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.*, I, pp. 38-74, *maxime* 39-54, para onde remeto em vista de uma organização e desenvolvimentos. Preocupo-me ainda em sublinhar a separação, por confronto com a aparente convergência dos conceitos subjacentes, a fragilidade e a vulnerabilidade; aquela pontualmente da preferência de João LOUREIRO, quando utilizada para circunscrever uma característica inequivocamente comum a todos os seres humanos, ao invés do que se encontra menos preciso na expressão usada por Habermas, que melhor lhe parece designar uma «fragilidade acrescida»... (cf. nota 161, a p. 49).

duz-se —, não é o contrato que funda ou exprime a essência da *relação* (constitutiva, modificativa e extintiva) além do que é padronizável por ser análogo; e muito menos a garante, pois é revogável — e drasticamente, se tiver de o ser — a todo o tempo. É que, de modo divergente da perspectiva clássica do contrato, que é projecção do consentimento fundante, por regra sinalagmático, a estruturação constitutiva da relação médica com o paciente é a superação da recusa: seja pela análise das interrogações do paciente, seja pelas propostas de indagação e do projecto de acção do agente médico. O consentimento surge e vai-se reiterando após o que seja contratual e fica destinado a sustentar o procedimento. Está em causa a permanente protecção da esfera do ser humano (logo em projecto concepional assim é; no legado da dignidade do carácter do falecido permanece). O que funda aquilo que parece ser — e é — a matéria contratual é a superação da recusa⁽⁵²⁾. O que lhe permite afastar os demais, a todo o tempo, sem peias, por uma honra muitíssimo mais imperativa do que aquela a que o contrato presta homenagem: o cumprimento assiste ao profissional de saúde e na medida do que lhe seja possível, da *arte* viável. A recusa acompanha toda a relação e, com um clique, retoma ou molda o que há a moldar segundo a correspondente (ir)racionalidade. Contrato? Sim! Porque não? Se lhe quiserem chamar assim, será contrato, contudo, apenas com a *servidão* bastante — quando não nenhuma — para tentar certificar se pode existir *prestação* e se esta foi conforme ou desconforme. As *leges artis medecinae* existem como parâmetros para uma actuação *entre a criatividade e a técnica* para todos os seres humanos; as *leges artis (ad hoc)*, para o ser humano concreto. Para actuar carece o profissional de saúde de consentimento do ser humano concreto, seja expresso, seja representado, seja conjecturado por si: se desrespeitar a recusa será responsável, com uma responsabilidade que entendo dever ser *punitiva*, a que acresce a mensurabilidade dos danos concretos que ocorrerem logo pela adequação com aquele primeiro requisito — sem necessidade portanto de lograr encontrar o manufactor responsável concreto. O Direito da Medicina necessita de alfaiate, não lhe basta *pronto-a-vestir*: assim acontece com o contrato; como com a responsabilidade que lhe suscitam. A relação médico-

(52) Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *A Estrutura jurídica do acto médico... cit. (2.ª ed.)*, p. 63: «... o dever do médico de não praticar actos clínicos sobre uma certa pessoa nasce e existe antes de qualquer contacto individual com o doente concreto, antes de ser esboçada qualquer relação contratual.».

medicamentosa deve ser feita *à medida*. Na responsabilidade penal, ver-se-á que a originalidade do legislador português afastou no art. 150.º as consequências da livre disponibilidade físico-psíquica pela manifestação da vontade; e no art. 157.º adicionou-lhe a protecção da liberdade prévia violada (ainda que com sucesso beneficente)... Uma solução que dá muito que pensar. A responsabilidade civil não está ainda, todavia, formatada em Portugal para esta realidade *sui generis*. Percebe-se bem quanto terá de funcionar em serviço hospitalar — público ou privado, pouco importa — sem constrações contratuais, sem culpa adequada que não a da constatação de falha de *serviço* que não seria em absoluto suposto acontecer e causou dano, que deverá dar azo a ressarcimento... Se assim é, então a responsabilidade decorrente da medicina privada, pura e dura — pouco invasiva quando não entre em Hospital —, é *aposta* de altíssimo risco; se não for mudada. Caindo no contrato, aumenta a *parada*: a álea pode correr contra ambas as partes e estará na disponibilidade da oferta e da procura: ao paciente porque está perante um desvio concreto, subjectivado em um profissional e na sua equipa; e ao profissional de saúde — e sua equipa — porque está no mercado, logo pode beneficiar-se e arriscar o compromisso muito mais perto das sequelas de uma obrigação de resultado a que se aproxima adstringindo-se, querendo, ou afastando-a expressamente, não a querendo. Será livre de aceitar ou não a responsabilidade análoga à que deve existir no Hospital: não era suposto que o implante mamário fosse rejeitado, mas foi: *sibi imputet*, conforme contratado, seja nos termos da *esfera da proposta contratual geral da* estrutura empresarial que é oxigénio do contrato, ou da específica alínea que constará do *clausulado* próprio e das consequentes prestações (ainda assim livremente revogáveis pelo paciente). Do que se não livra é das actuações acessórias próprias da terapia que a intenção de *empreitada* desencadeou e que se situam no reduto das *leges artis*. *Negociado* o implante pode redundar o acto médico em ablação integral e urgente pela desagradável surpresa de um tumor *ruim*, que *desvia* a cosmética.

Capítulo II. Aproximação histórica

Existe um momento onde situar o início da realidade que é a de cuidar dos outros? Pois entre a natalidade e a sofisticação laparoscópica existe um espaço largo. Como disse, para nascer, para crescer, para viver e para morrer exigem-se cuidados e entreaajuda. É uma tarefa de cuidado permanente onde avulta uma actuação vigilante. Será, pois, na necessidade humana de cuidar e na entreaajuda, com os respectivos sinais que a sociabilidade deixou indelevelmente no trilho da existência da humanidade, que coloco as indicações. A entreaajuda é semente de organização, e esta de uma importante perspectiva da eficácia das regras de conduta.

A prestação de cuidados constitui uma primeva, natural e benfazeja panaceia para as insuficiências fisiológicas e psíquicas, afinal: raiz da medicina. A incompletude humana basta para ilustrar a sua própria ontologia. Como ensina Fernando SAVATER, trata-se da nossa «neotenia»:

«(...) Tiraram-nos do forno evolutivo muito cedo, estamos a meia cozedura... Envelheceremos sem nunca perder totalmente o nosso ar de simples esboço, de apontamento inacabado, a nossa essencial adolescência. (...) Embora mal dotados (...) estamos providos do instrumento mais apto para improvisar e inventar perante as urgências do real. O cérebro é o órgão específico de *acção...*»⁽⁵³⁾

Posto isto, busco os sinais, mais não seja para apurar de onde venho... Pois quanto a estes não deixarei de sublinhar a evidência da generalização de uma prática com aquela intenção *médica* de ser coeva dos alvares civilizacionais da humanidade — refiro-me aqui ao final do período neolítico⁽⁵⁴⁾ —, existin-

⁽⁵³⁾ Cf. Fernando SAVATER, *A Coragem de Escolher* («O núcleo essencial de tudo o que escrevi»), (tradução de Carlos Aboim de Brito), Ed. Dom Quixote, Lisboa, 2004 (ISBN 972-20-2649-6), p. 21.

⁽⁵⁴⁾ A escolha do período neolítico, pese embora toda a genérica imprecisão inerente, decorre do seguinte: trata-se de um período que, *grosso modo*, os autores situam em *um arco* largo de tempo que surge em torno do décimo milénio a.C. e coincide com a tendencial sedentarização do ser humano e com a sua progressiva aculturação e domínio das *ciências*: agricultura, pastorícia, dos materiais (progressivamente: pedra, cerâmica, tração animal, tecelagem), das várias aplicações do fogo, da urbanização, do comércio, etc. até ao impulso provocado pela Era dos metais (Idade do Bronze), que, situando-se em torno do IV milénio, aproxima-se igualmente da *Era da escrita*, em que parece consensual ser referenciada a sucessão entre a pré-história e a história, e daqui se prossegue para as primeiras cidades-estados com as respectivas organizações político-administrativas. Para a China, existem analogias evolutivas apontadas a 1800 a.C., senão mesmo a períodos anteriores a 2000 a.C. (Dinastia Xia), em comunidades onde se verificaria o domínio da escrita, mas em papel, o que justificará a perda de referências materiais que seriam de enorme utilidade para com-

do indícios materiais sobre o exercício de cuidados humanos cirúrgicos com os seus semelhantes e, da mesma sorte, sobre a respectiva regulação⁽⁵⁵⁾, o

preender a que se supõe poder ser a *civilização mais antiga*, cf. *Grande História Universal*, vol. II, *O Neolítico; A Era dos Metais*, AA.VV.: Mercedes Cano HERRERA; Teresa Chapa BRUNET; Germán DELIBES DE CASTRO; J. A. Moure ROBANILLO; M.^a Angeles QUEROL; Manuel Santonja GÓMEZ; Coord. relativa à edição portuguesa: Maria Helena TRINDADE LOPES, Ediclube, 2006, pp. 5 e ss. e 75 e ss; *Atlas Histórico: da Pré-História aos Nossos Dias*, Pierre VIDAL-NAQUET e Jacques BERTIN, (ed. orig. Hachette, Paris, 1987: *Le Grand Livre de L'Histoire du Monde — Atlas Historique*), Edicultura, 1990, pp. 7, 20 e s., e 24-41; Caroline BLUNDEN e Mark ELVIN, *China: Gigante Milenário*, Col. Grandes Culturas e Civilizações, Círculo de Leitores, 1992, pp. 50-58. Existe uma lenda, associada a um Imperador que terá governado o Império em torno de 213 a.C., (Qin) Shihuangdi, a quem é atribuída uma aversão à História, pelo que teria ordenado a destruição de todos os livros existentes uma vez que, convicto de que governava o universo, a pretendeu reescrever com registos duráveis, em pedra, cf. http://www.britishmuseum.org/_explore/themes/leaders_and_rulers/qin_shihuangdi.aspx (pp.1-4) e E. H. GOMBRICH, *Uma pequena história... cit.*, pp. 101 e ss. O engenho da guerra entre os povos, movida pelos interesses, a coberto das necessidades e com recurso aos mais diversos meios de dominação científica da natureza, constitui premissa intermédia notória. A preocupação com o Direito passa a ser notória, como se verá adiante, tão logo aparecem os primeiros textos *mesopotâmicos* a que me referirei *infra*.

⁽⁵⁵⁾ Aproveito-me dos ensinamentos de A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de História da Medicina...cit.*, pp. 15 e ss., onde dá conta de remontar ao neolítico (tardio) a existência de evidências em vários países europeus, tal como na cultura Inca, do Peru, de intervenções cirúrgicas efectuadas em crânios: as trepanações (de acordo com a NE LAROUSSE ... *cit.*, Vol. 22.^o, p. 6778, col. dt.^a, trata-se de uma abertura feita em um osso com um trépano, i.e., um instrumento metálico cortante para a inserção no osso e respectiva fissuração). A explicação — atendendo a práticas mais recentes verificadas em comunidades distantes, como sejam nas Ilhas do Pacífico Sul, etc. — para estes fenómenos seria a da libertação de «espíritos malignos». Todavia, as trepanações parecem ter sido *comuns*, com intenção terapêutica deliberada, referenciada em Hipócrates, por exemplo, para agressões cranianas, cf. HYPOCRATTES, *Works: On Injuries to the Head*, Ed. The Perfect Library, 1849 (trad. Francis Adams), *e-book Amazon* (ASIN: BOOF8EBCK), loc. 4067-4296, §§ 20 e 21, loc. 4280. Outro A. também indica ser prática comum, mas fútil (como as sangrias, não considerando a doação de sangue), prosseguindo até ao séc. XVIII, como indica Renato Marcos Endrizzi SABBATINI, *Fazendo Buracos no Crânio: Psicocirurgia de antigamente?*, in www.cerebromente.org.br/no2/historia/trepan_p.htm. Também com referência à primeira metade do terceiro milénio a.C., na Mesopotâmia (Acadiana), existem reminiscências documentais sobre a *arte* (mágica) da medicina, exercida por médicos (*asû*), cf. Jean BOTTÉRO, *A Magia e a Medicina Reinam na Babilónia*, in AA.VV., *As Doenças têm História* (org. Jacques Le Goff), Terramar, Lisboa, 1985, pp. 11-36. A utilização deste tipo de instrumentos encontra-se ainda registada no designado *Código de Hammurabi*, nos §§ 215.^o a 217.^o, de onde retiro o seguinte: «Se um médico trata alguém de uma chaga grave com o punção de bronze e o cura, ou se elle abre com o punção de bronze a belida — *mancha branca que se forma na córnea do olho e turva a vista*, cf. GDLP: t, II; p. 308, col. esq.^a — de alguém e salva seu olho, elle receberá 10 *sicles* de prata.»; reduzindo-se nos 4§ seguintes a indemnização consoante o estatuto social do visado, até ao escravo, para 5 e 2 *sicles*, respectivamente... Usei aqui a tradução portuguesa da obra, de Eduardo ALVES DE SÁ, *Código das Leis (Direito Privado) de Hammurabi: Rei da Babilónia*, Lisboa, 1903, p. 51 (da Livraria do Dr. Vicente Rodrigues Monteiro: Biblioteca Nacional); para mais desenvolvimentos, cf. as notas seguintes.

que decorre do facto de se tropeçar em registos⁽⁵⁶⁾ que descendem e se misturam pela necessidade sentida em registar o direito consuetudinário, que já tinha alimentado as primeiras *tábuas legais* e cuja antiguidade remonta a cerca de mais 3 mil anos a.C.⁽⁵⁷⁾. Estes primeiros textos legais de que existe

Em outra tradução, alude-se prudentemente a uma intervenção oftalmológica menos sofisticada para a época; assim mantém a expressão académica e escreve: «a abertura do *nakkaptum* com um *escapelo de bronze*», Emanuel BOUZON, com referência à tradução alemã de W. von Soden e à ulterior versão inglesa, opta pela probabilidade de a expressão designar «o arco acima da sobancelha»: cf. Emanuel BOUZON, *o Código de Hammurabi*, Ed. Vozes, Petrópolis, (4.^a ed.) 1987, p. 188, 2.^o § e nota 762 aos §§ 215.^o a 217.^o.

(⁵⁶) Federico Lara PEINADO avança que os textos mais antigos de Shutuppak, que reporta aos fins do 4.^o milénio a.C., mostram-se exclusivamente em matéria económica, pelo que não os esmiuça ou transcreve; muito embora pressupondo actos e relações com carácter jurídico, não revelam mais do que um quotidiano pleno da juridicidade que veio a ser materializada nos milénios seguintes no Direito vigente nos territórios da Mesopotâmia, tal como nos periféricos daquele Mundo Antigo: Egipto, Síria, Anatólia, Elam, Israel, cf. ID., *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 1992, *Estudo Preliminar*, p. XI. Creio, todavia, ser importante realçar o seguinte: indica este A., por entre uma *infinidade* de tábuas (referenciadas à III Dinastia de Ur: 2111 a.C. em diante) que nos confrontam com realidades jurídicas (compra e venda de pessoas, repúdios, ruptura de noivados, responsabilidades, sanções, preços, indemnizações, etc.), constituírem muitas delas as *ditilhas*, i.e., notícias escritas sobre resolução de litígios concretos ou «assuntos jurídicos ultimados»: sentenças, pois. Estas sentenças revelam, por um lado, enorme actividade judicial em cada uma das cidades-estado, e, por outro, uma vontade em uniformizar os valores *normativos* vigentes, comuns. De todo em todo possuem já aspectos próprios de identificação com laivos de actualidade (sempre segundo as *autoridades* citada pelo A.), a saber: «*Los ditilla, en su brevedad expositiva y perfecto tecnicismo, constam de cuatro apartados: exposición del asunto, considerandos, certificados del tribunal y fecha*», cf. ID., *ibid.*, XXII. A jurisprudência aqui revelada, como parece ser já *fonte de Direito*, indicia com forte probabilidade antecedentes próprios de um costume que se pretende ver registado para memória futura, *em vista de certeza e segurança*.

(⁵⁷) Os primeiros registos escritos com *carácter jurídico* de que existe notícia possuem igualmente equivalentes em colecções de prognósticos e diagnósticos médicos, e, segundo Emanuel BOUZON: *Lei, Ciência e Ideologia na Composição dos Códigos Legais Cuneiformes*, pp-1-27, in www.fl.ul.pt, integram o conjunto da «literatura científica da escola paleobabilónica» que são datadas a partir do 3.^o milénio a.C. com relevo para as *Leis de Ur-Namma* (língua suméria; existindo AA. que o apelidam de Nammu), Rei da III dinastia de Ur (2111/2-1094 a.C.) que terá feito «...brilhar as leis justas de Utu e fez reinar as decisões de justiça» — «...entre estas pocas leyes pueden deducirse determinadas circunstancias socio-económicas en los inicios de la III Dinastia de Ur, entre las que cabe señalar la práctica ususal de brujería (que hubo de ser cortada por ley)...» (o sublinhado pertence-me); o apelidado *Código de Lipit-Istar* (também em língua suméria), *tábuas* situadas pelos assiriólogos entre 1934-1924 a.C.); as *Leis do Reino de Eshnunna*, igualmente datadas para os anos de 1815-1787 a.C. (língua arcadiana), e, pouco após, o *Código de Hammurabi*, estela cuja datação é apontada em roda de 1753 a.C. (língua arcadiana). Sem esgotar outra *documentação* coeva. Remeto para a inúmera doutrina produzida sobre a matéria que parece mostrar consenso sobre, no mínimo, um carácter de juridicidade decorrente do repositório consuetudinário anterior que alimentou uma normatividade extraída de precedentes jurisprudenciais, a influenciar as sentenças

conhecimento revelam preocupações de organização, protecção, estatuto sobre a família, as suas relações, a sucessão, a propriedade (incluindo a da família e dos escravos), obrigações, superação de litígios, penalidades; e administração em geral, que a sedentarização acarretou por força. Pois mercê destes *condimentos estruturais* e a da respectiva multiplicação documental que se lhe segue, parece poder afirmar-se, por ora, que se situam na mentalidade cultural ⁽⁵⁸⁾ suméria e sumita, na Mesopotâmia (enquanto plataforma de convergência e fonte de outros impérios), em torno de 3500 anos a.C., as primeiras manifestações *físicas* sobre a construção de uma História do Direito ⁽⁵⁹⁾ que, por força de uma linha que quero sublinhar, dará azo às sucessivas

reais sobre casos análogos aos da casuística relatada nos sucessivos parágrafos das *Tábuas/Códigos*. Abundância doutrinária decorre ainda dos estudos produzidos para os *Encontros Assiriológicos Internacionais* que se vão realizando anualmente, tendo-se verificado o 59.º *Rencontre Assyriologique Internationale*, exactamente sobre o tema geral: *Law and (Dis)Order of the Ancient NearEast*, na Universidade de Ghent, Bélgica, entre 15-19 de Julho de 2013, cf. www.ra159.ugent.be. Para compulsar os textos, cf. Manuel MOLINA, advertindo que aos aludidos quatro se podem acrescentar outros três: as *Leis Assírias*, as *Leis Neobabilónicas*, em língua acadiana, e as *Leis Hititas*, em língua hitita, referindo que os *sete documentos* apresentam suficientes aspectos comuns para serem agrupados em um *género literário* (no qual poderiam — «*haveria*» de, segundo o mesmo A. — ser incluídos textos da Bíblia: *Êxodo: 21.2-22.6; Deuterónimo: 21.5-25.11*; e, por fim, as *XII Tábuas Romanas*, cf. a tradução de Manuel MOLINA, *La ley más antigua. Textos legales sumerios*. Trotta Ed., Madrid, 2000, pp. 17, 35, 49 e ss., 67 e ss., 84 e ss., e 104 e ss. Sobre o *Código de Hammurabi* não me inibo de referir aqui que a estela mostra 282 §§ contendo ditames de conduta sobre obrigações e penalidades, e, usualmente, sequelas para o respectivo desrespeito: entre estes, oito §§ (215 a 223 §§) foram dedicados à medicina, reservando até a perda da mão como penalidade para o médico cujo desempenho desastroso provocasse a morte de um membro (que se toma por pertencer a uma classe elevada: os *awilum*), cf. § 218, cf. J. A. ESPERANÇA PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, 2.ª ed., Lidel Ed., Lisboa, 1998, pp. 21 e ss.. Em sentido similar, ponderadas as variações das traduções: Federico Lara PEINADO, *Código de Hammurabi... cit.*, anexo: Código, p. 35.

⁽⁵⁸⁾ A expressão civilização, tal como a de cultura, quanto às primeiras comunidades sumérias e sumitas são tidas como inexactas por ausência de fontes que permitam avançar além das virtudes da escrita e da organização; neste sentido, Joaquín SANMARTIN alerta para «...ser mais sensato, em termos científicos, falar de dados transmitidos em língua suméria e em língua sumita, ou em ambas as línguas...», sem cuidar de preocupações sobre parâmetros étnicos e culturais que não se revelam firmes, cf. Joaquín SANMARTIN, *Códigos legales de tradición babilónica*, Trotta, ed. da Universidade de Barcelona, 1999, pp. 20 e s.

⁽⁵⁹⁾ Este sentido primevo encontra apoio em variadíssimos estudos sobre a matéria que dão comum indicação dos desenvolvimentos em torno das futuras cidades-estado na Mesopotâmia, a partir de Uruk, Ur, Eridu, Umma, Girsu, Isin e Nippur, Lagas, (4.ª milénio) da organização político-administrativa e da invenção suméria da escrita, com a proliferação dos modelos em causa e o *estado de guerra* de que resulta a edificação dos primeiro impérios, como será o da dinastia de Acad (2335-2154), e dos que se seguem, refundindo, cf. des-de logo, neste sentido, Federico Lara PEINADO, *Código de Hammurabi... cit.*, *Estudio Prelimi-*

fases civilizacionais em relação à qual, mais de 5000 anos após, permanecem reconhecíveis influências atávicas ao nível da Família, da filiação, das figuras contratuais, da responsabilidade civil, etc., pelo Mundo inteiro.

Como ensina Joaquín SANMARTIN:

«En Mesopotamia, como en Roma o en Egipto, el ordene es una obsesión; lo peculiar, en este caso, es que el orden trasciende al ámbito moral para convertirse en una categoría ontológica; es el ser encontraposition a lo que no es, el caos. Desde finales del IV milenio la única preocupación de la ciencia mesopotámica es ordenar lo existente y catalogarlo en listas interminables de nombres de cosas (...) Incluso la ruina económica, la descalificación social, el dolor, la enfermedad y la muerte a destiempo —máximas expresiones de lo que nosotros llamaríamos desorden— tienen en la teoría babilónica un lugar para ser y una razón de ser. No son desordenes ontológicas, sino —en una expresión de coherencia metafísica— manifestaciones exquisitas del orden: son síntomas de una rotura puramente episódica del orden.»⁽⁶⁰⁾

Com efeito, estou convencido pertencerem aos sucessivos equilíbrios os próprios desequilíbrios axiológicos das condutas sociais, inerentes ao decurso dos tempos e dos jogos evolutivos das comunidades e das suas movimentações. São os esforços contrários que produzem afirmações com densidades específicas de bens sociais que reclamam a aplicação de sanções. A junção das duas realidades, avanço, foi construindo Direito(s).

Acredito ter sido exactamente a necessidade de protecção que terá conduzido o afortunado e imperial Hammurabi (1792-1750 a.C.) a sofisticar a normatividade existente (herdada do costume de dois milénios contados sensivelmente ao seu tempo) e, à luz da sua própria idiosincrasia, a consagrar em uma Estela um *código*. Este, independentemente das controvérsias que gera em seu torno, sobre se configura um corpo normativo ou um elenco de súmulas jurisprudenciais, etc., parece reunir consenso sobre a respectiva elevada importância e qualidade; foi fonte de inúmeras cópias descobertas em documentos da época (tábuas de argila) e acabou disseminado pelo Império e pelos Impérios que se seguiram. Continha o propósito de Hammurabi, sob a *autoridade* do Deus Marduk, mas como sua voz *filial*, de proclamar para a sua estátua de «Rei da Equidade» a função de protecção do *oprimido* a quem exorta que leia e analise os ditames escritos naquela estela para o esclareci-

nar, p. XIV; e também Manuel MOLINA, *La ley más antigua. Textos legales sumerios... cit.*, pp. 10 e ss.; e ainda Emanuel BOUZON, *Uma Coleção de Direito Babilónico Pré-Hammurabiano: Leis do reino de Eshnunna*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2001, pp 36 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Cf. Joaquín SANMARTIN, *Códigos legales de tradición babilónica... cit.*, pp. 37 e s.

mento e solução dos litígios ou simplesmente dos problemas, de modo a que o próprio pleiteante ou interessado entenda a sentença⁽⁶¹⁾.

A preocupação que aqui me interessa evidenciar abriga-se na comum expressão da reposição dos equilíbrios, social e individual. Para tanto é mister acautelar quem esteja diminuído, potencialmente «mais fraco»,

Seja para o Direito, seja para a Medicina, os terrenos estão ainda pejados de tutelas divinas, de inspiração metafísica, que seguem até à política. Desde onde a memória nos auxilia o raciocínio, confortando o que parece notório: as roturas, quando não se devem às negligências humanas — ou à sua maldade —, como as indicações recolhidas do vetusto *Código de Hammurabi* preceituam logo neste campo da medicina, ficam entaladas entre as forças religiosas de deuses e demónios, entre protectores e inimigos.

A influência mística em que assentou a construção de um Direito foi resultando da fronteira traçada pela evolução dos conhecimentos, e do contínuo renovar do desenho das necessidades e da escolha e hierarquização da relevância dos bens sociais:

«A sociedade — e é em sociedade que vivemos desde tempos que se perdem no tempo —, ou quem nela tinha o poder de decidir e estabelecer, ditou desde os primórdios princípios e regras variáveis, sem dúvida, e em função de diversos factores, mas sempre tidos como condições de existência da própria ideia de comunidade e da sua subsistência enquanto tal»⁽⁶²⁾.

O que entendo dever destacar é o facto de aquelas primeiras manifestações jurídicas da normatividade babilónica sobre os efeitos dos danos resultantes da actividade médica desvendarem já manifestações dos desvios ao regime da retaliação pura (de Talião). Fora o caso único em que o médico *perdia a mão* (quando na actuação a *perdia também*), os demais tinham como retaliação uma prestação indemnizatória em dinheiro⁽⁶³⁾. E esta *novidade* — este pródrómo — é importante, pois a nossa preciosa doutrina situa mais de um milénio após — com a Lei das XII Tábuas (cerca de 450 a.C.) —, o *renascimento* do processo de *diluição* da vindicta privada do ofendido (ou da famí-

⁽⁶¹⁾ Parafraseado do *Epílogo* da Estela de Hammurabi; inspiração com estribo nas naturais diferenças encontradas nas versões compulsadas; assim, sem esgotar, basto-me em: Emanuel BOUZON, o *Código de Hammurabi*, Ed. Vozes, Petrópolis, (4.^a ed.) 1987, pp. 222 e ss.; Federico Lara PEINADO, *Código de Hammurabi... cit.*, pp. 42 e ss.; e Joaquín SANMARTIN, *Códigos legales de tradición babilónica... cit.*, pp. 84 e 149 e ss.

⁽⁶²⁾ Cf. Nuno de SALTER CID, *Comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Col. Teses, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 19-31 (citei de pp. 30-31).

⁽⁶³⁾ Cf. *supra* as notas (17 e ss.) e texto sobre o apelidado *Código de Hammurabi*.

lia) sobre o agressor, permitindo as significativas alterações ulteriores; como ensina Eduardo VERA-CRUZ PINTO:

«(...) a aplicação de penas pecuniárias para os crimes, considerados menos graves constituíram uma das traves mestras de desenvolvimento de um direito penal privado, assente no preço do prejuízo causado pelo delito.»

E, quanto ao direito privado, afirma o mesmo Professor:

«(...) a mais importante norma de direito privado, positivada para o futuro desenvolvimento do *ius Romanum* foi a disciplina jurídica da obrigação, desmaterializando o vínculo que ligava o credor ao devedor. Assim, a *obligatio* deixa de ser tratada como uma ligação material efectiva, mesmo carnal, entre as partes, passando a ser um vínculo ideal, fictício, entre credor e devedor, estruturado em torno de um sujeito que está obrigado a um *dare*, *prestare* ou *facere*, face a outro sujeito, conectando assim os dois actores da relação subjacente.»⁽⁶⁴⁾

Também os nossos ilustres penalistas ensinam ter sido com o Direito romano que se processa o abandono de um conceito moral de culpa e que se dá azo ao início de «um conceito de culpa individual»⁽⁶⁵⁾. O mesmo é dizer que o Direito, o Direito Penal, neste aspecto, cinde logo nesta *esquina* o seu percurso mágico conjunto com a medicina no que concerne ao apuramento dos desvios responsabilizáveis, pois, como entendo explicar FIGUEIREDO DIAS:

«(...) não mais serão os deuses e o destino o fundamento da responsabilidade, mas o homem e a sua má conduta, fruto de uma má decisão prosseguida com vontade consciente.»⁽⁶⁶⁾

E, ao menos por alguns tempos, assim terá acontecido de forma mais evidente.

Convenho com Gilbert Hottois: as visitas às reminiscências conhecidas — mesmo que abreviadas ou meramente tópicas, acrescento eu por força da *economia* deste trabalho — podem ser essenciais, pois é por aqui que se projectam as compreensões do futuro. É com esses factos em mão, e a uso, que

⁽⁶⁴⁾ Cf. Eduardo VERA-CRUZ PINTO, *Introdução*, in Fernanda CARRILHO: *A Lei das XII Tábuas*, Almedina, 2008, pp. 16 e ss. Sobre a *Lei das XII Tábuas* ou *Lex Duodecim Tabularum*, em termos sumários mas elucidativos acerca da influência definitiva na vida *prática jurídica* de todo o Império Romano, como primeira lei escrita, cf. ID., *ibid.*, pp. 5-22.

⁽⁶⁵⁾ Sigo de perto neste trecho e nas referências o estudo de Helena MONIZ, *Agravação pelo Resultado?: Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado.*, Coimbra Ed., 2009, pp. 18 e ss. (ISBN 978-972-32-1742-1), para onde remeto os desenvolvimentos que a curiosidade provoque e sublinho a valiosa bibliografia coligida e analisada.

⁽⁶⁶⁾ Cf. Jorge FIGUEIREDO DIAS, *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, Coimbra, 1961, p. 6 e s.

um bom cálculo de probabilidades pode ser levado a eito com favoráveis consequências. Sinto que sem esta representação temporal (tão alargada e forçosamente imprecisa por isso), desaparece o elo fulcral de explicação do sentido com que se foram transfigurando os valores, e, munido de tão grandes distâncias — com a vasta visão de cerca de 6 milénios — a imprevisibilidade própria do futuro (mais não seja, para a medicina, por força da imprevisibilidade ingénita às tecnociências) queda algo aplacada como fonte de angústias⁽⁶⁷⁾. E recordada a surpresa sobre a consciência da sofisticação das práticas de antanho (conjecturando o tempo percorrido e situando-me no que seria o quotidiano das épocas), fico com um sentimento perfeitamente análogo ao espreitar o futuro, e assumo a perplexidade que brota dessa mesma curiosidade de quem, diariamente, continua a ver a prática solidária de actos de cuidado qualificáveis como actos médicos⁽⁶⁸⁾, desde o comprimido sugerido, à prática alvitrada, à ferida que se desinfecta e atrapa; e retomo o *fio*.

II. § 1. A explicação de um *Sacerdócio*: mister próprio de segredos e de especializações

Muitos outros factores não-de ter sido fonte de estupefacção para o homem. Tudo o que não revela explicação inteligível propende para ser rapidamente despachado para o campo místico de uma suspensão transcendental, eventualmente explicativa. Será pois de aceitar que, especialmente até à generalização da postura científica, no prolongado caminho que se seguiu, o ser humano se abandonasse ao instinto, à magia, à religião ou ao mero empirismo⁽⁶⁹⁾, ao sentir-se zargo para a compreensão das causas dos problemas e

⁽⁶⁷⁾ Cf. Gilbert HOTTOIS, *O Paradigma Bioético: Uma ética para a tecnociência*, Col. Novas Tecnologias, Ed. Salamandra, Lisboa, 1992, pp. 57-68.

⁽⁶⁸⁾ Cf. Mary LINDEMANN, *Medicina y Sociedad... cit.*, pp. 264 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Sigo de perto neste aspecto A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de História da Medicina...* cit., pp. 20 e ss., dando, porém, diferente ordem aos *tipos de medicina pré-científica* por força de uma hierarquia que me parece natural. Tomo o instinto como mera reacção (lavar, aquecer, enxaguar, etc.); concordo que existem diferenças entre o mago e o sacerdote: pretende este a protecção divina, de que se assume intermediário, ao passo que aquele se *impõe*, querendo substituir a divindade, querendo mudar o curso dos acontecimentos. É convenho que o empirismo redunde em repetição pura de procedimentos sem análise de causa. Por fim, tenho da mesma sorte a convicção de que ainda nos dias de hoje — com infelicidade — muitos são os (des)iludidos que batem ao ferrolho de «bruxos, astrólogos, nigromantes, quiromantes, radiestesistas e quejandos...», cf. ID., *ibid.*, p. 23.

dos sofrimentos e correspondentes explicações enquanto fenómenos naturais. Estes fenómenos, uma vez apreendidos e circunscritos, passam a ser desejavelmente domesticados mercê dos conhecimentos científicos disponíveis e tecnologicamente aplicáveis em cada época. E eis a gema da medicina científica: a ponte da perseverança entre o possível e o desejado na epopeia humana.

A arte da medicina terá desde sempre aspirado ao próprio domínio da vida, seja para a prolongar, seja para moldar o corpo humano de sorte a transformá-lo no que de melhor a mecânica fisiológica (desenvolvimento muscular e progressivo melhoramento) intuitivamente demonstrou ser eficaz. E se os pré-socráticos, como Alcmeón, da Escola Pitagórica, possuem já um ponto de vista médico em que constataam a necessidade da procura de *equilíbrio*, parece que a este A. se atribuem singularidades decorrentes de um entendimento entre o que seja antagónico, que não especifica os clássicos pares, mas uma visão generalizada do que virão a ser os desequilíbrios de causas externas ou dos humores internos⁽⁷⁰⁾. Disto mesmo se compreende a notícia que Aristóteles dá a seu discípulo, Alexandre o Magno, para organizar e guardar o seu corpo, o mesmo é dizer, a dietética, que igualmente *prescreve* Hipócrates «não para curar, mas permitir que a natureza...» o faça⁽⁷¹⁾. Tal como a inteli-

(70) Sobre este aspecto, segui de perto, para onde remeto ulteriores desenvolvimentos, G. S. KIRK e J. E. RAVEN, *Os Filósofos Pré-Socráticos*, (trad. no trecho aqui em referência de Beatriz Rodrigues Barbosa), Ed. FCG, Lisboa, 1979 (v. *in fine*), pp. 235-239, de onde reproduzo o seguinte parágrafo (cf. nota 286): «*Alcmeón sustenta que a base da saúde está no equilíbrio entre os poderes húmido e seco, frio e quente, amargo e doce, e os restantes, ao passo que a supremacia de um deles é a causa da doença; pois a supremacia de qualquer deles é destruidora. A doença provém directamente do excesso de calor ou de frio, e, indirectamente, da fartura ou da insuficiência da alimentação; e localiza-se no sangue, ou no tutano ou no cérebro. Ela surge por vezes nestes lugares devido a causas externas, como humidade de qualquer espécie, ou meio ambiente, ou exaustão, ou provações, ou causas semelhantes. A saúde é, por outro lado, a mistura proporcionada de qualidades.*». Com localização entre o Séc. V e VI a.C. parece notável a influência que estes textos mostram mais tarde nos ensinamentos — pulando, designadamente, Diógenes (cf. ID., *ibid.*, pp. 443-445 e 460) — Aristotélicos (de quem provem a notícia sobre o que se sabe do A.), Hipocráticos e Galénicos.

(71) Cf. Carmen SÁNCHEZ TÉLLEZ, *Códice Zabálburu de Medicina Medieval*, Ed. Nuevo Siglo, Universidad de Alcalá, 1997: *Sobre el régimen*, pp. 32-36, onde transcreve as prescrições do Mestre ao «Grande Rei» e que incidem sobre a prática de exercício, sobre a higiene, a alimentação, o vestuário, chegando aos odores e aspectos recomendáveis sobre boa disposição e outros fisiológicos variados, como a actividade sexual, etc. Da mesma sorte, com referência a Hipócrates, cf. A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de Medicina... cit.*, pp. 64 e s. Todavia, como investigou e fundamenta Maria do Céu RUEFF, em rigor, os inúmeros tratados que foram vencendo a barreira do tempo até nós, e que são conhecidos como *Corpus hipocrático*, «são todos anónimos». Para mais desenvolvimentos, incluindo em relação ao

gência, senão o instinto, ordena o depósito de alimentos em época de fartura para fornecer perante o período de escassez, também a prudência manda que o estado fisiológico permaneça em harmonia, consoante a melhor força de cada idade, pois cedo se terá compreendido que tanto preserva o corpo humano, tal como o exercício melhora o desempenho muscular.

Será esta terapia (também preventiva) uma constante ao longo dos séculos, a ponto de presidir até a sucessivas vagas de modas e, eventualmente, poder acabar por transformar-se em dever jurídico de *primeira água* ⁽⁷²⁾, tão mais viabilizado socialmente quanto a escassez de recursos acabrunhe o esbanjamento da *arte*. E daqui mesmo resultam reflexões que, adiante já, tentarei formular acerca de certas intervenções cujas razões terapêuticas não são facilmente detectáveis, pois não parecem prementes, mas podem ser relacionar-se com a melhoria do estado físico-psíquico (retardar o fenecimento; favorecer o funcionamento fisiológico; aumentar a auto-estima, etc.). E a esta realidade, com laivos modernos e pós modernos, assume importância no quotidiano, seja no âmbito de uma *visão da era do fútil* ou de simples modelos de egoísmo, ou de medidas com impactos múltiplos de natureza social e de bem-estar; tudo com abordagem cuja pertinência deve ser afluída adiante ⁽⁷³⁾. De qualquer modo, inserido aqui o excursão, sempre acrescento outra reflexão que se impõe ser autonomizada e que se mostra já nos terrenos de fronteira a que conduz uma perspectiva com laivos economicistas, consistente no levemente afluído facto de podermos perspectivar a reinvenção do mecanicismo do corpo humano integrado em estruturas alargadas de produção *ex-machina*; quero dizer: o corpo humano pode ser melhorado, investi-

que segue em texto, remetendo para os AA., bibliografia e síntese analítica concretizada, cf. ID., *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação. Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra Ed., Ed. CDBM|FDUC, n.º 17, 2009 (ISBN 978-972-32-1765-0), pp. 37-64. Não obstante, continuarei a referir-me a Hipócrates no que lhe for atribuído.

⁽⁷²⁾ Para esclarecer o sentido e alcance que quero dar a esta frase, exemplifico-a aqui muito restritamente com as alterações (entre bom-senso, usos, costumes e, por fim, proibições), que os últimos vinte a trinta anos disseminaram sobre o consumo de tabaco.

⁽⁷³⁾ Sobre o assunto, cf. Gilles LIPOVETSKY, *A Era do Vazio: Ensaio sobre o Individualismo Contemporâneo*, (prefácio de Manuel Maria Carrilho), Ed. 70, Lisboa, 2013, de onde, a pp. 55 e s. retiro o seguinte excerto elucidativo: «...o corpo deve ser cuidado, amado, exibido; já nada tem a ver com a máquina. A sedução alarga o ser-sujeito atribuindo ao corpo outrora oculto uma dignidade e uma integridade novas: nudismo, seios nus, são os sintomas espetaculares desta mutação através da qual o corpo se torna pessoa a respeitar.»

gado, prescindido por substituição⁽⁷⁴⁾. E, por fim, em termos mais simplistas, mas com tons cinzentos, situa-se a medicina do trabalho e a respectiva e forçosa concordância com o primado da personalidade⁽⁷⁵⁾. Mas neste último cadinho, não esquecerei a lição de um dos grandes Mestres de Coimbra, Manuel da Costa Andrade que, em análise comparativa, mostra para os contornos do direito penal *uma abertura de janela em sistema*, com algum optimismo, invocando para o efeito a referência sobre um sucessivo actualismo apontado pela socióloga Uwe Schimank⁽⁷⁶⁾, e que a temática que prossigo

(74) Este parece ser o enunciado iluminado por Stephen UTLLEY, *Technology and the Welfare State: The development of health care in Britain and America*, Ed. Unwin Hyman, Londres, 1991, pp. 28 e ss., no âmbito do desempenho que as descobertas tecnológicas no campo de saúde implicam em matéria política, para a teleologia dos Estados Sociais, nos seus vários estágios de desenvolvimento. Trata-se de uma leitura nada inocente e valiosa para as cautelas inerentes a neo-Taylorismos; fica a interrogação genérica de uma mais-valia sócio económica, uma vez ponderada a «reparação» físico-psíquica do ser humano que é, ou vai ser, um trabalhador contributivo de um sistema alargado: mas quando deixar de o ser...

(75) Sem prejuízo de retomar o tema e a obra, cf. Paula QUINTAS, *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado — Direitos (Des)Figurados*, Ed. Almedina (Col. Teses), 2013, pp. 295-309.

(76) Esta perspectiva merece a seguinte citação de Uwe SCHIMANK (*Social Welk*, 1985, pp. 447 e ss.: *Funktionaler Differenzierung und reflexiver Subjektivismus. Zum Entsprechungsverhältnis von Gesellschafts- und Identitätsform*), recolhida em Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Ed., 1991, (ISBN 972-32-0438-X), pp. 107 e s., nota 206: «A autora procura, desde logo, contrariar as representações dominantes, correspondentes às primeiras reflexões motivadas pelo advento da modernidade e que apontam invariavelmente para a dissolução da individualidade pessoal no contexto da sociedade moderna. Este é, com efeito, o sentido em que converge toda uma plétora de expressões: desde as clássicas ideias de *alienação* e *anomia*, ao *medo da liberdade* (FROMM), *the lonely crowd* (RIESMAN) o *fim do indivíduo* (HORKHEIMAR), *the homeless mind* (BERGER/KELLNER). Ora, sustenta a autora, os factos não condizem com esta atitude nem com a «teoria» que a suporta. O que se passa é apenas que cada formação social traz consigo as suas formas de identidade. Se, por exemplo, na Idade Média prevalecia uma «identidade material-teológica», a moderna sociedade, funcionalmente diferenciada, faz emergir uma identidade caracterizada pelo *subjectivismo reflexivo*.» e traduzindo em seguida as próprias expressões da A., prossegue: «A forma de identidade da Idade Média estava estruturada segundo referências exteriores (*remdreferentiell strukturiert*). A reflexão biográfica nunca colocava a pessoa sobre um terreno de um nada sem suportes: para todos os problemas de condução individual da vida encontrava-se sempre uma resposta clara na palavra de Deus, interpretada pela Igreja» (*op. cit.*, p. 449). Não é menos estabilizada nem menos consistente a identidade mediatizada pela sociedade moderna: «uma construção autoreferente de identidade» (pág. 462. sobre o tema LUHMANN, *Soziale Welt*, 1985, pág. 402 e segs.)). Verdade. Mas verdade é igualmente que as palavras mediatizadas funcionam hodiernamente — em rigor desde a modernidade — em feixe que perpassa as múltiplas perplexidades das comunidades, deixando de serem respostas que habilitam o mecanismo invocado de uma referencial análogo ao da palavra medieval de uma religião que sossegava inquietudes até às fronteiras da guerra com as demais comunidades religiosas de influência. As várias respostas possíveis pro-

reencontrará precedentemente em Orlando de Carvalho, no reconhecimento do *poder jurisgénico* do indivíduo e da pessoa⁽⁷⁷⁾.

Os aspectos mágicos não deixaram de fazer curso a par da busca da inteligibilidade das causas naturais e do entendimento sobre as actuações e administrações que pareciam dar bons resultados. Será por esta última razão que a qualificação científica do exercício da arte se associa aos tempos primevos tão-logo se assume, com a filosofia, com o interesse e estudo comuns sobre os princípios da ciência da natureza⁽⁷⁸⁾.

II. § 2.º A afirmação da medicina e o encontro com a ética⁽⁷⁹⁾

Eis um confronto muito interessante de que é usual apontar um marco comum à Medicina e ao Direito: o séc. V a.C. e o *Corpo Hipocrático*. Estamos perante o que já foi apelidado como a *Declaração de Independência da Medicina*⁽⁸⁰⁾, independência que chega inclusive à afirmação de estar Hipócrates convencido de ser:

blematizam, relativizam e interpenetram-se. Acresce portanto um problema à solução proposta do problema.

⁽⁷⁷⁾ A feliz expressão *poder jurisgénico* individual, que encerra um riquíssimo conceito que urge não deixar cair em esquecimento mas reiterar, abarca exactamente a esfera dos poderes individuais que não carece de ser conferido pela autoridade ou poder público pois é inata ao ser humano. O reconhecimento do poder e respectivo reflexo, e protecção jurídica, decorre, outro sim, da impossibilidade de cindir o indivíduo da sua esfera específica sem o reificar — intolerabilidade — e do reconhecimento que é este poder jurídico que estrutura e viabiliza a organização dos interesses, seja em termos relacionais com os demais, seja com os bens por via das necessidades atendíveis. Voltarei necessariamente ao assunto, acompanhado pelo mentor, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral da Relação Jurídica... cit.*, p. 93.

⁽⁷⁸⁾ Cf. ARISTÓTELES, *Parva Naturalia. Dos sentidos e dos objectos sensíveis*, apud A. TAVARES DE SOUSA, *Curso... cit.*, p. 38, onde cita: «Pode dizer-se que a maior parte dos filósofos da natureza e aqueles médicos que têm um interesse científico na sua arte têm isto de comum: os primeiros terminam estudando a Medicina e os outros baseiam as teorias médicas sobre os princípios da ciência da natureza.»

⁽⁷⁹⁾ Refiro-me aqui à feliz imagem de sintonia da cura como escopo simultaneamente jurídico e médico avançado por José de FARIA COSTA, *Em redor da Noção de Acto Médico*, in *As Novas Questões em Torno da vida e da Morte... cit.*, pp. 380 s.: «o acto médico e o acto jurídico têm igual estrutura onto-antropológica.»

⁽⁸⁰⁾ A expressão tem a *paternidade* do historiador Erwin ACKERNECHT, in *The History of Psychosomatic Medicine. Psychological Medicine*, 12, pp. 17-24, apud Joaquim da CRUZ REIS, *O Sorriso Hipocrático: A integração biopsicossocial dos processos de saúde e doença*, Ed. Vega, Lisboa, 1988, pp. 26 e ss., onde afirma expressamente que a partir do pensamento do «pai da medicina» esta «... afastou-se do misticismo e do endeusamento e baseou-se na ob-

«(...) apenas através da medicina que chegaremos a alguns conhecimentos positivos sobre a natureza humana, mas com a condição de abranger a própria medicina em sua verdadeira generalidade. Do contrário, parece-me que estaremos bem longe de tais conhecimentos, quero dizer, de saber o que é o homem, por que razões subsiste e tudo o mais.»⁽⁸¹⁾

Pugnando pela actualidade desta acção médica enquanto *força e fragilidade*, supõe-se-lhe um horizonte humano (das coisas humanas) que não apenas da natureza, e, naquele, um conjunto de limites em que a confluência se afasta definitivamente o que seja do reino *do acaso* ou do *irracional*. O confronto — melhor será assumir como complemento — situa-se outrossim entre a *álea* e o *ensejo*, ou, recorrendo às autoridades, entre a *tyché* e a *técnhé*⁽⁸²⁾. A medicina visa todos os carentes, mas nem a todos chega, nem a todos cura, e para alguns a resolução dos padecimentos ocorre por mero acaso ou fortuna. É o domínio da *tyché*. O que sucede é que uma má prática, um mau exercício da arte — da *técnhé*⁽⁸³⁾ — não redundava por regra em solução; pelo contrário,

servação objectiva e no raciocínio dedutivo.». Sobre o assunto, de forma menos efusiva, i.e., mais prudente, mostra-se A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de História... cit.*, pp. 56 e ss., que lhe atribui a louvável *individualização* da medicina face à filosofia (à ciência) propriamente dita (também pela singela razão de que a filosofia — epistême — redundava em certezas, ao passo que na medicina a repetição de procedimentos não dá os mesmos resultados), centrando-se antes no homem e na prática de uma atitude de observação com estrutura empírica, onde a apreensão do conjunto de factores que hão-de constituir causa viabilizam *prognósticos*. Nesta sequência extraio uma enunciativa aceitação de uma necessária relação inquisitiva com o paciente, mas não mais do que isso, invocando o A. em causa, a pretexto, Pain Lain ENTRALGO; com efeito, este último A., para a relação hipocrática entre o médico e o paciente, in *La Curación por la Palabra en la Antigüedad Clásica*, Antrophos, Barcelona, 1987, pp. 175 e ss., aceita o interrogatório e a prescrição (conselhos ao doente sobre os melhores meios para afastar a doença), acata por via dos prognósticos a palavra enquanto mecanismo de prestígio, mas afasta o efeito persuasivo do discurso retórico da *metodologia hipocrática*. No mesmo sentido interpreta Paulo TUNHAS igualmente ENTRALGO, cf. ID., *Hipócrates e o Pensamento da Passagem*, in AA.VV., *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa Couto Soares), Ed. Colibri, Col. Fórum de Ideias, 1999, pp. 11-61, *máxime* pp. 53 e s. Já em sentido contrário cf. Maria José VAZ PINTO, *A Arte da Medicina como Cura da Doença e Recuperação da Saúde*, in AA.VV., *Hipócrates e a Arte... cit.*, em referência, onde afirma: «Curiosamente, a reputação do médico dependia em grande parte dos discursos feitos à cabeceira do doente, tendo ocasião de exibir, para lá dos seus conhecimentos científicos, os seus dotes retóricos» (cf. ID., *ibid.*, p. 128, nota 19).

⁽⁸¹⁾ Cf. HIPÓCRATES, *Grandeza e miséria dos sistemas da medicina*, § 8.º, in *Conhecer, Cuidar Amar: O Juramento e Outros Textos* (Apresentação e notas de Jean SALEM), Ed. Landy, 2002, pp. 36 e s.

⁽⁸²⁾ Cf. Maria Luísa Couto SOARES, *O 'Triângulo Hipocrático'. Notas sobre o Estatuto da Medicina*, in AA.VV., *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa Couto Soares), Ed. Colibri, Col. Fórum de Ideias, 1999, pp. 63-89, *máx.* 68 e ss.74 e s.; 85 e ss..

⁽⁸³⁾ Sobre as gradações que a expressão *técne* assume, cf., entre outros, na sua *apologia da arte de curar*, Hans-Georg GADAMER, *O Mistério da Saúde, o mistério da Saúde e a Arte da*

torna-se infausta. *Téchné* tem um significado denso, complexo; algo que se situa entre o movimento e a técnica, resultante de uma prática a que não é estranho o engenho — sem repudiar integralmente a ciência: *epistême* —, acabando por se explicar na expressão simples, mas feliz, de *saber-fazer*. Um saber-fazer a que se associa a *ciência do cálculo*. Partindo, com o rigor possível, da observação clínica — *oklinomai*: estar à cabeceira do doente —, o médico processa a interpretação dos sintomas à luz dos precedentes conhecimentos, do raciocínio, mercê de observações metódicas, tudo registando, para comparar e iluminar a memória futura⁽⁸⁴⁾. E como assim sucede, então torna-se imperioso — igualmente racional — emprestar espessura aos comportamentos a que deve ater-se, i.e., a um reduto ético, a atitudes e a valores próprios da actividade: como fazer, o que esperar, o que dizer, pedir, inquirir, etc. O compromisso do médico decorre assim explicado pelo que antecede: deixar o feitiço como fonte e destino da sabedoria possível da medicina e procurar-lhe causa, explicação e actuação, tudo adequado tendencialmente a uma solução esperada. Então, como cristalinamente mostra Manuel Silvério Marques, a medicina passa a «constituir um saber escolar e escolarizado — um *studium generale* — do ser humano», tanto mais importante e digno quanto o facto de se tratar de conhecimento vizinho de paroxismos críticos: sofrimento, crise, incapacidades, morte, etc. Fica inteligível que o *pacto* que gera transcende forçosamente os intervenientes, ou retomando o Autor:

«(...) uma fala solene, um rito iniciático, marca uma singularidade da tradição médica hipocrática: a sujeição da prática à palavra dada: um juramento foi o umbigo simbólico que ligou os valores formadores da *téchné iatriché* durante 2500 anos.»⁽⁸⁵⁾

Concluo, pois, estar para além de um contrato, mais do que a consecução de uma promessa de alguém que se dedica a um indivíduo para lhe facultar observação, cuidados e diagnóstico. Detecto a protecção de um interesse que, sendo individual naquele paciente, redundava de uma generalização que o juramento adstringe para uma comunidade. Esta abstracção e esta generalida-

Medicina, (trad. António Hall), Ed. 70, Lisboa, 1997, pp. 39-49, referindo-se igualmente ao equilíbrio em Hipócrates e, magistralmente, à arte persuasiva da retórica em Platão para o exercício da medicina.

⁽⁸⁴⁾ Cf. HIPÓCRATES, *Conhecer, Cuidar... cit.*, Cap. V, pp. 125-158; HYPOCRATTES, *Works: The Book of Prognostics*, Ed. The Perfect Library, 1849 (trad. Francis Adams), e-book Amazon (ASIN: BOOF8EBCK), loc. 5769-6048.

⁽⁸⁵⁾ Cf. Manuel Silvério MARQUES, *O Umbigo Simbólico — notas partidas do Juramento Hipocrático*, in AA.VV., *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa Couto Soares), Ed. Colibri, Col. Forum de Ideias, 1999, pp. 91 e s.

de possuem a componente ética, que os dois princípios fulcrais de fazer o bem e arredar a prática do mal (beneficência e não maleficência) moldam a par do segredo de quem ouve, uma isonomia perante uma incerteza individualizada: de um lado a doença a combater, sem desviar a atenção do outro lado: o da afecção específica no afectado que se quer recuperar ⁽⁸⁶⁾.

Por aqui se entende então que Hipócrates possa ter afirmado:

«E antes do mais, vou definir o que é, quanto a mim, a medicina. É libertar completamente os doentes dos seus sofrimentos ou amortecer a violência das doenças, e não tratar dos doentes que se encontram vencidos pelas doenças, sabendo que a medicina pode tudo isso.»⁽⁸⁷⁾

Esta acentuação na doença por objectivação da afecção mais ampla na saúde, enquanto sublimação do paciente que pretende encontrar o estatuto da sua regularidade, do seu equilíbrio prévio, é, também para Hans-Georg Gadamer, o objectivo por excelência do tratamento médico, se bem que a arte de curar visa cuidar igualmente a convalescença e a saúde ⁽⁸⁸⁾. Já a última frase permite raciocinar, senão em termos comunitários a impor limitação aos esforços, com segurança em termos individuais: aquele que se *deseja* vencido pela sua *doença*, senão convencido do contrário, possui já o poder de facto de *ser deixado aos ditames da sua liberdade opcional*. Mas isto abre portas para outras problematizações. Por ora, cabe manter uma coerência cronológica, e, neste sentido, o objectivo passa a ser o de devolver ao enfermo o *poder sobre*

⁽⁸⁶⁾ Pois este *balanço*, este equilíbrio, que parece decorrer como panaceia ideal para combater o obscuro que parece resultar de uma individualização das doenças na individualidade dos doentes é motivo de reflexão, tanto mais aguda, quanto será de ponderar que os médicos eram verdadeiros enciclopédicos, dedicando-se a inúmeras actividades, como se realizassem uma mediação entre os vários conhecimentos: cf. logo as páginas introdutórias da tese de Manuel Silvério MARQUES, *A Medicina Enquanto Ciência do Indivíduo*, Dissertação de Doutoramento apresentada na FMUL, 2002, com especial relevo para os textos que cita. A universalidade da doença recebe uma humilde convicção sobre a conveniência de um inventário, de uma confrontação com *precedentes*, para evitar o erro até onde seja possível. Cf. ainda ID., *ibid.*, p. 136.

⁽⁸⁷⁾ *Apud* Maria José VAZ PINTO, *A Arte Médica como cura da doença e recuperação da saúde*, in AA.VV., *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa COUTO SOARES), Ed. Colibri, Col. Forum de Ideias, 1999, pp. 123 e ss.. Trata-se de uma citação de Hipócrates, *Sobre a Arte*, III, 2. A A. afirma ter cruzado várias obras de AA. reputados que cita, para a redacção deste magnífico trabalho, a saber: Jacques JOUANNA, *Hippocrate*, Tomo V, 1.^a parte — *Des Vents* — *De l'Art*, ed. biligue, Paris, Les Belles Lettres, 1988; Maria Dolores LARA NAVA, *Sobre La Ciência Médica*, in *Tratados Hipócraticos I*, Ed. Gretos, Madrid, 1983; W.H.S. JONES, *The Art*, in *Hippocrates II*, Cambridge/Massachusetts, Harvard Univ. Press, Londres, 1981; Maria del Águila HERMOSÍN, *Sobre el Arte*, Alianza Ed., Madrid, 1996.

⁽⁸⁸⁾ Cf. Hans-Georg GADAMER, *O Mistério da Saúde*, in *O Cuidado... cit.* pp. 101-111.

o próprio corpo e a saúde da alma⁽⁸⁹⁾ por força dos exercícios impenetráveis que rondam ainda as revelações divinas ou um profundo — mas esotérico — conhecimento do corpo, algo que o homem comum toma por fantástico, exista ou não empírico racionalismo misturado no processo.

Condimentos, afinal, adequados para conferir religiosidade à própria medicina e tomar por sacerdote o sábio — ou o curandeiro⁽⁹⁰⁾ — que domina essas intervenções⁽⁹¹⁾. E assim se prosseguiram os exercícios meio entregues

⁽⁸⁹⁾ Cf. Manuel Silvério MARQUES, *O Espelho declinado: Natureza e Legitimação do Acto Médico*, Ed. Colibri, Col. Fórum de Ideias, 1999, pp. 56 e ss.; Philippe ARIÈS, *O Homem perante a morte*, I, *cit.*, p. 22. Este A. associa para o período medieval, neste trecho com brilhante síntese, a aceitação da morte com a inevitabilidade do singelo observador (seja religioso ou laico) como uma relação de domínio. Neste sentido, padre, bruxo ou curandeiro ombreiam na «Unção do Graal», dando efeito deliberado à causa com que se confrontam. É o sentido que emprego aqui.

⁽⁹⁰⁾ A existência de homens ou mulheres «de virtude» cuja habilidade para lograrem atingir a cura é reconhecida, será posteriormente uma primeira constante paralela à afirmação da medicina *encartada* e descambará no charlatanismo, cf., entre outros, Joaquín SANMARTÍN, *Códigos legales de tradición babilónica... cit.*, p. 38; ou para a Idade média, incluindo a portuguesa, cf. Iria GONÇALVES, *Imagens do Mundo Medieval*, Ed. Livros Horizonte, 1988, pp. 9 e ss. Este investigador detectou nos Arquivos Nacionais da Torre do Tombo (ANTT): Chancelaria de D. Afonso IV, livro 4, fls. 24 v.º) uma epístola de El-Rei D. Afonso IV, datada de 22 de Fevereiro de 1338, em que o monarca dava alforria para o exercício das profissões de físico e de cirurgião a Mestre Domingues, de Viseu, avançando justificação de disposição régia nesse sentido, que não foi possível detectar. Prestando homenagem à descoberta inédita de Iria Gonçalves, e, com o intuito de a divulgar, também pela curiosidade e ineditismo luso, atrevo-me a reproduzir o texto que este investigador trouxe à luz:

«Sabede que eu pera arredar dano das Jentes das mhas terras veendo e consirrando como muytos se faziam físicos e meestres e Celorgiãaes e botecairos e obrauam destes offiçosem nasdictasmhas terras nom auendo ele sçiençias nem sabedorias para obrar delas. E pera esquiar os danos, que de taaes mestres poderiam aas gentesdasmhas terras recreçer. Per esta razommandey na mha cidade de lixboa fazer Eyxaminaçom a todos aqueles que em essa Cidade. Obrauam destes offiçios a qual eysaminaçommandey fazer a mestre affonso e a mestre Gonçalo, meus físicos que eumandey que fossem eysaminadores de todos aqueles que nos meus Reynos destes offizios quissem obrar» (*sic*), cf. ID., *ibid.*, pp. 11 e 24, nota n.º 6.

Também referindo a notícia e citando a obra — sem reproduzir o trecho *supra* — e para outros desenvolvimentos mais gerais, cf. Germano de SOUSA, *História da Medicina Portuguesa durante a Expansão*, Col. Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2013, pp. 16 e ss.

⁽⁹¹⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O fim da «arte silenciosa»...cit.*, para entender as modificações com que foram sendo vistos os médicos e as referências bibliográficas; cf. ainda Mário Monteiro PEREIRA, *História da Medicina Contemporânea... cit.*, I e II vols. Para os sécs. XVIII e XIX, em Portugal, cf. Jorge CRESPO, que cita um anónimo, de onde extraímos o seguinte trecho de anónimo: «*Sustos da Vida nos perigos da cura... Lisboa, 1758*: Ninguém póde duvidar ser a Medicina huma arte Divina, e para credito da sua excellencia basta ser exercitada Christo [*sic*] (...) e Deos pela boca do Espirito Santo nos manda honrar muito os bons, e verdadeiros professores desta sciencia (...)», Cf. ID., *A História do Corpo... cit.*, pp. 91

ao destino e ao estado de desenvolvimento científico em cada uma das épocas, e existirão ainda hoje no mundo muitos milhões de pessoas para quem a medicina não passa do que era em esse tempo: um mistério insondável do destino.

II. § 3.º A persistência dos mistérios

Actualmente os mistérios são outros, como se verá, e o problema continua ironicamente a colocar-se sobre os limites em que se podem ou devem sondar os destinos das pessoas. Reservo parcialmente a questão para diante, mas parece-me conveniente dar aqui a perspectiva enciclopédica de Georges Duby quanto ao mundo ocidental em torno do primeiro milénio da nossa era, até por contraposição com as analogias — *un parallèle legitime?* — que encontra com os *medos* conjugados no segundo milénio, seja quanto à miséria e à fome, ao receio do outro, das epidemias, da violência, seja quanto à incerteza sobre o dia seguinte. Postas as divergências sobre os sucessivos ciclos de evolução, é no reduto do registo histórico de um posicionamento que perspectiva a morte, enquanto transporte natural para outras realidades transcendentais, que o Autor aponta diferenças. A vontade de registar a realidade do que surge como notável ao correr dos dias por parte dos detentores do monopólio cultural religioso de então (em guerra) e o registo científico de hoje (em guerra), ambos apostados em expandir-se, em expandir-se sempre⁽⁹²⁾.

e ss. Ainda sobre este aspecto, cf. Mary LINDEMANN, *Medicina e Sociedade no Início da Europa Moderna*, (trad. Carlos Vieira Reis) Ed. Replicação, 2002, pp. 206 e ss.; cf. ainda Ruth R. FADEN, *et al.*, in AA.VV., *A History and Theory of Informed Consent... cit.*, pp. 60-64.

⁽⁹²⁾ Cf. Georges DUBY, *An 1000 an 2000: sur les traces de nous peurs*, Ed. Textuel, Paris, 1995 (ISBN 2-909317-10-02), oferece nesta obra uma visão comparativa notável, pela amplitude e escolha dos temas em que confronta, no fundo, realidades análogas. Entre ciclos de miséria e fome e progressos tímidos, entre a doença/pecado dos anos mil e o pecado/doença da aproximação do terceiro milénio, a visão estrutural de um modelo ocidental oferece-se inevitável como o impulsionar que estabeleceu os contornos do Mundo, com respostas sucessivamente adaptáveis e adaptadas às questões de sempre sobre sobrevivência, dor, saúde e morte. É uma evolução feita de esquizofrenias, entre os receios dos estranhos, cujas línguas, costumes, doenças, etc. não se compreendem; invasores que ganham ou perdem os confrontos, mas, ganhando acabam por adquirir uma parte significativa dos modelos de comportamento dos vencidos ocidentais. A similitude que um milénio transporta entre as comunidades ocidentais de antanho (influenciadas pelas anteriores a que me referi) com, por exemplo, algumas das africanas de hoje, não deixam de impressionar fortemente, cf. pp. 13-21, 23 e ss., 49 e ss., 77 e ss., 97 e ss., 121 e ss.

Dando passos de gigante ⁽⁹³⁾, a queda do Império Romano, enquanto enormíssimo espaço geográfico-político — que, centrando-se no Mediterrâneo, foi ocupando durante um milénio o espaço meridional e ocidental da Europa, do Norte de África e da Ásia Menor —, provoca vagas de sucessivas reorganizações, verdadeiras *reconstruções* com uma matriz mais acentuada do Império ou, ao menos, aqui e ali inspiradas por aquele modelo: entre as civilizações emergentes — algumas bastante retalhadas, é certo — pontificaram o império bizantino greco-cristão; o mundo árabe-islâmico; e o ocidente latino-cristão. Mas, repito, fora a excepção menos nítida da civilização árabe, as demais pedem *empréstimos* a nível jurídico, cultural, técnico e económico aos fulgores institucionais do antigo império romano. Em torno de 1100 o Ocidente faz renascer o *Corpus iuris civilis* de Justiniano, i.e., com excepção da Bizâncio do séc. VI, reata-se e difunde-se nas Universidades europeias o estudo, a análise, os comentários, de um único texto, ora neo-romano, que ressuscita uma tradição jurídica milenar em um processo de renascimento que, com excepção dos territórios russos e turcos, vai provocar uma uniformização acelerada a nível jurídico a partir do séc. XII e que seguirá até ao iluminismo do séc. XVIII. Esse Direito erudito comum foi exactamente denominado «*ius commune*».

«Além do direito antigo, a filosofia grega (Aristóteles) e a ciência greco-árabe (medicina, física, matemática) foram descobertas, traduzidas, comentadas. A autoridade do ensino antigo era absoluta; o que as Sagradas Escrituras eram para a teologia, Aristóteles era para a filosofia, Galeno para a anatomia, e o *Corpus iuris* para o direito.» (...) «Em todas as Universidades, da Polónia a Portugal, da Escócia à Sicília, o ensino era em latim e as obras básicas eram as mesmas e as qualificações eram reconhecidas em todos os países.» ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹³⁾ Prossigo nesta parte mais perto de Raoul Charles van CAENEGEM, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado* (trad. Carlos Eduardo Lima Machado), Martins Fontes Ed., São Paulo, 2.ª ed., 2000 (ISBN 85-336-1176-5), pp. 22 e ss.43 e ss., máx. 67 e ss.

⁽⁹⁴⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 67; 108 e s. Não será pior, todavia, precisar que «sob o ponto de vista histórico Justiniano (527-565) já não pertence à história de Roma, mas à de Bizâncio». A divisão do Império entre Ocidente e Oriente ocorre pelo ano de 395, persistindo o Império do Ocidente até 476 e o do Oriente até 1453. O que é pretendido sublinhar é que o processo de uniformização do *Corpus iuris civilis*, de Justiniano, teve o condão de marcar historicamente um cunho do *ius romanum* que projecta esta época com referência a Roma, associando-se-lhe de modo a que esta se revelasse; cf. Sebastião CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I – *Introdução*. Fontes, 4.ª ed., Coimbra, 1984, pp. 35 e ss, 51, 58 e 442 e ss.). Para além disto, a difusão do *Corpus iuris civilis*, com as suas glosas, reformas, etc., não apenas foram aplicadas em Roma entre 554 e 568, como se expandiram ressuscitadas no mundo ocidental, a partir de Itália, no séc. XI; neste sentido, cf. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1996, pp. 205 e ss., e Ruy de ALBUQUERQUE e

Não farei correr um tinteiro sobre o período da educação médica, designada como eminentemente *escolástica*, que perdurou por entre a Idade Média e o dealbar do Iluminismo, sensivelmente do Séc. XII (Bolonha, Graciano: *Concordia discordantium canonum*⁹⁵) ao séc. XVIII. Posso resumir que o vetusto esforço greco-romano-árabe redundou fundamentalmente na transformação das antigas «escolas» na rede de universidades europeias: mormente italianas, francesas, ibéricas e inglesas, onde se formaram os médicos da Europa. Foi uma primeira feliz estruturação de instituições, pois permitiu, em língua comum, formatar a transmissão de conhecimentos. Por entre vantagens e defeitos, as vias universitárias percorreram as comunidades transversalmente e transformaram-se em poiso onde uma comunidade ecléctica e *letrada* pôde uniformizar e divulgar as transcrições, acrescentando em glosa algo mais. A aprendizagem era eminentemente discursiva, assentava sobre os textos antigos de influência Hipocrática e Galénica. O que sobrava estava entregue às disseções de cadáveres⁽⁹⁶⁾. Ilustrativo do que antecede é a opinião de TAVARES DE SOUSA:

«A obra de GALENO representa o *termo da medicina da Antiguidade*, mas não o início de uma nova era. É um ‘fecho de abóboda’, ou se se preferir, uma ‘abóboda completa’, não uma ‘pedra angular’:/ No decurso dos quinze séculos seguintes, GALENO será, quer se queira ou não, uma *presença obrigatória*. Copiado, traduzido, comentado, invocado por todos os autores subsequentes, venerado como autoridade inapelável, também será (como nenhum outro) deformado, mal compreendido nos seus erros e nos seus merecimentos e por fim atacado com ou sem razão./Quando a medicina passou a ser ensinada nas Universidades, os seus textos foram a ‘trave mestra’ do ensino, textos fundamentais, lidos, glosados e repisados nas aulas de gerações sucessivas.»⁽⁹⁷⁾

Os tempos ditaram, mercê das investigações médicas e da natural *política de saúde*, inúmeros exemplos precursores da designada «arte de aperfeiçoar a espécie humana». Especialmente como projecto metódico, como imperativo com carácter científico e social, este desígnio aparece perfeitamente teorizado

Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português– I Volume (1140-1415)*, 1.ª Parte, 10.ª ed., Pedro Ferreira, Lisboa, 1999, pp. 245 e ss., 345 e ss. e 421 e ss.

⁽⁹⁵⁾ A *reconciliação dos cânones discordantes...* o *Decretum Gratiani* foi a obra dos estudos eruditos prosseguidos pelo monge da Ordem de Camaldoli, Graciano, que ensinou teologia no convento de São Félix e de São Nabor, em Bolonha, *apud* J. T. NOONAN, *Gratians leprothere. The changing identity of the father of the systemic study of canon law*, in R.C. van CAENEGEN, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado... cit.*, pp. 85 e ss.

⁽⁹⁶⁾ Cf. Mary LINDEMANN, *Medicina e Sociedade... cit.*, pp. 92 e ss.;

⁽⁹⁷⁾ Cf. A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de História da Medicina... cit.*, p. 138. Galeno nasce em Pérgamo, Grécia, em 130 e falece, sensivelmente, em 200, *id.*, *ibid.*, pp. 110-113.

no «fortalecimento» logo após 1750 ⁽⁹⁸⁾. A *receita* passa pela adopção de posturas pró-activas de exercício (levadas até aos choques eléctricos e embates musculares) ao invés do amolecimento como sequela das evacuações, como as das sangrias e dos clisteres ⁽⁹⁹⁾, ou, mais cautelosamente, as consequências dos calores dos resguardos e acamamentos; enfim, sirvam de exemplo os acreditados efeitos saudáveis do frio sobre as fibras musculares; os hábitos alimentares mais frugais e rústicos, os exercícios graduais, os banhos e refrescamentos, etc. Os tratados médicos desta época acreditam que as atitudes desempenham um papel moldável e as condutas sociais colocam-se sob escrutínio:

«Um libertino que descure a sua saúde torna-se mais censurável para a sua descendência do que o pródigo que dissipe os bens que tutela» ⁽¹⁰⁰⁾.

II. § 4.º A inserção científica e a apresentação sociológica: explicações e responsabilização

Enfim, uma lógica cuja teleologia possui perfeito actualismo, cada vez menos fundamentalista, e ainda é perfeitamente visível um século após na co-

⁽⁹⁸⁾ Cf. Georges VIGARELLO, *História das Práticas da Saúde: a saúde e a doença desde a Idade Média*, Ed. de Seuil, 1993, 1999, tradução de Luís Filipe Sarmiento para Ed. Notícias, Lisboa, 2001, pp. 131 e ss. O A. cita, entre outra bibliografia com interesse: FAGNEIT DE VILLENEUVE, J: *L'Economie politique, project pour enrichir et perfectionner l'espèce humaine*, Paris, 1763; VANDERMONDE, C. A., *Essai sur la manière de perfectionner l'espèce humaine*, Paris, 1766; MILLOT, *L'art d'améliorer et de perfectionner les hommes*, Paris, 1801.

⁽⁹⁹⁾ Prática esta última que foi muito aclamada, usada, até abusada no início do séc. XVII, perdurando no Séc. XVIII, Cf. GLASSCHEIR, H. S., *Os Grandes Segredos da Medicina: A luta contra a dor e a morte*, Ed. Livros do Brasil (Col. Vida e Cultura), tradução de José Ervedosa, Lisboa, 1961, pp. 163 e ss. Quanto às sangrias — com intenção terapêutica autónoma — a origem e a explicação perde-se no tempo e seguirá como terapia defendida por alguns até, sensivelmente, ao séc. XIX; neste sentido cf. Joaquim BARRADAS, *A Arte de Sangrar — de cirurgiões e barbeiros*, Ed. Livros Horizonte, 1999, pp. 75 e ss. e 216 e ss. Realço a curiosidade dos apêndices coligidos pelo A. e referenciados como: *Regimento Poueytoso contra a Pesteança: Instruções Contra a Peste no Séc. XV* (reproduzido a pp.235 e s.); *Regimento do Barbeiro – 1620* (recolhido de Santos, C: *Sobre Barbeiro e Sangradores do Hospital de Lisboa*, Separata *Arq. Hist. Med. Port.*, Porto, 1921, pp. 17-21), a pp. 237 e s.; *Regime praticantes de 1694* (recolhido in ID., *ibid.*, pp. 40-42), a pp. 239 e s.; *Regulamento de 1760* (recolhido in ID., *ibid.*, pp. 55-57), a pp. 240 e s.; *Regimento de Barbeiros de 1572* (Recolhido do *Livro dos Regimentos da Mui Excelente e sempre Leal Cidade de Lisboa Refromados por Ordenança do Illustrissimo Senado della pello L.º Duarte Nunez de Liam: Ano de MDLXXII*, in VASCONCELLOS, J. Leite de — *A Barba em Portugal*, D. Quixote, Lisboa, 1996, pp. 423-431), a pp. 242-247.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. BUCHAN, William, *Médecine Domestique ou Traité complet des moyens de se conserver en santé et de prévenir les maladies par le régime et les simples remédies*, Paris, 1792, I Tomo, p. 21.

nhecida literatura Queirosiana de, por exemplo, *A Cidade e as Serras* (pese embora o cosmopolitismo de Eça) ⁽¹⁰¹⁾, no dealbar de uma sociedade que atrai as pessoas para as cidades (com as suas perversões e lassidão) e reclama reacção, até para a preparação dos desafios *progressistas* que conduzirão aos processos revolucionários ocorridos nesse fim de século e ao militarismo expansionista subsequente, que se foram virando para uma intervenção estatal nos domínios do que, em termos liberais, cabe ao Estado administrar, tal como o início do séc. XIX revelou: instituições voltadas para a «higiene pública» ⁽¹⁰²⁾.

As variáveis demográficas fundamentais conhecidas — refiro-me a registos ocidentais — são os nascimentos e a morte; crescendo os primeiros e diminuindo a segunda, ou vice-versa, ou estabilizando-se as variáveis, torna-se possível construir quadros evolutivos em termos necessariamente gerais. As razões podem ser as mais variadas além da saúde e da medicina propriamente dita, designadamente de ordem tecnológica, económica ou por via da malfadada belicosidade. Contudo, as estimativas fornecem números impressionantes, segundo J. Manuel NAZARETH:

⁽¹⁰¹⁾ A escolha de *A cidade e as serras*, obra tardia (1901) poderia ter sido perfeitamente substituída pelas virtudes educacionais britânicas de Carlos da Maia, in *Os Maias*, em que Eça é tido por superar o *naturalismo*, em rumo definitivo ao *realismo*. A ideia é tão-somente a de elaborar o confronto entre um urbanismo eclético e uma província a visitar, plena de recursos naturais saudáveis, cf. António José SARAIVA e Óscar LOPES, *História da Literatura portuguesa*, Porto Ed., 8.ª ed., Porto, 1973, pp. 957-987; e Carlos REIS, *Eça de Queiroz. Do Romantismo à Superação do Realismo*, pp. 155-210, *máxime*, 202 e ss., 208 e ss., in AA.VV., *História da Literatura Portuguesa* (org. Carlos Reis): Vol. V: *O Realismo e o Naturalismo*, AlfaEd., 2001 (vol. 5 – ISBN 972-965-260-7).

⁽¹⁰²⁾ Cf. Georges VIGARELLO, *História das Práticas da Saúde... cit.*, pp. 136 e ss. e 165 e ss. O apelidado *amor pela vida* possui múltiplos reflexos ao longo dos tempos. Recorro ao A. para reproduzir esta preocupação dada como recorrente nas preocupações *sociais e científicas*, inspirado em G. PICTORIUS, *Les Sept Dialogues*, Paris, 1957, p. 16: «A pergunta sobre qual o país onde a vida seria mais longa torna-se um tema habitual nos tratados de saúde; a Índia domina nestas comparações laboriosas; não permitiram o *ar subtil e puro*, os *seus frutos excelentes* e as suas *flores e frutos selvagens*, que alguns anciãos se aproximassem dos trezentos anos? Estas questões que se afiguram algo fantásticas fora do contexto da época coincidem com uma fase em que o núcleo central europeu passa por uma fase de crescimento demográfico; sem rigor, parece que a imagem da duração da vida altera-se segundo as expectativas.

«O aumento da população mundial acelera. De 461 milhões de habitantes em 1500, atinge-se o primeiro milhar de milhão em 1804, o segundo milhar de milhão 123 anos mais tarde (1927).»⁽¹⁰³⁾

Os primeiros sinais de mudança em termos médicos podem, pois, ser situados a partir das sucessivas manifestações iluministas do séc. XVIII, mas especialmente mercê da perspectivação científica da medicina e da experimentação médica⁽¹⁰⁴⁾. Primeiro, logo nas Instituições Universitárias, que merecem progressivas intervenções régias⁽¹⁰⁵⁾. Neste sentido, o hospital mostra-se ora diante o local privilegiado para prosseguir as respectivas actividades e registar os conhecimentos adquiridos⁽¹⁰⁶⁾.

E é a partir do Hospital, como local central onde o exercício da medicina reflecte de forma organizada e regulamentada — em termos científicos — a investigação e a terapia, na quase totalidade das especialidades inerentes à

⁽¹⁰³⁾ Cf. J. Manuel NAZARETH, in *Introdução: Maria da Graça David de MORAIS, Causas de Morte no Séc. XX: Transição e Estruturas da Mortalidade em Portugal Continental*, Ed. Colibri/Centro Interdisciplinar de História, Culturas e Sociedades da Universidade de Évora (CIDEHUS), Lisboa, 2002, pp. 10; 24 e ss., de onde recolho o seguinte: «(...) *Quand une population peut se développer librement et sans obstacles, elle croit selon progression géométrique (si l'état social ne change pas, la population n'augmente pas d'une manière indéfinie, mais elle tend de plus en plus à devenir stationnaire (...)*», assim se referia Adolf Quételet (1835), estatístico belga, a uma situação constatada por numerosos investigadores, cujas raízes haviam sido já encontradas no séc. XVIII.»

⁽¹⁰⁴⁾ A experimentação médica, mormente a que descende da curiosidade que conduziu à dissecação dos corpos humanos, foi uma actividade científica antiga e a que se devem os mais significativos progressos da ciência médica. Contudo, recorde, dou aqui particular atenção ao exercício da medicina com a objectiva intenção de estabelecer relações de causa e de efeito, arvorando o que é desconhecido como escopo de investigação, cf. UBALDO G. NANNINI, *Il Consenso al Trattamento Medico... cit.*, pp. 1 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Por contraponto às escolhas *preferenciais*? de intelectualidades que grassaram durante todo o período medieval português (v.g. João das Regras é doutor por Bolonha) até aos alvares da Reforma, de que António RESENDE DE OLIVEIRA dá nota referindo a preferência que persistia na escolha das Universidades de Salamanca e de Paris na passagem dos Séc. XV para o Séc. XVI, com algum prejuízo para a Universidade de Bolonha, que com aquelas concorreu em ordem de atracção no decurso de todo o Séc. XIII e XIV, sem descurar outras como sejam exemplo: Toulouse e Montpellier ou Valência, cf. ID., *A Mobilidade dos Universitários*, in AA.VV., *História da Universidade em Portugal*, (I. Vol. T. I, Cap. VII), Universidade de Coimbra e Fundação Calouste Gulbenkian, Gráfica de Coimbra, 1997, pp. 339-356. E, posteriormente, com referência minuciosa que abrange igualmente a Farmácia, cf. João Rui PITA, *Farmácia, Medicina e Saúde Pública em Portugal (1772-1836)*, Ed. Minerva, Coimbra, 1996, pp. 113 e ss., 150 e ss., e 305 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Como refere JORGE CRESPO, *op. cit.*, pp. 99 s., que refere: «De facto, nestes lugares fechados, as experiências com medicamentos podiam fazer-se, sem consequências para a reputação dos médicos, em doentes '*... cuja falta fosse menos sensível*'» (o itálico pertence-me). Por fim, cf. DANIEL SERRÃO, *Direitos das Pessoas Doentes... cit.*, pp. 495 e s.

prática médica, que se foram multiplicando e circunscrevendo os meios tecnológicos cujo crivo prévio dita as regras próprias da actuação médica, que os exigem. Passa a ser a fonte dos poderes técnicos e éticos e o local de apuramento, certificação e aplicação dos conhecimentos ⁽¹⁰⁷⁾. Acaba por aglutinar no campo da medicina também a instituição escolar ⁽¹⁰⁸⁾ e assume-se, assim, em termos sintéticos, como a estrutura onde é possível identificar e escrutinar o que se mostrou necessário: para lá de desnudar o corpo humano, para o compreender além da dissecação, a investigação do corpo humano exige agora a sua leitura... E busca-se uma leitura integral (da biologia à neurociência).

Como cristalinamente ilustra Helena SERRA:

«Desde a hematologia à bioquímica clínica, desde a radiologia à biópsia, desde a cirurgia à patologia, tem havido um enorme investimento na microanálise do corpo humano nos dois últimos séculos. Cada um destes desenvolvimentos tem sido construído como progresso e como avanços representativos à luz da concepção ocidental sobre a doença e o corpo, que são redutíveis a lesões patológicas. Quanto mais o corpo de torna legível, mais fácil é identificar — e possivelmente remover — a base localizável da doença. Assim a tecnologia assegura que a visualização do corpo seja conseguida, de tal forma que o olhar clínico (*clinical glaze*) possa iluminar todas as doenças, revelá-las, graças ao olhar mais penetrante da medicina.» ⁽¹⁰⁹⁾

A possibilidade de o Hospital estiolar o consultório privado e tornar arcaico, insuficiente, o exercício isolado da medicina, significou um prejuízo para a clássica relação entre o médico e o paciente. A disponibilidade permanente de cuidados significa a *fungibilidade* da prestação do agente médico que está de serviço, agravada pela proliferação das várias especialidades, tendencialmente mais autónomas, mas sobretudo pela abordagem progressivamente

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. Michel FOUCAULT, *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica* (trad. Francisca PERUJO), Ed. Siglo Veintiuno, México, 2.ª ed. 2002 (traducción de *Naissance de la clinique*, PUF: Presses Universitaires de France, Paris 1965. ISBN digital 978-607-03-0386-9, loc. 65 (27%): «La medicina moderna ha fijado su fecha de nacimiento hacia los últimos años del siglo XVIII. Cuando reflexiona sobre sí misma, identifica el origen de su positividad a una vuelta, más allá de toda teoría, a la modestia eficaz de lo percibido.»

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. Graça CARAPINHEIRO, *Saberes e Poderes no Hospital: Uma Sociologia dos Serviços Hospitalares*, Ed. Afrontamento, Centro de Estudos Sociais, 3.ª ed., Porto, 1988, pp. 24 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. Helena SERRA, *Médicos e Poder: Transplantação Hepática e Tecnoocracias*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 94; e para as linhas anteriores cf. maiores desenvolvimento a pp. 98 e ss. A expressão «*clinical glaze*» é utilizada pela A. com o significado que lhe dá Michel FOUCAULT de: «termo (que) assume uma posição significativa e central na percepção da clínica médica do corpo humano. Por outras palavras, a nova medicina, que a partir desta altura se denomina de biomedicina ou medicina patológica, passa a ver o corpo humano como um texto que pode ser legível através de técnicas que penetram nele em profundidade.» cf. p. 92.

mais invasiva da medicina que previne, que educa, que alarga o prognóstico, que é temerosa e alargada no diagnóstico, que se obstina na terapêutica, que invade o trabalho, a escola, a prisão... e deixa o paciente «no final da lista», urge, e bem, como defende Mary Lindemann, construir, criar, um novo «estatuto de doente» que deve ser escrito *com linguagem mais humana que tenha em conta as pessoas e menos a dos edifícios* e da pura virtude tecnológica⁽¹¹⁰⁾. Mas esta leitura não se pode quedar eivada de simplismo, como refere de forma intemporal e criticamente Michel Foucault:

«En este acceso al individuo ven nuestros contemporáneos la instauración de un 'coloquio singular' y la formulación más concisa de un viejo humanismo médico, tan antiguo como la piedad de los hombres. Las fenomenologías acéfalas de la comprensión mezclan, a esta idea mal trabada, la arena de su desierto conceptual; el vocabulario débilmente erotizado del 'encuentro' y de la 'pareja médico-enfermo' se agota queriendo comunicar a tanto no pensamiento los pálidos poderes de una ensoñación matrimonial. La experiencia clínica —esta apertura, la primera en la historia occidental, del individuo concreto al lenguaje de la racionalidad; este acontecimiento decisivo en la relación del hombre consigo mismo y de lenguaje con las cosas — ha sido tomada muy pronto por un emparejamiento simple, sin concepto, de una mirada y de un rostro, de una ojeada y de un cuerpo mudo, especie de contacto previo a todo discurso y libre de los embarazos del lenguaje, por el cual dos individuos vivos están 'enjaulados' en una situación común, pero no recíproca. En sus últimas sacudidas, la medicina llamada liberal invoca a su vez, a favor de un mercado abierto, los viejos derechos de una clínica comprendida como contrato singular y pacto tácito de hombre a hombre.»⁽¹¹¹⁾

Em rigor, esta posição ultrapassa o momento em que a estruturação do acto médico ganha cientificidade específica, laboratorial, para permanecer como paradigma de uma postura que o tempo se encarregará de densificar, de amadurecer, de multiplicar os mecanismos das leituras do corpo e da mente humana, mas que não arredou em absoluto. E constituindo, como constitui, uma fonte de questões que se colocam além dos quadros disponíveis do que os elementos — ao menos em perspectiva clássica — oferecem para o mero contrato, retoma interrogações sobre a delimitação do que seja *saúde* e fica como um exemplo de necessária controvérsia temática.

⁽¹¹⁰⁾ Sigo agora a tradução espanhola da A.: Mary LINDEMANN, *Medicina y Sociedad en la Europa Moderna: 1500-1800*, Siglo Veintiuno de España Ed., trad. Angela Pérez, Madrid, 2001, pp. 134 e s., onde dá conta que o triunfalismo que o desenvolvimento institucional do Hospital provocou algumas reservas em Michel FOUCAULT, que, logo em 1963, na sua obra com tradução espanhola: *El Nacimiento de La Clínica... cit.*, dá conta do significado invasivo que a despersonalização das relações verificada nos Hospitais acarretou logo nos séculos XVIII e XIX. Subsidiários dos lazaretos e edifícios para indigentes, primeiro, e, segundo a A., pela actual proliferação de intervinientes.

⁽¹¹¹⁾ Cf. Michel FOUCAULT, *El nacimiento de la clínica... cit.*, 53% (localizações: 112 e 127).

II. § 5.º Saúde: dever, deveres, silêncios e novas *observações*

A expressão *saúde* possui contornos que incorporam a medicina, mas que a transcendem. Existe um *tornado*: convivem a investigação científica, com imbricações que recolocam em progressiva *fusão* a biologia humana a par da assistência médica, com realidades que juridicamente também não são irrelevantes, como seja disciplinar comportamentos individuais desejáveis e reprimir os indesejáveis; sem esgotar, oferece-se o ambiente e fácil é acrescentar entre outras, a investigação farmacológica e as produções alimentares manipuladas geneticamente. Pior, o conceito de saúde pode restringir-se a uma leitura assustadora do corpo humano, antevendo a sua finitude, em uma transparência susceptível, por *desrespeito*, de dissolver a dignidade humana, como, em sentido inverso, de ampliar-se a campos de interesse público, envolventes do respeito por essa dignidade humana em que a mesmíssima garantia de transparência, ora securitária, transporta efeitos perfeitamente análogos (v.g., *o irmão mais velho que nos observa*). E pode crescer até entrecrocarem-se os valores individuais e os valores comunitários, entre si e uns com os outros. Fácil é encontrar exemplos: o candidato cuja debilidade física arreda do trabalho e não logra obter sustento; o condômino que possui excesso de animais no seu apartamento e perde o respectivo controlo higiénico; a ordem pública e a livre disponibilidade do corpo; a criação de postos de trabalho e a poluição.

Até estes limites, trato por ora apenas da ressurreição do célebre *conceito de saúde como concepção global*, que foi elaborada no Relatório canadiano Lalonde (em homenagem ao seu Autor, Marc Lalonde)⁽¹¹²⁾. Posso afirmar que a mirada galanteadora para uma ampliação do que foi comum ser centralizado na assistência médica individualizada recebera já as modificações referi-

⁽¹¹²⁾ Cf. Marc LALONDE, *Nouvelle Perspective de la Santé des Canadiens: Un document de travail*, Ottawa, 1974, pp. 33 e ss., cf. <http://www.phac-aspc.gc.ca/ph-sp/pdf/perspect-fra.pdf>. Marc LALONDE foi Ministro da Saúde e do Bem-Estar Social do Canadá entre 1972 a 1977 e foi exactamente através deste relatório que o seu nome ficou associado a uma perspectiva *revolucionária* holística das políticas nacionais de saúde, inclusivas de matérias ligadas ao ambiente, deveres dos cidadãos quanto à respectiva saúde e que ficou designada como uma *concepção global de saúde*. Para mais desenvolvimentos sobre o A., cf. <http://www.cdnmedhall.org/honorable-marc-lalonde>.

das que decorrem do *fenómeno* institucional da *hospitalização* ⁽¹¹³⁾, assente no séc. XIX como local onde se fundiu com o *fenómeno* institucional anterior do *ensino* a prática médica. E a estas se associaram ao menos as *cruzadas* da OMS, como servem de exemplo, entre outros, os seguintes *faróis*: A Carta de Alma-Ata, de 1978, em que se reitera a saúde como direito humano fundamental; a inaceitabilidade das desigualdades no acesso à mesma; o reconhecimento dos direitos e deveres dos cidadãos na participação, quer no planeamento, quer nas decisões relacionadas com a saúde; a sedução política para construção estrutural de condições favoráveis à saúde; com base nos seguintes grandes vectores: 1.º: a valorização dos cuidados de saúde primários; 2.º: estratégias para a obtenção de uma «saúde para todos»; 3.º: reconhecimento de que os desígnios anteriores são condição essencial para o desenvolvimento social e económico, para a sustentabilidade e contributo fulcral para aumentar a qualidade de vida e a paz mundial ⁽¹¹⁴⁾. O mesmo direi sobre a Carta de Otawa, de 1986, em que o acento tónico se voltou substancialmente para a hierarquia superior dos interesses da saúde sobre outros interesses; e, sobretudo, pela promoção da literacia e da capacitação das pessoas e das comunidades, a par de reforço das acções comunitárias, dando relevo aos desempenhos dos actores civis. E igualmente me apraz apontar a expansão da rede de serviços de saúde na sua aproximação à comunidade ⁽¹¹⁵⁾. Existe quem considere que este documento ganhou «um estatuto próprio, integrando hoje o corpo teórico de referência da saúde pública», mercê da eficácia que viabilizou concretizar nos respectivos propósitos ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹³⁾ Mas as estruturas assistenciais são muito anteriores, como a referência aos *lazaretos* inculca. Apenas por contenção me inibo de aqui deixar menções alargadas sobre esta organização administrativa, que, facilmente se colhem da bibliografia *supra* citada.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. *Declaration of Alma-Ata*: Documentação sobre a *Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde*, 6-12 de Setembro de 1978, Alma-Ata, Cazaquistão, org. OMS, acessível através de: http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. Carta de Ottawa: documentação sobre a *Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde*, 21 de Novembro de 1986, Ottawa, Ontário, Canadá, org. OMS, cf. http://www.who.int/hpr/NPH/docs/ottawa_charter_hp.pdf.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. Emília NUNES, *Celebração do 25.º Aniversário da Carta de Ottawa*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública* (RPSP), 2011; 29 (2), pp. 200-202. Defende ainda esta A. que foi graças ao conjunto de directrizes desta Carta que ao longo das três décadas seguintes foram construídas sob a liderança da OMS a *Rede de Escolas Promotoras de Saúde*, a *Rede de Cidades Saudáveis* ou vieram a lume a *Convenção-Quadro para o Controlo do Tabaco*, o *Plano de Acção Europeu para uma Política de Alimentação e Nutrição* ou a criação da *Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde*, cf. acesso em <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/rpsp/v29n2/v29n2a13.pdf>.

Toda esta amplificação — melhor, reconhecimento — de um processo global coaduna-se perfeitamente, como penso resultar da problematização sobre o presente e o futuro visível do que é a evolução da medicina. Mas, para o campo do Direito, não posso deixar já de ressaltar alguns problemas em torno do que seja *matéria disciplinar* sobre questões que, postas desta forma tão ampla, se tornam metodologicamente indisciplináveis.

Em termos que ultrapassem a eterna riqueza linguística, em todas as variáveis que sempre são invocáveis para o sentido e alcance possíveis, fico satisfeito com a menção *intuitiva* de que à saúde cabe o universal, abarcando o homem e o seu *habitat*, ao passo que a medicina incide sobre o que de saúde se mostra individualizável. Neste último sentido, importa apurar se existe justaposição entre o conceito de saúde a que me venho referindo e que, segundo o preâmbulo da *constituição* da OMS (reportado a 1948), *resulta de um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não apenas da constatação da ausência de uma doença ou enfermidade* ⁽¹⁷⁾ e aquele outro com que parece coadunar-se melhor, em reduto mínimo, existente *na procu-*

⁽¹⁷⁾ A OMS encontra-se ligada à ONU, como sua *agência especializada para a saúde*, tendo sido fundada mediante resolução da Assembleia Geral, em Abril de 1948. As raízes são usualmente atribuídas ao *departamento de higiene* adstrito à Sociedade das Nações, criada também com uma perspectiva mundial após a I Guerra Mundial; para mais desenvolvimentos, em termos gerais mais actualizados: cf. Manuel de ALMEIDA RIBEIRO, (colaboração de Mónica Ferro) *A Organização das Nações Unidas*, Almedina, 2.ª ed., 2004: I parte, Cap. III; §§ 16-19 e cf. anexo. Cf. também http://www.who.int/governance/.../who_constitution, onde se pode ler: «*The Constitution was adopted by the International Health Conference held in New York from 19 June to 22 July 1946, signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Off. Rec. WldHlth Org., 2,100), and entered into force on 7 April 1948. Amendments adopted by the Twenty-sixth, Twenty-ninth, Thirty-ninth and Fifty-first World Health Assemblies (resolutions WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 and WHA51.23) came into force on 3 February 1977, 20 January 1984, 11 July 1994 and 15 September 2005 respectively and are incorporated in the present text.*». E cf. ainda Pierre GERBET, *As Organizações Internacionais* (trad. Cidália de Brito), Ed. Arcádia, Lisboa, s/data (ed. original PUF, 1958), pp. 29 e ss., 91 e ss. e 114 e ss. Este A. faz menção a Organizações Internacionais Técnicas (OIT) anteriores, como sejam: A Convenção sanitária internacional (1853); A Repartição internacional de saúde pública (1904); e o Serviço internacional de higiene (1907), cf. ID., *ibid.*, p. 28. A estes teremos de adicionar o Comité internacional para ajuda aos militares feridos (Jean Henri Dunant, 1863), mais tarde redominado Comité internacional da Cruz Vermelha (1876). Sobre a Cruz Vermelha, cf. a impressiva indicação sobre a impressão causada pelo *saldo* de 6,000 mortos e 23,000 feridos na batalha de Solferino, em 24 de Junho de 1859 (actualmente no norte de Itália), no empresário suíço Henry Dunant, a ponto de ter escrito as suas *memórias sobre Solferino*, in AA.VV. (David P. FORSYTHE and Barbara Ann J. RIEFFER-FLANAGAN: *The International Committee of the Red Cross*, Routledge, ed. Taylor & Francis e-Library, London & NY, 2007, (loc. 317 e s.). Sobre *A Protecção Internacional do Direito da Saúde*, cf. Vanessa Oliveira BATISTA, pp. 23-28, in www.estig.ipbeja.pt/ãc /direito/Vanessa.doc.

ra das condições prévias existentes em termos físico-psíquicos, seja em interesse próprio, em interesse alheio ou em interesse geral⁽¹¹⁸⁾, e, dicotomicamente, em termos concretos, em expectativa, ou em projecção. Seria algo espúrio procurar aqui e agora o que os *grãos de areia* da *ampulheta mundial* parecem modificar permanentemente. Na concisa e genial expressão de Orlando de CARVALHO:

«A natureza devora as coisas (...) o que significa devorar a natureza das coisas como operador juridicamente relevante.»⁽¹¹⁹⁾

Busco assim orientado, por ora, uma determinante *natureza das coisas* como mecanismo operativo para, então, lhe investigar se me permite extrair um eventual sistema regulativo por força de uma análise da normatividade da «tensão jurídica» ali existente, seja ela regulativa (se não em ordem, em técnica), seja tópica, seja por evidência do objecto em análise, seja hermenêutica.

Mas, sem esquecer esta interrogação, creio dever ainda abordar algo sobre este *éter*, essa relação de facto vital, genética (determinante) do que virá a ser regulativo sobre a essência em que a autonomia se pode ainda projectar, em uma procura permanente de conclusão jurídica relevante para o estado-das-coisas.

⁽¹¹⁸⁾ Esta aproximação a uma delimitação da finalidade para a actuação em medicina assenta na noção da autoria de Orlando de CARVALHO, que sobre esta matéria escreve expressamente: «... entendendo-se, evidentemente, por saúde um equilíbrio basicamente não alterado das prévias condições físico-psíquicas, e não propriamente inalterado (toda a experimentação *in corpore* provoca alteração e todo o dispêndio de energias também.», in *Teoria Geral do Direito Civil... cit.*, p. 218.

⁽¹¹⁹⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I (dissertação de doutoramento), Coimbra, 1967, p. 857. A citação merece o contexto das págs. 818-865 da obra imorredoura do genial Professor, adaptando o que se mostra inevitável e forçosamente adaptável no que concerne a realidades e a fenómenos que relevam juridicamente.

Capítulo III. Aproximação ao contexto hodierno.

Quando penso nas pulsões gregárias das múltiplas comunidades, fico convencido de que, forçosamente, as antigas migrações aldeãs, movidas pela exaustão agrícola das terras, ou pelas rotas da água, ou por cautela ou guerra em relação a inimigos, etc., ainda se podem aproximar (em termos de comunhão de utilidades e respectivas projecções de sociabilidade) das viagens sofisticadas do esplendor tecnológico da navegação marítima além da cabotagem, ou dos «explosivos» rotores das viagens pela ferrovia ou pelo vapor fluvial ou marítimo... Mas são diametralmente contrastantes com o isolamento perspectivado na corrente interminável dos engarrafamentos de automóveis, patentes em fotografias urbanas mundiais, ou nas imagens da exiguidade em que se movimenta o ser humano no «*alter space*» que usa para despejar lixo e organizar a fiabilidade da tecnologia das comunicações. Uma imagem não totalmente rigorosa, é certo, mas que ilustra uma forma especial de isolamento, de singularidade do indivíduo de hoje, e que aparece assim como uma patente paradoxal de uma população crescente. Todos separados em um condomínio ou em tabiques colossais que nos criam dependências recíprocas, que nos juntam. E talvez isto mesmo também ocorra por causa de uma «mobilidade que se serve» ao sabor de um clique, a viabilizar correntes fáceis para a comunicabilidade entre pessoas, mercancia de serviços e mercadorias (mais tabiques em écran ou tabiques com écran), algumas com novas consubstanciações, mas com «necessidades» crescentes e plenas de gradações, as mais prementes entre as múltiplas carências, ora meio renovadas (sempiternas quanto aos comumente designados *cuidados primários*: alimentação, saúde e educação).

Enfim. São as oposições entre os apelos a uma constatação institucionalista, comunitarista, *ordinalista*, etc. onde assumirá preponderância a ideia muito inata de que, como a este propósito, sobre as *Instituições duradouras*, por todos, sintetizou Saleilles:

«O homem, fora do estado e agrupamento, é tão pouco um homem normal como uma abelha será(ia) uma abelha quando fora do enxame». ⁽¹²⁰⁾

⁽¹²⁰⁾ Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théories*, Paris, Ed. Rousseau, 1910, p. 13 (compulsei a 2.^a ed. com prefácio de Henri Capitant, datada de 1922, disponível em *Open Library*: <http://www.archive.org/details/delapersonnalitoosaleuoff>); A. e obra recolhida em Orlando de CARVALHO, *Para uma Teoria da Relação Jurídica*, in *Teoria*

Contudo, parece ser exactamente a perspectiva de que existe uma ordem estruturada favoravelmente — enquanto *natureza das coisas* — em termos humanos, ao menos como a veria S. Tomás de Aquino com o seu «*omne ens est bonum*» (a existência do homem e das coisas é boa)⁽¹²¹⁾. E caso vislumbre esta asserção isenta do radical teológico em que assenta, ou seja, como predicante que transcende quaisquer lentes auxiliares de religiosidade, ou, no pólo oposto, plenamente amoral (pressentindo algo de *existencialismo* que alarga a factualidade pré-jurídica determinante — até à ponderável — de uma decisão jurídica normativa ou reguladora), persiste acrescentar uma liberdade que escapa sempre a uma pré-fixação estática onto beneficente; uma liberdade que nos impele antes projectar para a decisão, ou como ensina João BAPTISTA MACHADO:

«(...) livre na decisão, o homem fica vinculado no futuro às consequências dessa mesma decisão e é responsabilizado por elas.»⁽¹²²⁾

Todavia, aquela «realidade» está prenhe de «faces» algo entorpecidas por tantos factores quanto os «sabores» das «ressacas» das frutificações tecnológicas. Escolho quatro inquietações grandes sobre aqueles factores: a primeira surge em termos globais e parece residir em um já vaticinado e possível futuro (estertor) dos Estados-Nação. Tanto por força do progressivo esbatimento

Geral do Direito Civil (coord. Francisco Liberal Fernandes; Maria Raquel Guimarães; Maria Regina Redinha), Coimbra Ed, 3.^a ed., 2012, p. 23, nota 4 (ISBN 978-972-32-2017-9), a que me atenho e para onde remeto os convenientes desenvolvimentos.

⁽¹²¹⁾ Cf. *Summa Theologiae: Volume 2, Existence and Nature of God: 1a. 5,3 books*. [google.pt/books? isbn=0521029104](https://books.google.pt/books?isbn=0521029104) - Thomas Aquinas, Timothy McDermott - 2006 - Religion, pp. 68 e s.: «*articulus 3. Utrum omne ens sit bonum*» (...). Ed. bilingue. São Tomás de Aquino já tinha elaborado uma aproximação reveladora em *O Ente e a Essência*, (Cap. II), de onde retiro a seguinte citação: «... é evidente que o termo homem e o termo humanidade significam a essência do homem, mas de modo diverso, como ficou dito: pois o termo homem significa-a como um todo, isto é, enquanto não exclui a designação da matéria, mas a contém de modo implícito e indistinto, como se diz que o género contém a diferença e por isto este termo homem é predicado dos indivíduos; mas o termo humanidade significa-a como parte, pois não contém na sua significação senão aquilo que está no homem enquanto é homem, com exclusão de toda a designação da matéria; daqui que não seja predicado dos homens individuais.» Cf. S. TOMÁS DE AQUINO, *O Ente e a Essência (excertos)*, in São Tomás, *Vida, Pensamento e Obra*, coord. Eudaldo FORMENT (trad. Maria José Figueiredo, Instituto Piaget, 2000). Ed. Planeta Agostini, 2008, p. 185 (ISBN 978-989-609-941-1).

⁽¹²²⁾ Cf. João BAPTISTA MACHADO, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965, p. 36. Sigo ainda de perto Orlando de CARVALHO, *Para uma Teoria da Relação Jurídica... cit.*, p. 25, nota 8, de onde retiro uma aproximação a Erich FECHNER, *Rechtsphilosophie: Soziologie und Metphysik des Rechts*, J.C.B. Mohr; (Paul Siebeck), Tubingen, 1956, p. 251, quer na citação quer na concatenação dos raciocínios ali elaborada.

das suas fronteiras e das reticências regulamentares e burocráticas, como, e sobretudo, pela convivência dos patamares de estruturas políticas que acatam uma prevenção e superação de litígios por via das buscas das consensualidades, mais não seja em sede de *due process of law* ⁽¹²³⁾, a que acresce a jussante uma consciencialização polarizante, com «humildade» inevitável, em formação, do reconhecimento de um conjunto de valores, de bens fundamentais, que são verdadeiros «vasos» intersticiais de construção de juridicidade, mormente — mas não exclusivamente — constitucional ⁽¹²⁴⁾. A segunda inquietação situa-se no processo de universalização de uma linguagem comum, tendencial ou desejavelmente uniformizável, mercê de cujo domínio se reduzam ao mínimo as divergências e lacunas de compreensibilidade e se incrementam igualmente a desejável *mestiçagem*, agora pela viabilidade das confrontações, das comparações. A evidência do sobressalto vai endossada sobretudo para o que seja mal-entendido, pois a via comunicacional começa a ser remetida para a imagem, para a projecção casuística de casos exemplares que induzem a compreensibilidade. Existe uma semiótica em permanente sofisticação que se desenvolve e ocupa espaços antigos de transmissão e aquisição de conhecimentos, tal como existem «cursos breves» nos temas das séries televisivas em variadas matérias relevantes do ponto de vista da forma-

⁽¹²³⁾ É deliberadamente que fujo das considerações sobre «Estado de Direito» e de «Estado de não Direito» enquanto «esquemas de organização política comunitarista», cujas categorias *históricas* de estruturas culturais, jurídicas e económicas se sedimentam nos paradigmas de um «meio ambiente ocidental» que, como ensina José Joaquim Gomes CANOTILHO, in *Estado de Direito, Cadernos Democráticos*, 7, Gradiva, 1999, pp. 9 e ss, evoluem para a *constitucionalidade*, para a *democraticidade*, para a *solidariedade social*, e para a *sustentabilidade ambiental*, mas outrossim, ainda no esteio deste Professor, na constatação de que uma *Comunidade de Direito* não carece em absoluto dos «arreios» da fragmentação clássico institucional ou seguindo de perto a feliz expressão do A.: «A soberania do Estado, queira-se ou não, garante alguma *ordem* e *paz* no plano interno, a ordem e paz indispensáveis à aplicação e observância das regras de Estado de *Direito*. Daqui não se segue a indispensabilidade da forma de Estado e da sua soberania para se estruturar uma *comunidade de direito*.». Cf. ID, *ibid*, p. 76. A meio caminho, facultando os tópicos de uma evolução fundante e actual, já com perfeita alusão aos requisitos aludidos pelo Mestre de Coimbra, cf. Paulo BONAVIDES, *Um Novo Conceito de Democracia Direta*: in *Teoria do Estado*, Malheiros Ed., 5.^a ed., 2004, esp., pp. 492-499. E explicitamente, constatando uma *desacreditação* da «... majestade do Estado soberano», que será recorrente, cf. Adriano MOREIRA, *O regresso das boas razões*, in AA.VV., *Contributos para a Bioética em Portugal* (coord. João Ribeiro da Silva; António Barbosa; e Fernando Martins Vale), CBio FMUL, Cosmos, Lisboa, 2002, pp. 221-227.

⁽¹²⁴⁾ A expressão «humildade» possui o cunho de João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais*, Coimbra, 2003, Vol. I, Parte II., Cap. IV, pp. 291 e ss.

ção da vontade nas relações sociais. A terceira inquietação vai para o plano da multiplicidade hodierna dos valores socialmente relevantes que vejo entrechocarem-se e — com estupor — conviverem com legitimidades casuísticas em planos de reconhecimento individual, comunitário e ou universal, a um tempo, segundo cambiantes e «transparências» de sopros ou modas. A quarta e última das inquietações decorre da anterior mas merece autonomização: coloco-a no previsível domínio humano da própria evolução biológica, a «auto-transformação da espécie» que envolve o debate entre investigadores sobre o que é natural e artificial no «papel de Deus»⁽¹²⁵⁾. Não pretendo dar lastro para um ambicioso ensaio sobre as respostas subseqüentes, que, temo, ficariam por meras deambulações diagnósticas; mas entre «continentes» assim aproximados e plenos de gente sobram novos oceanos para serem cruzados, com a percepção de que as alterações vivenciadas e as que se seguem, seguindo, significam outras alterações, agora no cerne fulcral, no *nomos*⁽¹²⁶⁾, para os princípios fundamentais denominadores dos ordenamentos jurídicos que parecem também propender para múltiplas e diferentes espécies de fusão em um *novo mundo novo* cuja construção se mostra em frenesim de ace-

⁽¹²⁵⁾ Cf. por todos e por ora, Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana: a Caminho de uma Eugenia Liberal?* Almedina, 2006, pp. 62 e ss.. Lançando mão por via indirecta de um aforismo de Albert EINSTEIN (*apud* Carlos FIOLEHAIS, *As Leis Naturais e as Leis Humanas*, in AA.VV.: *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*, Coimbra Ed., 2012): «A Ciência afecta os assuntos humanos de duas maneiras. Directamente, e mais ainda de forma indirecta, a ciência produz benefícios que transformam por completo a vida humana. A segunda maneira é de carácter educacional — age sobre a mente. Embora pareça menos óbvia não é menos pertinente do que a primeira.».

⁽¹²⁶⁾ Cf. José de FARIA-COSTA, *Em redor do nomos (ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo)*, in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 191-203, max., 201-203; cf. também in AA.VV., *Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal*, (Coord. António José AVELÁS NUNES e Jacinto José de MIRANDA COUTINHO, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2004, pp. 77-88. Posto isto fará sentido a existência preceptiva de uma disciplina de Direito Internacional dos Direitos Humanos resultante da superação da antiga compósita tripartição da «*Protecção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*», enquanto «direito de protecção das pessoas que não dos Estados», que de forma assumida se erige em defesa dos *mais fracos*, modificando a vetusta igualdade onde esta inexistia e alterando ainda quanto à legislação internacional a hermenêutica *amistosa*, tradicional e clássica da «solução pacífica de controvérsias» por uma interpretação restritiva, voluntarista, em matérias de (des)respeito pela observância dos direitos humanos, melhor, dos direitos da pessoa humana, caso os Estados adoptem posições relaxadas ou invoquem questões de ordem subjectiva, etc., em matérias que coloquem em crise o feixe de projecção individual do ser humana, onde se inclui o *Direito à Saúde*. Assim interpreto o que pugna Vanessa Oliveira BAPTISTA, *A Protecção Internacional do Direito à Saúde... cit.*, pp. 1- 5.

leração⁽¹²⁷⁾. Daqui vai surgindo uma regulação — legislação — mundial onde se condensam ainda os universais reflexos de uma moral que irradia feixes de éticas aglutinadoras e, por esta via, de alguma forma a alimenta⁽¹²⁸⁾.

(127) É extraordinário como Alvin TOFFLER revelou e incluiu em 1972, na sua obra *The Futurists*, Ed. Random House, 1972 (ISBN 13 9780075537137), um artigo da autoria do «inventor» da então emergente disciplina científica designada por Futurologia, Ossip FLEICHTEIM: *Futurology — The New Science of Probability*, a pp. 264-276. Neste, com referência a meados da década de 40 do século passado, este A. traçou a circunscrição justificativa temática correspondente, de onde retiro o seguinte trecho, que vejo projectar o que venho abordando:

«Our age is characterized by the beginnings of social and economic planning, undertaken more comprehensively than was possible in earlier periods of our civilization. Theorists of planning like the late Karl Mannheim have claimed that our society is about to become planned in all decisive socio-cultural aspects. In reality, however, planning is practiced not in all regions of the world and in most instances, it does not cover all spheres of public life. As long as the world continues to be divided into a multiplicity of contending sovereign states, crucial complexes such as industry or agriculture, population or education are not yet subjected to world-wide planning. Hence, an all-inclusive science of global planning cannot yet develop. To the extent, however, that large segments of social reality are either partially planned or at least routinized, intelligent prediction can be ventured about the outcome of the interplay of the planned and unplanned complexes. In other words, while the world society of today is not yet subject to the universal unified control of any system, it is rationalized and stereotyped in sufficient areas to permit scientific prognoses that need not merely be guess-work or intuition.».

E adiante acrescentou:

«Concealing this truth would equal outright intellectual dishonesty, however. Moreover, even if it were true that complete ignorance is preferable to all knowledge, the fact remains that ours is not the choice between knowing and not knowing. There is no way of returning to a condition of "blessed innocence" our real and only choice lies between less knowledge and more knowledge. And more knowledge about the days to come may, after all, help dispel some of the worst fears that are plaguing us. In this case, Futurology would on its part corroborate Pope's dictum that "a little learning is a dangerous thing." But even if Futurology were to confirm the gloomiest expectations of the pessimist, it could at least, like meteorology, serve the personal welfare of some favored individuals. As the weather forecast helps people to protect themselves against storms and floods, so futurological predictions might enable some to escape the social tempests, cultural deluges, and historical catastrophes. And if this lucky minority were to preserve not only their lives, but also some of the best social achievements and cultural values of the past, Futurology would have rendered some service to the future. By the same token, a knowledge of the future could help avoid disappointment which springs from vain and futile venture. Furthermore, a clear knowledge of the impending collapse of our society might be accompanied by the consolation that the Western civilization, in its disintegration, will become the seed of a new "higher" civilization.».

Cf. Ossip K - Iranscope (FLEICHTEIM), in <http://iranscope.ghandchi.com/Anthology/Flechteim.htm>. Alvin Toffler obteve enorme êxito com duas obras em que traçou com pormenores impressionantes uma sociedade cujos contornos se vislumbravam em termos muito ténues na década de 70 do século passado: penso no «Choque do Futuro» e na «Terceira Vaga».

(128) Refiro-me à separação dos conceitos sobre a Moral, a Ética e o Direito, que aprendi em João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, reimp., pp. 59 e ss.; com Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana: a Ca-*

III. § 1.º Inserções éticas

Para o feixe de éticas de que falo, aceito o modelo com as categorias propostas por Fernando GIL, e construídas por força das reflexões em torno da vida e da morte, cuja síntese encontro entre as melhores, a saber: sobre a coeva oposição entre uma Ética da Liberdade — que resulta do acatamento (obediência) subordinado à liberdade ditada pelo indivíduo que afirma o que lhe é recto da moral geral (tendencialmente universal?): e que são princípios de autonomia — e uma Ética de Obediência — ao que se nos destina inexoravelmente como condutas: os princípios de heteronomia —, e que se explicam, que convivem, evidentemente, pelas vias do meio, pelo que «destas se tomam a cargo»: trata-se da Ética da Responsabilidade, onde os princípios, norma de acção, sede, modo e expressão da moralidade, relações e valores são polarizadas no espaço intermédio como categorias para onde se *deslocam*, sem forçosamente estarem em processo dialéctico⁽¹²⁹⁾, mas que dificilmente vislum-

minho de uma Eugenia Liberal?, Almedina, 2006, pp. 42 e ss., e que João Carlos LOUREIRO, na sua *Apresentação* a esta obra, ilustra ainda com a raiz Kantiana, influenciando outros AA. como Karl-Otto Apel, Bernard Williams, Ronald Dworkin e Avishai Margalit, deixando avulsamente a distinção na seguinte «essência» que não resisto a reproduzir pela simples validade pedagógica que merece: «a moral refere-se ao domínio do justo, entendido como o universalizável, enquanto a ética aponta para uma dimensão de particularidade, que se exprime em questões pré-existenciais (plano individual) e ético-políticas (classicamente, o plano nacional), e que compreende também as questões da ética da espécie.». Com esta delimitação em mente esclareço a opção face às leituras daqueles AA. que usam Ética e Moral e mesmo Direito (opção normativa política das anteriores) em ocasional ou propositada sinonímia.

⁽¹²⁹⁾ Cf. Fernando GIL, *Mors Certa, Hora Incerta*, in AA.VV.: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 587-603, *maxime* 594 e ss.

Categorias	Ética da Liberdade	Ética da Responsabilidade	Ética da Obediência
Princípio da moralidade	• Liberdade (igualdade de direitos)	• Responsabilidade (equidade na partilha)	• Obediência (igualdade na submissão)
Norma da acção	• Imperativo categórico («age de tal maneira que»)	• Solidariedade e co-implicação («façamos de tal maneira que»)	• Caridade («dá»)
Sede de moralidade	• Causa da acção (intenção)	• A acção e o seu efeito	• Cumprimento da prescrição

bro poder deixar de o despoletar por força das recíprocas compressões e ajustamentos. Está aqui nitidamente em jogo a constelação proposta por Immanuel KANT, que conduz à emancipação humana, mercê da liberdade *conquistada*, imposta — posso mesmo afirmar — pela aquisição comunicacional que surge agora quase inata aos mínimos do que começa a ser requisito de *aculturação obrigatória*. A isto segue-se um desejável cosmopolitismo normativo que será, por sua vez, inato à comunidade humana mundial: comunidade na busca ambicionada de uma cidadania universal⁽¹³⁰⁾. Eis o *resto* previsível das operações aritméticas que resultam da caminhada humana: uma inevitabilidade para uma viagem boa... assim se revela a viagem.

Será inevitável retomar este tema quando abordar o rol de documentos normativos próprios do Direito Internacional Público, seja no domínio da «*soft law*» seja no domínio dos Tratados e Convenções onde vislumbro emergir dos «oceanos» a que aludi anteriormente uma disciplina do Direito da Medicina. É já uma necessidade, esta, de antecipar respostas e eventuais delimitações às legítimas aspirações sociais a uma melhor saúde quantitativa e qualitativamente distribuída (em medida *justa* desta *acção*): uma esperança superior de melhor vida, mas com acesso aos respectivos mecanismos colocado em termos mundiais. Urge pensar se à tese liberal vigente da liberdade

Modo da moralidade	· mais dever em relação a uma lei impessoal	· compaixão, princípio da piedade	· sacrificio
Expressão da moralidade	· respeito da pessoa	· comprometimento e ingerência	· respeito de Deus e da criação
Relação Ética	· sistema dual: intenção livre / lei moral	· sistema ternário: sujeito/outrem/acção	· sistema dual: acção / prescrição
Valores	· afirmação de si, <i>virtú</i>	· precariedade da vida, paciência	· salvação, resignação

O quadro é «assaz eloquente» (...) e «diz basilarmente que as categorias da responsabilidade não derivam quer do princípio da *autonomia* das éticas da liberdade, quer do princípio da *heteronomia* das éticas de obediência (...). A Ética da Responsabilidade assentará na *partilha equitativa dos direitos e dos deveres* e concentrará a sua atenção nas *implicações e nos efeitos da acção* que se estendem até muito longe: pode-se ser juridicamente responsável por actos de outrem.».

⁽¹³⁰⁾ Cf. Immanuel KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*: que cito em *O que é o Iluminismo?* (humanidade que perde o estatuto de menoridade) e propondo em termos *actua-listas* para uma generalização do uso da *razão* privada, a horizontalidade institucional expansiva das estruturas não-governamentais e das profissionais; e a *Ideia de Uma História Universal com um Propósito Cosmopolita* (em busca de uma «perfeita associação civil no género humano»), sem esgotar: in Immanuel KANT, *Vida, Pensamento e Obra*, Planeta De Agostini Ed., 2008, trad. Paulo Morão para Ed. 70, pp. 307-314 e 317-334, *maxime* 2.^a, 5.^a, 7.^a-9.^a proposições.

de investigação e de actuação Estadual não será necessário opor uma antítese socializante mas universal, criando barreiras, mesmo que em contracorrente. As tentações em torno dos *poderes de Deus* são esquizofrénicas: se é certo que, como de forma quase literária, despretensiosa mas perspicaz, é impressionante o que escreve Clara PINTO CORREIA⁽¹³¹⁾ sobre a existência de «*colegas clone heads*» convencidos sobre a possibilidade efectiva de, por via de células clonadas do próprio, poder estabelecer «uma reparação selectiva de órgãos decadentes» de sorte a elevar até cerca de trezentos anos a esperança de vida individual⁽¹³²⁾. E em seguida segue para a descrição de alguns problemas con-

(131) Cf. Clara PINTO CORREIA, *Na Linha da Frente na Manipulação de Gâmetas e Embriões: Alguma Gíria para o Futuro*, in AA.VV.: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 521-534, *maxime* 532.

(132) O Editorial de *Ciência* do *Jornal Público*, datado de 17/09/2013, do punho de Nicolau Ferreira, *Genética*, p. 26: dá conta dos resultados de pequeno estudo *piloto* prosseguido com base na adopção de estilos de vida saudável durante cinco anos em um grupo de controlo de dez pacientes com cancro na próstata, em fase inicial, face a um segundo grupo de vinte e cinco pessoas, nas mesmas circunstâncias, que não se submeteram às alterações programadas dos respectivos padrões de vida. O estudo foi publicado na *Revista Lancet Oncology*, liderado por Dean ORNISCH, da Universidade da Califórnia, na sequência dos estudos anteriores sobre a telomerase, de 2009 (Elizabeth BLACKBURN, Jack SZOSTAK e Carol GREIDER: prémio Nobel desse ano), que referenciou um enzima que permite acrescentar pedaços repetidos de ADN aos telómeros, adiando assim o envelhecimento das células. Segundo a notícia «os telómeros podem aumentar à medida que se muda o estilo de vida» e a investigação dá indicação de que telómeros maiores se associam a um número inferior de doenças e a uma vida mais longa. «Os telómeros são pedacinhos repetidos de ADN que não codificam nada, ao contrário dos genes, mas que protegem o material genético, evitando que este seja digerido por enzimas ou que ocorram fusões das extremidades das moléculas.». Os resultados dão nota de que o tamanho dos telómeros aumentou no primeiro grupo procurando-se agora neste indício alargar os estudos para confirmar a eventual relação causal que se suspeita existir, indo igualmente além da doença em causa em direcção ao envelhecimento em geral. Isto por via «natural», contudo a telomerase (segundo o projecto do estudo inicial de 1985 das aludidas Elizabeth Blackburn e Carol Greiden) consiste em tentar reverter o processo de senescência celular e conseqüente atrofia de alguns tecidos, invertendo por via artificial a actividade de telomerase. Estas primeiras investigações abrandaram pois verificou-se que a telomerase tornava inactivo um gene específico supressor tumoral. Mais recentemente os estudos foram retomados para determinados tipos de nosologias (cf. Kathleen M. WONG, *The Immortality Enzyme*, Qb3, 09/2009, *California Institute for Quantitative Bioscience*, in www.qb3.org/news-and-events/archive/the-immortality-enzyme). Da mesma forma também os efeitos de reversão aparecem referenciados nos estudos como reacção em processos de amplificação de material genético pelo método PCR para a respectiva quantificação e identificação de DNA em genoma humano, por via da aplicação de determinados componentes, como é referenciado para as experimentações científicas conduzidas com *Standart Reference Material:SRM 2372*, cf. John Marshall BUTLER, *Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology*, AcademicPressof Elsevier ed., San Diego, 2012, pp. 76 e ss., *maxime* 78 e 79.

figuráveis em torno de efeitos, de desvios e de desequilíbrios consequentes ao nível social, antropológico, económico, etc. (alteração de paradigmas, idades de reforma, estagnações de várias sortes), para, de súbito, arrepiar caminho face à escatologia catastrófica e afirmar:

«Tudo tem um preço. Faz parte da nossa maturidade assumirmos que não podemos usufruir de benefícios sem pagar impostos. Antes da Revolução Industrial, não havia poluição, mas alguém quer voltar a viver como se vivia dantes? Antes dos problemas tremendos criados pelos pesticidas, existiam pragas horríveis e fomes bíblicas. Ao menos desta vez, se estivermos acordados, a factura da mudança não vai apanhar-nos de surpresa. Isso é novíssimo, e é importantíssimo.»⁽¹³³⁾

Pois sim. É evidente que ao tempo que escrevo estas linhas o Mundo da matriz ocidental perpassa as convulsões de mais um imbrincado de crises, retomando uma multiplicidade viral de *doenças económicas e financeiras e bélicas* — que encontram metaforicamente um paralelo com os surtos e pavores causados pelas já mencionadas pestes medievais — cujas sequelas e mensurabilidade de contaminação não permite mais a um comum mortal do que erguer os olhos aos astros e por ali exercitar «(re)visões históricas», «cogitações» e, até, «adivinhações», sobre o futuro, *encomendando-se* a um destino em que a álea está quer nas clássicas forças da natureza quer nas arte humanas, quando indomesticáveis. Não é indiferente esta envolvência, pelo que a reitero e sublinho; talvez os momentos de crise sirvam, a um tempo, como catapulta para reinvenções e fonte de relativizações lúcidas, pela visão realista das frustrações. As implicações dos «vendavais das crises» — prévias, coevas e de auspícios — mais globais sobre o tema que me proponho abordar são de uma evidência e multiplicação que me faltam as tintas e as linhas. Sempre poupo igualmente o leitor, ao menos até o confrontar com outras crises, perfeitamente previsíveis, nas esferas dos «ventos contrários» das legitimidades sobre o futuro genético ou sobre os avanços e recuos da saúde da humanidade. Isto é, o que deve ser «domesticável». Para aquele primeiro problema, acolho-me nos paradoxos sobre a constatação de um «cansaço ocidental»⁽¹³⁴⁾

⁽¹³³⁾ Cf. Clara PINTO CORREIA, *Na Linha da Frente na Manipulação de Gâmetas e Embriões... cit.*, p. 532.

⁽¹³⁴⁾ Nesta parte sigo de perto a obra de Silvério da ROCHA-CUNHA, *O Improvável que Aconteceu & Outros Estudos em torno de Dilemas do Direito e da Política numa Era Global* (prefácio de Fernando José BRONZE), Ed. Humus, 2008, pp. 19 e 213 e ss., sem descartar os desafios que leio concomitantes e traçados em Boaventura de SOUSA SANTOS, *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*, Vol. I, Ed. Afrontamento, 2000, pp. 23-36, 70 e ss., 98 e ss., 129 e ss., e 152 e ss., 190 e ss.; Cap. V.

que concita o discurso de um sem número de autores com autoridade inquestionável que nos legam interrogações e respostas parcelares colhidas em sucessivas interrogações... E é nisto que, afinal, se ressuscita o melhor da filosofia primeva⁽¹³⁵⁾.

Durante um momento em que a instalação Constitucional ainda causa convulsões nos modelos de Estados-de-Direito, uma parte significativa do Mundo prepara-se já para a comunidade universal. É tarefa onde reconheço apenas uma pragmática diáspora individual, mas universalmente verificável: foi facilitada pela precipitação comunicacional e dos transportes. As pequenas e grandes migrações fundem valores, como se as várias *formigas humanas* dos inúmeros *formigueiros* procedessem a um diálogo conciliador nos seus fugazes encontros. *A mensagem, a palavra, segue assim reveladora*. São novas tessituras em construção frenética. É plausível e apetitoso afugentar o «mundo de sombras» das tentativas de construção de estruturas universais, tendencialmente globais portanto, segundo novos olhos que não esgotem a refundação democrática⁽¹³⁶⁾; as soluções sobre as finitudes e contradições das

⁽¹³⁵⁾ Penso em Sócrates e Platão e nas respectivas metodologias da questionação implacável e sucessiva até à chacina tautológica do magistério das premissas. Ilustro o que afirmo com o recurso a algumas falácias retóricas retiradas do discurso do próprio Sofista Hípias, para a consideração final da manutenção da dúvida para lá da constatação da própria auto-crítica sobre as suas premissas dialógicas, cf. PLATÃO, *Hípias (menor), Diálogo Sobre o Engano* (trad. Sant'Anna Dionísio), Seara Nova, 1945, *maxime* p. 44, de onde extraio o seguinte trecho conclusivo: «Comigo dá-se o mesmo Hípias, é impossível concordar comigo. E todavia é o que neste momento o raciocínio nos impõe. Mas como há pouco te dizia, não faço outra coisa senão variar de opinião a este respeito; umas vezes penso de um modo, outras vezes de outro. Simplesmente, que eu seja tão pouco estável sobre um assunto destes, eu ou outro ignorante qualquer, não é de admirar. Mas que vós, sábios, sejais atreitos às mesmas versatilidades, isso é que é terrível para nós mesmos, porque, nestas circunstâncias, é inútil recorrer ao vosso saber; assim, ninguém nos libertará das nossas incertezas.»

⁽¹³⁶⁾ Cf. Silvério da ROCHA-CUNHA, *O Improvável que Aconteceu... cit.*, pp. 29 e ss. Sendo certo que mantenho aqui presente a análise crítica de Carl SCHMIDT apontada ao Liberalismo no decurso da crise do princípio do séc. XX, no paroxismo que assombrou o Mundo e o transformou em 1929: «O pensamento liberal contorna ou ignora o Estado e a Política para se mover na polaridade de duas esferas heterónomas, a saber: a economia e a moral (...)». Daqui o A. faz decorrer para o terreno político o embate entre 'concorrência' pelo lado da economia e o 'debate' pelo lado do espírito, explicando o que leio serem as forças *dos interesses* que se movem para lá das fronteiras e influenciam determinadamente o espaço institucional *político e jurídico* por superarem as próprias soberanias ao abrigo das *liberdades clássicas da universalidade do tráfego mercantil*. Cf. ID., *La Notion de Politique* (1932: originariamente de 1927) e *Théorie du Partisan* (1962), obras em reed. Calmann-Levy, 1994 (Emmanuel Fournier), pp. 117 e s. Na obra seguinte (*Théorie du Partisan*) C. SCHMIDT delinea e interroga e responde sobre as sequelas imperialistas decorrentes do fim da II GM, realidade que se torna fulcral e marca a delimitação do que veio a ser apelidado pela construção do

delimitações territoriais e suas extinções ou diluições⁽¹³⁷⁾; e assumir os tempos inevitáveis dos reconhecimentos e do ensejo da reabilitação e reajustamento de uma Humanidade reconstruída ou sobre um moto-contínuo (como se fosse possível gaguejar: ne-neo-re-re-renascimento)⁽¹³⁸⁾. Com a humildade de procurar apenas ser o mais rigoroso possível, para não afugentar atenções (antes as invocar e, como na canção: manter interessados os *olhos teus*),

Euromundo com as derivas Americana, Soviética e Chinesa e ulterior emergência dos «Países dos 3 A», com as respectivas replicações e variantes que parecem ter seguido rumo algo cerca do apontado por John RAWLS, no liberalismo com que circunscreveu a sua *Teoria da Justiça*, cf. Ed. Martins Fontes, S. Paulo, 1977 (uma concepção do justo enquanto equitativo universalmente aplicável), não apenas nos acontecimentos do final do séc. XX no «Bloco de Leste», como nas circunstâncias do crescimento e expansão chinesas mais recentes, como no «enriquecimento» de jazidas a sul do Equador em vários dos países dos 3 A., mas em que o pluralismo e as diversidades forçam a reduzir e a fragmentar (o reconhecimento das dificuldades da ambição na construção de uma sociedade bem ordenada) para permanecerem compreensíveis ainda naquele cunho de uma explicação com conotações liberais, que para ser digerível merece, no seu mínimo, receber as próprias rectificações enquanto mera concepção política de justiça, que não metafísica, que o próprio John RAWLS traça em *Justiça e Democracia*, Martins Fontes, S. Paulo, 2002, pp. 201-241 (ISBN 85-336-1207-9). Amartya Sen, apoiando as rectificações, acompanha Rawls, mas parece ler-lhe uma busca de uma *relevância dos comportamentos reais* em vista de uma remodelação do comportamento efectivo das pessoas que concilie os princípios da justiça social com as escolhas das pessoas. Tanto conduz a uma necessária superação das (re)leituras das perspectivas contratualistas (um contrato social aceite por todos?) e alicerçar-se no célebre de «espectador imparcial» de Adam Smith para, com, persistindo com coerência em uma visão universal (maximização da adição máxima das utilidades) reavaliar e construir as suas *perspectivas globais*, cf. Amartya SEN, *A Ideia de Justiça*, Almedina, 2012, pp. 105-124 (ISBN 978-972-40-4801-7).

⁽¹³⁷⁾ Cf. Silvério da ROCHA-CUNHA, *O Improvável que Aconteceu... cit.*, pp. 69 e ss.

⁽¹³⁸⁾ Cf. Silvério da ROCHA-CUNHA, *O Improvável que Aconteceu... cit.*, pp. 87 e ss., 97 e ss., 129 e ss. Neste cadinho, para uma sugestão ou proposta acerca dos parâmetros para uma *Transição Paradigmática*, Cf. Boaventura de SOUSA SANTOS, *A Crítica da Razão Indolente... cit.: Não disparem sobre o Utopista*, Cap. VI. Em sentido algo semelhante, ao *arrepio* desafiante do aviso de Ludwig WITTGENSTEIN sobre os efeitos no Mundo onde surgisse um *Código Universal de Ética*, sugere-o Peter SINGER, in *Ética para Um Só Mundo*, in AA.VV.: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 701-714, onde conclui pela concreta aplicação da apelidada *Lei de Ouro* ou *Lei de Bronze*, sobre sustentabilidade universal a partir da máxima de actuação recíproca que KANT imortalizou. A actuação recíproca não pode individualizar-se mas assumir foros de dever-ser individual para um número também global de pessoas e de situações. Outras fontes de referência sublinho-as entre nós em José Manuel PUREZA, *El patrimonio común de la humanidad: Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?* Ed. Trotta, Madrid, 2002; e, em vizinhança, em Antonio TRUYOL Y SERRA, *De una sociedad internacional fragmentada a una sociedad mundial en gésation. A propósito de la globalización*. Obra póstuma editada por ocasião das comemorações do decesso do A. em Outubro de 2003, pela Faculdade de Ciencias Políticas e Sociologia da Universidade Complutense de Madrid, 2003.

acrescento *por empréstimo*: um Mundo onde a atopia parece estar a instalar-se, senão mesmo já instalada ⁽¹³⁹⁾.

III. § 2.º Uma ordem normativa disciplinada ou uma normação *mil-folhas*

Entre as variações do que se impõe para regulação, e antecipando o que a propósito desta me imponho, sinto a necessidade de justificar as razões pelas quais calcorreio terrenos que podem parecer apenas aparentemente vizinhos (do ou) dos sistemas jurídicos propriamente ditos. Sucede que, seguindo a lição de Orlando de Carvalho, o ordenamento terá de exprimir a mentalidade que se vive e esta terá de não se divorciar dos dados a fornecer, para, em diagnóstico, ser inteligível e exprimir as suas traduções ordenadoras como uma contínua *ars inveniendi* que não pode deixar de ser.

Ao pretender expor a realidade subjacente é já o material normativo que tenho em vista, em relação ao qual procurarei em seguida discernir o útil do espúrio para a arquitectura que o legislador tem de levar por diante para disciplinar os valores em questão. Apenas com o entendimento do que seja *a tática e a estratégia* do ordenamento (componentes técnicas, sociológicas, económicas ideológicas, etc.) permito-me alicerçar «um sistema de comunicação da matéria da lei e um sistema de persuasão sobre o interesse da lei» (...), e em auxílio desta audácia peço emprestado um parágrafo ímpar ao Mestre que venho seguindo neste aspecto:

«É esta intencionalidade do sistema do sistema de exposição — até no risco, que indubitavelmente contém, de exagerar ou mistificar o programa da lei — que o apetrecha para a real pedagogia que é a função número um que ele desempenha no Direito. Mas é evidente que essa ‘montagem’ das normas — essa *embalagem* da mercadoria jurídica — mesmo abstraído dos exageros ou mistificações em que incorra, contribui, e não pouco, para a relatividade do sistema (enquanto é sempre uma *apresentação* do Direito que, por inequívoca ou fidedigna que seja, nunca é o Direito e, por conseguinte, cogente).» ⁽¹⁴⁰⁾

⁽¹³⁹⁾ Uso a expressão *atopia* com o significado dado por Helmut WILLKE, de que nos encontramos actualmente em «...uma sociedade em que é irrelevante o local» por contraposição a *utopia*: lugar que não existe (cf. ID., *Atopia: Studien zur atopischen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 2001, p. 13), *apud* João Carlos LOUREIRO, in *Nota de Apresentação*, à obra de Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal?* (trad. Maria Benedita Bettencourt), Almedina, 2006, pp. 28 e s.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf., Orlando de CARVALHO, *Para uma Teoria*, in *Teoria Geral... cit.*, pp. 46 a 48 que animaram, no âmbito abstracto que revelam, o parágrafo em referência.

Por aqui afirmo a conveniência de ir apontando, além da voracidade do tempo e das realizações tecnológicas, a corrente amniótica que a Medicina recebe de todas as fontes, pois será por aqui que circunscreverei o emparcelamento ordenador, mormente o jurídico, que aquela reivindica às disciplinas e ciências situados em seu redor, ao de cima e para onde vaza a sua significância, em síntese: até onde o arco delineado entre o preceptivo «não matará» e o mais simples desiderato de «felicidade» recebem tributo múltiplo de atributos e opções.

III. § 3.º Um contexto para o futuro.

Segundo Hans JONAS,

«'Não matará' foi formulado porque o homem tem o poder de matar e frequentes vezes ocasião e mesmo inclinação para tanto — em suma, porque matar é algo que efectivamente se faz. É apenas sobre pressão de reais hábitos de acção, e geralmente sob a pressão do facto de sempre a acção já estar a ter lugar, sem que isso tenha de começar por ser ordenado, que a ética, como regulamentação de tal acção à luz do bem ou do permitido, faz a sua entrada em cena. Tal *pressão* emana dos novos poderes tecnológicos do homem, exercendo-se pelo simples facto da sua existência. Se eles são realmente novos em género, como aqui se sustenta, e se em virtude do tipo das suas potenciais consequências aboliram realmente a neutralidade moral de que gozava até agora o trato técnico com a matéria — então a pressão que exercem exige que se procurem novas prescrições éticas com competência para assumir a direcção deles (...). Se forem aceites, então nós que fazemos do pensar a nosso officio, temos tarefa para o resto da nossa vida. Temos de executar a tempo, pois já que de qualquer modo agimos teremos em qualquer caso uma ou outra ética e, na ausência de um supremo esforço para determinar a correcta, poderemos ver-nos a braços com a errada por negligência nossa.».⁽¹⁴¹⁾

A expressão "lei de bronze" é retirada da tirada de Goethe sobre as "*ewigen, ehernen großen Gesetzen*" ("as leis eternas, as grandes leis de bronze"). A expressão "lei de bronze" acaba por ser, como afirmou Karl Marx na sua «*Crítica ao Programa de Gotha*», uma verdadeira «contra-senha pela qual os cren-tes ortodoxos se reconhecem»⁽¹⁴²⁾. Posso assim associar a expressão a um

⁽¹⁴¹⁾ Cf. Hans JONAS, *Ética, Medicina e Técnica*, Vega, 1994, pp. 60 e s.

⁽¹⁴²⁾ Tomando-a como inevitabilidade segundo a qual: «devemos viver na consciência de uma maior responsabilidade pelo futuro e pela vida das gerações vindouras. Quer isto dizer também que devemos procurar a harmonia, criar e conservar equilíbrios entre os grupos de interesses dos homens, e ainda entre as necessidades da humanidade e a sua dependência da manutenção da natureza. Todas estas tarefas são de molde a que cada qual nelas participe, tanto no que se faz como no que se deixa de fazer, e em todas as consequências. O desa-

postulado rígido, empedernido, em que constato uma abstracção positivista absoluta imune à realidade, o mesmo é dizer, tida por defensável para lá do que surge (agrida) esta mesma realidade social.

Tomo por evidente que a asserção petrificante que decorre do parágrafo antecedente deve ser amenizada pela visão individual (subjectiva, não relativa) que comporte uma componente *dialógica*. Eis o que parece ainda residir no «seio» das lucubrações do próprio Goethe, que terá afirmado: «O mundo só avança graças aos que se lhe opõem»⁽¹⁴³⁾. Neste sentido em que me quero expressar, melhor o fez Bernard Williams⁽¹⁴⁴⁾ quando afirmou: «Nem sempre é necessário ultrapassar o desacordo.». Perante a simplicidade e a abrangência da frase dispensam-se grandes comentários. Em rigor, o desacordo «pode ser um traço importante e constitutivo das nossas relações com os outros e pode também ser visto como algo com que se há-de contar, atendendo às melhores explicações de que dispomos acerca do modo como surge...»⁽¹⁴⁵⁾; no fundo permite a delimitação compreensiva do(s) problema(s) suscitado(s) pelos factores potenciais, vertiginosos, de um desacordo presentido. Devo ainda sublinhar a primeira premissa da asserção de WILLIAMS: perante o desacordo, ocorre um momento optimista quando o agente assume como requisito prévio para o enunciado da sua argumentação um absoluto respeito pelo carácter do seu interlocutor. Talvez a primeira interpretação careça de certificação e de melhor precisão sobre o respectivo sentido e alcance. Eis o que me surge como um imperativo na actuação e no discurso humano. Como

fio que nos apresenta o mundo em mudança é considerável...», cf. GADAMER: *Herança e Futuro da Europa*, cit., p. 112. Da mesma sorte, também Hans JONAS, *Ética, Medicina e Técnica...* cit., pp. 43 e s., alerta para o que considera o esbatimento entre a cidade e a natureza e a integração invasiva daquela sobre esta, tornando anacrónica e, direi eu, imensamente temerária a sentença: *Fiat justitia, pereat mundus* (faça-se justiça nem que pereça o mundo), exactamente porque o «mundo», a Natureza, era imperativamente imperecível, realidade que nos tempos que correm é progressiva e perigosamente questionável, senão mesmo uma ambição pela qual «vale a pena fazer correr Sammy»), por referência ao romance de Budd SCHULBERG, *What Makes Sammy Run*, Random House, NY, 1990: ISBN 0-679-73422-8 (edição portuguesa — Francisco Mata — da Odisseia ed., tipografia do *Jornal do Fundão*, Setembro de 1966: *Que faz correr Sammy?*) em que a trama é traçada em torno de um pobre rapaz que, por ter andado descalço, tem uma obsessão por sapatos em toda a ascensão da sua carreira...

⁽¹⁴³⁾ Recolhi a frase e a atribuída suspeita da autoria em Silvério da ROCHA E CUNHA, *O Improvável que Aconteceu: & outros estudos...* cit., p. 19.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. Arthur KLEINMAN, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Ed. Fontana, Londres, 1985, p. 133.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. ID., *ibid.*

afirma Jürgen Habermas, a comunicação constitui um *poder que nos transcende*:

«A linguagem não é nenhuma propriedade privada. Ninguém detém o exclusivo deste meio de entendimento comum que todos temos de intersubjectivamente partilhar. Nenhum participante isolado pode controlar a estrutura, ou sequer o curso, dos processos de compreensão e de autocompreensão.»⁽¹⁴⁶⁾.

Eis o que parece central para o que seja um bom entendimento de uma das nossas obrigações primárias: a expressão de uma projecção de agência relacional entre esferas de liberdade comunicantes. Mas a comunicabilidade é ela própria uma fonte de análises de antagonismos múltiplos que se caldeiam nos círculos alargados do indivíduo, onde se expõe na formação da sua vontade, onde formula e disciplina as tensões. São as *comunidades*: a dos afectos (que se apelida ainda de comunidade familiar); a das cumplicidades (das relações próximas do trabalho, do lazer, dos interesses comunitaristas, etc.); ou a alargada das intervenções cívicas (nacional e transnacional; enquanto cidadão, cidadão do mundo). Cada um destes contextos oferece dimensões distintas dos discursos conflitantes, dos silêncios da irrelevância, do desinteresse ou da censura, até aos excessos da violência, seja a automutilação seja a da hétero-agressividade⁽¹⁴⁷⁾. Estas forças assistem tanto ao indivíduo como às instituições onde as correntes discursivas igualmente se expõem. Trata-se de processos em que as oposições derivam dos poderes de pontos de vista controversos que são processados até uma decisão: uma decisão que, ao proferir-se, será impositiva até à próxima fonte de contestação. Mas, como afirma Chaïm Perelman:

«Para que semelhante controvérsia possa instaurar-se e fazer valer todos os interesses em pauta, é necessário que, como em um processo, as partes opostas possam fazer-se ouvir. Somente uma argumentação em sentido diverso permite compreender o processo dialéctico...»⁽¹⁴⁸⁾

Vale isto, quer para a formação do Direito, como a propósito discorre o Autor em referência, quer para a manifestação de vontade, forçosamente relacional mercê da superação necessária dos conflitos que alertam antes das propostas de solução dos problemas. Haverá que tocar esta *campanha* antes

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana... cit.*, p. 51.

⁽¹⁴⁷⁾ Neste sentido, cf. Boaventura SOUSA SANTOS, *Introdução a uma Ciência Pós-moderna... cit.*, pp. 177 e s.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. Chaïm PERELMAN, *Lógica Jurídica*, (trad. Verginia K. Pupì), Martins Fontes Ed., S. Paulo, 2000 (ISBN 85-336-0959-0), p. 201;

de me propor ou aceitar entrar em domicílio alheio e, aí, respeitar fazendo-me respeitar, onde a cerimónia não afaste a franqueza e o discurso não fique tolhido pela divergência. Eis uma premissa fulcral do meu raciocínio onde cerimónia e divergência ou não existem ou têm forçosamente de ser superáveis pelos mecanismos culturais e cogentes, respectivamente.

III. § 4.º Desvelar a doença: um consentimento relutante

As tensões entre estas vivências internas e externas da saúde e da doença, descontado o que o choque sempre importa por via exógena em matéria do alcance da ignorância e das suas nefastas sequelas, deram já azo a teorizações antropológicas cépticas, exactamente quanto ao paternalismo que assumem ser vigente no discurso institucional do poder. É o caso de Arthur Kleinman⁽¹⁴⁹⁾, a quem parece confranger ter de rotular como revelador de uma fraca sensibilidade o inevitável desprezo dos planos tendencialmente generalistas das políticas de saúde. Vistos em termos de afectação de recursos, caem em meras contabilidades sobre custos e benefícios, seja a jusante, seja a montante, e como tal propendem para ser levados a cabo com visões abstractas sobre o que seja o sofrimento dos pacientes⁽¹⁵⁰⁾, quando as políticas sobre saúde não deveriam nunca alhear-se da respectiva visão antropológica, que viabiliza a aproximação ao que seja o «real sofrimento» da comunidade visada. Fica-me o travo amargo de uma séria suspeita de que também este ponto de vista ergue apenas a necessidade de rodear tudo quanto seja atinente à relação entre o agente médico e o paciente, com um esforço para o esclarecimento... incluindo o esclarecimento sobre o que existe e/ou inexistente alhures, isto é, no «mundo» ou nas comunidades com diferentes recursos científicos, materiais, etc. Não me é de todo indiferente saber que poderia sobreviver estando «do

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. Arthur KLEINMAN, *Writing at the Margin: Discourse between Anthropology and Medicine*, University of Californian Press, 1995 (integral).

⁽¹⁵⁰⁾ O conceito de sofrimento do paciente para este raciocínio deverá ser aqui o proposto por WITTGENSTEIN, de dor auto-compreensiva: *sentir ou não sentir dor é igual a ter ou não ter dor...* pelo que o agente médico mais não pode do que mostrar perplexidade perante uma ou outra das informações sobre a qual não vislumbre evidência. A evidência sobre as diferenças individuais dispensa a invocação de uma autoridade, mas a feliz frase exemplificativa usada não.

outro lado do Mundo»⁽¹⁵¹⁾. Ainda que perante a minha impotência, a mera notícia poderá levar-me a esforçar para canalizar outros para essa «terra de salvação» ou, pelo contrário, desviar-me dela. Mais singelamente servem os exemplos da auto-provação individual por uma causa ou o de um alvitre de natureza religiosa.

Não me desconcentro obviamente ante as alternativas existentes nos possíveis «modelos de saúde e de doença», a saber: o estritamente «biomédico»; o «psicossomático»; o «biopsicossocial» e o «holístico»⁽¹⁵²⁾. Neste campo, haverá que convir com os autores que aceitem que a progressão da medicina se condenará paradoxalmente a uma perspectiva reducionista, caso se circunscreva à magnífica progressão das descobertas científicas, i.e., a modelos, estruturas e processos biológicos e físico-químicos... até chegar ao extremo de um modelo verdadeiramente *biomecânico*⁽¹⁵³⁾, sem que nesse reduto se force fazer conviver — não desprezar — a *humanidade* ínsita, inalienável, ao *ser humano*⁽¹⁵⁴⁾.

E tanto significa delinear uma «regra de bronze», ou «regra de ouro», como se queira, segundo a qual os parâmetros individuais podem encontrar restrições onde não exista uma manifestação de vontade ponderável, ou mesmo perante esta manifestação de vontade quando em conflito axiológico com bens que exigem sacrifícios, que sejam universalmente mais relevantes em termos sociais. Casos contados, preferencialmente, segundo regras cogentes, onde a ciência do Direito permite e suplanta os dilemas éticos ou os morais, por via pragmática de um dever-ser racional que atende à mesma solidariedade social que anima o avanço tecnológico. Primeiro a vontade do pró-

(151) Neste sentido, a perspectiva nua e crua sobre a fome, a doença e a pobreza no Mundo, que persiste e cresce desde a retoma da metade do século passado, que é sintetizada por alguns AA. para fundar relances mais controversos, deixam algum rasto, no mínimo desconfortável, mas sempre despertam atenções. É o caso de Peter SINGER: cf. *Fome, Riqueza e Moralidade e A Solução (...) para a Pobreza no Mundo*, in *Escritos sobre uma Vida Ética*, D. Quixote, 2008, pp. 121-132 e 133-138, respectivamente.

(152) Cf. Joaquim da CRUZ REIS, *O Sorriso de Hipócrates – A integração biopsicossocial dos processos de saúde e doença*, Vega, 1998, pp. 37 e ss. e 145 e ss.

(153) Thurevon UEXCULL & H. PAULI, *The Mind-Body Problem in Medicine, Advances*, 3, 4 (pp. 159 a 174), cf. p. 159, traçam um quadro semi-ficcional em que a disfunção da doença permite um concerto, uma reparação pela cirurgia (mecanismo físico) ou química (farmácia). Os receios em torno da *robotização* do ser humano constituem uma constante em muitos outros AA. de forma que já pode ser tida como um *clássico* do cepticismo.

(154) Parece ser este o *aviso* de René Jules DUBOS, *Man Adapting New Haven*, Yale University Press, 1980, (reed. de 1965), pp. 19 e s.

prio, mas depois, mesmo contra esta, a protecção dos modelos sobre as virtudes da distribuição da escassez que está associada à demanda da saúde adentro de um corpo humano — condições físico-psíquicas prévias individuais — e, de igual modo, aos meios médicos, medicamentosos e técnicos disponíveis e adequados às finalidades.

Não uma medicina hipotecada na saúde, mas uma máxima qualidade possível de saúde a temperar a quantidade de recursos médicos aplicáveis. De acordo com os visados, paciente e agente médico, até onde aquele o permita e os *cabedais* sociais ofereçam cabimento. Na ausência de uma vontade do visado então, reforçarei adiante, a dignidade exige liberdade e esta não poderá deixar de ser acarinhada onde se *deve* reconhecer mais do que a mera essência: a coexistência, ou seja, não como meramente *autista*, mas responsavelmente em sucessivas e recíprocas vivências interactivas no corpo... social.

III. § 5.º Imperativos para conciliações

A tudo isto acresce que as inovações já atingidas e as iminentes parecem absolutamente inconciliáveis, como tantas vezes aconteceu já no fantástico percurso humano: depois das virtudes a que se chegou em matéria genética, por exemplo, no campo da inseminação artificial, a conjugação harmónica com a cessação absolutamente arbitrária voluntária da gravidez (recorrendo até aos serviços sociais disponibilizados no ocidente, gratuitamente ou a custo de intervenção social apoiada), edifica um conjunto de assuntos polémicos em que muitos argumentos contrários não são fáceis de superar. Nestes termos tenho de divergir (sobre a cessação voluntária da gravidez) e convergir (sobre alguns aspectos das intervenções eugénicas) com Jürgen Habermas, quer quanto ao prognóstico sociológico da irreversibilidade dos caminhos já percorridos, quer quando afirma expressamente:

«No quadro de uma reflexão jurídico-normativa do fáctico não faz mais do que alimentar o receio, por parte de uma opinião pública céptica, de que a dinâmica sistémica entre ciência, técnica e economia produza *faits accomplis* que não consigamos já controlar normativamente.».

Especialmente, como diz o mesmo A. (que sigo agora de perto), quando os interesses por estas áreas de investigação despertaram os interesses dos mer-

cados de capitais⁽¹⁵⁵⁾. E prosseguem os interesses conjecturáveis até linhas de produção genética de órgãos para compra e venda — onde a mera cosmética (progressivamente terapêutica, terei de admitir, ou absolutamente banalizada como a colocação de um supositório), poderá vir a representar a *linha da procura no mercado* — etc., em campos onde pululam convulsões éticas ou vazios de valores ou novos valores que preenchem silenciosamente os vazios. Nestes termos, é impressionante o aviso de Habermas:

«Desde que a pesquisa biogenética se aliou aos interesses dos investidores e à pressão para o sucesso, fomentada pelos governos nacionais, o progresso biotecnológico desenvolve uma dinâmica que ameaça cilindrar os próximos processos normativos de esclarecimento na esfera pública.»⁽¹⁵⁶⁾

⁽¹⁵⁵⁾ Cf. Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana... cit.*, pp. 58 e s.

⁽¹⁵⁶⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 59. Todavia, os percursos aqui em causa justificam cautelas. Tenho plena consciência da enorme e profunda controvérsia em torno destes temas. Mesmo sem emprestar qualquer importância ao apelidado «fantasma» alemão usualmente esgrimido pelos detentores dos estandartes das novas perspectivas éticas, existem argumentos a ponderar, como seja o caso do *minimalismo individual utilitarista* defendido por Peter SINGER, *Escritos sobre uma Vida Ética*, Ed. D. Quixote, 2008, cf. pp. 30-34, *máxime* 34, onde questiona — radicalmente — o peso relativo de acções concretas e respectivos valores subjacentes, desafiando o relativismo fragmentado das esferas de interesses com que pondera serem múltiplas perspectivas. Assim, em defesa do utilitarismo, encontra-o defensável «logo que aplicamos o aspecto universal da ética à tomada de decisões simples, pré-éticas», permitindo superar as dificuldades em que os valores universais (alguns aspectos dos direitos individuais, da santidade da vida, justiça, etc.) se mostram incompatíveis com o utilitarismo perspectivado fora do seu campo correcto, i.e, da *universalização (ética/moral) das tomadas decisões baseada no interesse pessoal*. Adiante refere este A. em termos casuísticos a contradição entre a discussão sobre a utilização de órgãos de uma criança anencéfala que criou uma discussão judicial em Itália (Bebé Valentina: 1992) e um outro caso do mesmo ano, ocorrido em Pittsburgh, em que um cirurgião retirou um fígado a um «babuíno saudável» para o transplantar para um «homem que estava a morrer de uma doença do fígado». Não houve intervenção judicial pese embora os protestos de grupos de protecção dos animais... «O babuíno — um animal saudável, senciente, inteligente, comunicativo — foi morto imediatamente (...) o paciente morreu cerca de dois meses depois.», cf. pp. 94 e ss.; e sobre a «sombra de Hitler» e sobre *vidas que não valem a pena viver*, cf. pp. 215 e s. e 217 e ss.. Em sentido igualmente crítico, mas convido na necessidade de configurar limites à investigação (no caso a eugenia) perante «uma quantidade de problemas científicos que desaconselhem o seu uso», cf. Victoria CAMPS; contudo, parece rechaçar que caiba à Ética a missão de julgar o que seja mera especulação, concluindo de forma semi-irónica, semi-contraditória, quando afirma: «No está mal que la filosofia, por una vez, se adelante a los echos. Lo que puede ocurrir es que esses hechos no lleguen jamás.»; cf. *Que hay de malo en la eugenia?*, Rev. *Isegoria* (2002 n.º 27), (<http://isegoria.revistas.csic>), p. 67 e ss. Posto assim, parece que a experimentação possui simultaneamente as virtudes e os problemas, tal como o referiu MEULDERS-KLEIN: o melhor e o pior, caso se não domestique o instinto liberal extremo de um RORTY.

A asserção não é isenta de antíteses — é possível recolher nos variados jornais exemplos cujas leituras são de esperança benigna, até se apurarem os termos e condições em que possam vir a ser fonte de utilização social⁽¹⁵⁷⁾ —,

(157) Cf. *Jornal Público* (04/07/2013, p. 26), onde sob o título: *Medicina Regenerativa*, Ana GERSCHENFELD deu conta de que a equipa liderada pelo cientista Takanori TAKEBE, da Universidade de Yokohama, Japão, fez chegar à comunidade científica notícia de que deu eco a *Revista Nature* de 03/04 Julho de 2013, segundo a qual, ao cultivar uma mistura de vários tipos de células para tentar gerar camadas de tecido hepático humano tiveram a surpresa de passadas 48h as ditas células se tinham auto-organizado em estruturas tridimensionais semelhantes a fígados humanos nas primeiras fases do seu desenvolvimento embrionário. A constatação parece apontar para a possibilidade de «as células estaminais pluripotenciais induzidas (i.e., células adultas reprogramadas geneticamente para *regressar à infância*) ...» terem a faculdade de desenvolver-se ou transformar-se em tecidos dos organismos humanos (de onde provieram). Segundo a *Nature* «isto sugere que o transplante de esboços de órgãos poderá representar uma nova e promissora abordagem da medicina regenerativa». Tanto mais assim será se os processos vierem a revelar-se analogamente quanto a células estaminais que se mostrem igualmente dotadas de pluripotencialidade para o desenvolvimento de outros órgãos como sejam o pâncreas, rins, etc...(a designação inglesa resulta da sigla iPSC). O facto de não se mostrarem quaisquer resiliências de natureza ética nos procedimentos científicos levaram a que o prémio Nobel da Medicina de 2012 fosse já atribuído ao cientista que iniciou e prossegue as respectivas constatações e investigações... Quanto à notícia propriamente dita, diz o seguinte: «Segundo explica a assembleia Nobel no comunicado em que anuncia os nomes dos laureados, o Instituto Karolinska decidiu distinguir dois cientistas que descobriram que células maduras e especializadas podem ser reprogramadas para se tornarem células estaminais, capazes de formarem qualquer tecido do corpo. "A sua descoberta revolucionou a nossa compreensão de como as células e os organismos se desenvolvem", acrescenta o comunicado. John B. Gurdon, nascido em 1933 no Reino Unido, descobriu em 1962 que a especialização das células é reversível. Shinya Yamanaka, que nasceu no Japão em 1962, descobriu mais de 40 anos depois, em 2006, como células maduras intactas em ratos podem ser reprogramadas para se tornarem células estaminais."Surpreendentemente, ao introduzir apenas alguns genes, ele reprogramou células maduras para se tornarem células estaminais pluripotentes, ou seja, células imaturas que podem transformar-se em qualquer tipo de célula no organismo", adianta o comité. Estas descobertas, que o Comité Nobel considera revolucionárias, mudaram "por completo" a forma como a ciência vê o desenvolvimento e a especialização celulares." Compreendemos hoje que a célula madura não tem de ficar confinada para sempre ao seu estado especializado. Os manuais foram reescritos e estabeleceram-se novos campos de investigação. Ao reprogramar células humanas, os cientistas criaram novas oportunidades de estudar doenças e desenvolver métodos de diagnóstico e terapia", acrescenta o mesmo comunicado. As células estaminais pluripotentes são as células existentes num embrião nos primeiros dias após a concepção. São células que podem transformar-se em quaisquer células existentes no organismo adulto - células nervosas, a células musculares, células do fígado - especializadas para cumprir funções específicas. Em tempos pensava-se que este caminho, desde a célula imatura à célula especializada, era unidirecional, sendo impossível que as células especializadas voltassem ao estado imaturo e pluripotente. Foi este dogma que John B. Gurdon e mais tarde Shinya Yamanaka quebraram. O biólogo britânico John B. Gurdon nasceu em 1933 em Dippenhall, no Reino Unido. Doutorou-se na Universidade de Oxford em 1960 e recebeu uma bolsa de pós-doutoramento no Instituto de Tecnologia da Califórnia. Entrou na Universidade de Cambridge em 1972, onde foi Professor de Biologia Celu-

designadamente no plano histórico: o ser humano prosseguiu um processo de desenvolvimento e de «ocupação» progressiva do Mundo em que desenvolveu aptidões que o modificaram em termos radicais até aos dias de hoje, por um lado, e modificou de forma igualmente extrema todo o meio ambiente. Em rigor, sobrepôs um conceito cultural ao conceito da natureza de onde proveio⁽¹⁵⁸⁾.

E a esta perspectiva chegou igualmente de quem do campo da transcendência religiosa viu na *Vida do Mundo a própria expressão do Deus vivo*, como é o caso de Teilhard de Chardin, para quem a possibilidade humana de tomar a Criação em mão não revelava mais do que a qualidade, a missão, de colaborar com Deus, procurando a *Sua Identificação* na identificação da descoberta da Energia Fundamental, pelo que chegou a afirmar — onde leio alguma *amargura* — que existem «muitos Cristãos para quem a mera ideia de progresso parece ser uma tentação do diabo»⁽¹⁵⁹⁾. O que o bom do *père* jesuíta

lar e reitor do Magdalene College entre 1994 e 2002. Atualmente, está no Instituto Gurdon em Cambridge. Shinya Yamanaka nasceu em Osaka em 1962. Licenciou-se em Medicina em 1987 na Universidade de Kobe e recebeu formação como cirurgião ortopédico antes de se dedicar à investigação básica. Doutorou-se na Universidade de Osaka em 1993, após o que trabalhou no Instituto Gladstone em São Francisco, EUA, e no Instituto Nara de Ciência e Tecnologia, no Japão. Atualmente, é professor na Universidade de Quioto e está também ligado ao Instituto Gladstone.».

«Existem (...) outras abordagens experimentais que visam gerar fígados para transplante em humanos. O pioneiro de uma delas é o português Pedro Baptista da Universidade de WakeForest, EUA. Em 2012, a sua equipa criou pela primeira vez minúsculos fígados a partir de células hepáticas humanas que, pelo menos *in vitro*, funcionavam devidamente (cf. *cientista português cria mini-fígados no laboratório*, in *Público* de 08/11/2010).

⁽¹⁵⁸⁾ Neste sentido, criticando uma perspectiva meramente antropológica, cf. Adela CORTINA, *Las Fronteras de La Persona: El valor de los animales, la dignidade de los humanos*, Ed. Taurus, 2009, pp. 23 e ss. Como constatação actualista, cf. Edgar MORIN, *El Paradigma Perdido*, Ed. Keirós, 1974, pp. 67 e ss., e 84 e ss. E no campo específico da medicina, em visão igualmente actualista, cf. Victoria CAMPS, quando escreve: «*Lo terapéutico, las patologías, no son cosas tan fáciles de identificar como lo son los perros o los árboles. Las barrenas entre lo patológico y lo anómalo o no deseable por la razón que sea no son estáticas, sino que cambian con los tiempos y de acuerdo con las necesidades, las preferencias subjetivas, los intereses económicos o el nivel de bien estar social alcanzado. Las enfermedades aumentan a medida que lo hace la capacidad humana de curarlas.*»: cf. ID., *Que hay de malo en la Eugenia?...cit.*, p. 59.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. Pierre TEILHARD DE CHARDIN, *Toward the Future: Two Principles and a Corollary*, Harvest Book. Inc., Helen and Kurt Woff Books, in <http://www.archive.org/details/TowardTheFuture>, pp. 156 e ss., *maxime* 158 (cf. ainda pp. 17 e ss.) e da mesma Ed. e fonte: *My Fundamental Vision*: § 4: *The orientation of the future and Omega point*, pp. 180 e ss. e §§ 35-37, pp. 195-203. (e ver *apud* Hottois, *o paradigma bioético*, p. 94).

deixou imerso em optimismo foi o facto de, na vidinha científica, o cientista ser um assalariado que, para auferir salário, se vai moldando às instruções e estas promanam de interesses e estes são muitas vezes *cegos* aos problemas imediatos, às contingências de Sorel, i.e., ao que de imediato parece intolerável em vista do que se aspira. O ideal de uma esfera e liberdade criativa e de investigação está agora enrodilhado em segredos do que seja patenteável e submergido à corrida dos deveres contratuais para garantir e incrementar o «retorno», o lucro⁽¹⁶⁰⁾. E não deve ser descartada a existência de uma deontologia específica, já que, como afirma Susan HAACK:

«Science interacts in complicated ways with the rest of society — with industry, government, education, law, and so on. Its integrity requires that it be allowed to operate on its own terms, but this doesn't mean that is either necessary or sufficient that science be wholly autonomous, in the sense of *entirely independent of every other aspect of the society in which it is conducted.*»⁽¹⁶¹⁾.

Da mesma sorte decorrem as questões sobre o ajuste dos interesses mundiais em torno da expansão tecnológica aplicada ao exercício da medicina, mercê das dúvidas em torno da propriedade industrial, das patentes, questão tão mais premente quanto, como indica Remédio Marques, se encontra também na ordem do dia: «por mor da dessacralização da Medicina» — como ensina Guilherme de Oliveira⁽¹⁶²⁾ — e da «*despersonalização* dos cuidados de

⁽¹⁶⁰⁾ Neste sentido, cf. Clara PINTO CORREIA, *Na Linha da Frente na Manipulação de Gâmetas e Embriões: Alguma Gíria para o Futuro*, in AA.VV., *A Condição Humana... cit.*, p. 524.

⁽¹⁶¹⁾ Cf. Susan HAACK, *The Integrity of Science: What it Means, Why It Matters*, in AA.VV., *Estudos de Direito da Bioética*, II Vol., Almedina, 2008, pp. 183-209, *maxime* 189. E quanto à questão que acabei de abordar sobre a submersão de interesses às hierarquias e questões análogas, cf. ID., *idid.*, pp. 190 e ss. Por contraposição, com enorme curiosidade, a A. dá ainda conta de *uma perda de integridade científica* no que concerne ao que vou apelidar de *histerismo de produção científica*, a saber: uma propensão para a publicação em massa. Neste último sentido, dá notícia de estatísticas segundo as quais, com referência à década anterior a 1992, se revelava que os 20 cientistas mais *produtivos do mundo* tinham «publicado um artigo por cada 11,3 dias», pertencendo o *topo da lista* a Yuri Strochov, do Institute for Organo elemental Chemistry, de Moscovo, que terá publicado um *paper* em cada 3,9 dias — *apud* Christopher ANDERSON, *Writer's Cramp*, in *Nature*, 355 (1992); 101. Concordo com o *desabafo* da A.: *tempos houve em que uma mão-cheia de bons artigos assegurava a reputação de um cientista*. Nos dias que correm a *voragem* parece encaminhar-se para uma vertigem quantitativa, cf. ID., *ibid.*, pp. 194 e ss. Os *casos mais estranhos* — alguns bizarros — sucedem-se e vão sendo incrementados no decurso da leitura das linhas seguintes do artigo em referência para onde se remete, incluindo as referências bibliográficas de suporte. Será já assunto para justificar trabalho de investigação científica em área de humanísticas, ao menos...

⁽¹⁶²⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O Fim da Arte Silenciosa*, in *Temas do Direito da Medicina*, CDBM da FDUC, I, Coimbra Ed., 1999, pp. 91 e ss.

saúde», estando em causa o diagnóstico, profilaxia ou terapia, mas, sobretudo, como ensina: «... é de decisiva importância à luz das novas técnicas de *diagnóstico e terapia genética somática...*»⁽¹⁶³⁾.

Para que esta serigrafia global possa existir e revelar uma realidade, será necessário preconceber consciência de que os direitos de personalidade assumiram a sua importância factual (que não vital) em torno dos meados do século passado e se foram generalizando em termos de concretização legislativa a partir daí, até redundarem — de forma nada pacífica, é certo ⁽¹⁶⁴⁾ — em um reduto salvífico. Foi um processo que se me oferece como uma verdadeira convocação dos vários conhecimentos, mas que redundava inevitável enquanto preenchimento do que é basilar ao ser humano, a saber: uma infraestrutura de Dignidade omnipresente, que desafia qualquer terreno onde o Direito não pode deixar de medrar, porque é integrante desse mesmo terreno, a sua memória⁽¹⁶⁵⁾.

A ciência e a tecnologia conduzem à experimentação e esta, por seu turno, apresenta-se ao *mundo* com o *esplendor onírico* da esperança e do optimismo em uma mão e na outra os receios de que no processo se atinjam resultados perigosos, caminhos onde se transcende a «regra de bronze» da *reciprocidade*, da *dignidade* ou do *respeito*.

O futuro tecnológico encontra-se refém da clássica perspectiva do «contrato social»: *Do ut des*: dou porque recebo, porque me pode ser dado.

Ora, por aqui *vigora* a perspectiva de um interesse individual esclarecido que reivindica como legítima a expectativa da «retribuição». Com a casuística

⁽¹⁶³⁾ Cf. J. P. REMÉDIO MARQUES, *A Patenteabilidade dos métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos: Questão (Bioética ou questão técnica? — O actual estado do problema*, in AA.VV, *Estudos de Direito da Bioética*, II Vol., Almedina, 2008, pp. 211-298, *maxime* pp. 220 e s., onde prossegue: «... seja as que mobilizam métodos de utilização e transformação de células *autólogas* (i.e., células do próprio paciente), sejam as que utilizam células *alógenicas* (ou seja, células que pertenciam a outros seres humanos) ou *xenogénicas* (células que integram no corpo de animais) — na exacta medida em que tais *métodos terapêuticos* se destinam pela *natureza* da própria (bio)tecnologia envolvida a serem aplicados a pacientes *individuais* (ou a animais específicos), *com exclusão de outros pacientes* (ou animais), aí onde o método (terapêutico) já não funcionará, o poderá não alcançar os mesmos resultados terapêuticos, por virtude de o *genoma* dessa outra pessoa (ou animal) ser diferente.».

⁽¹⁶⁴⁾ Sobre «pessoas e respeito pela autonomia» e as várias perspectivas utilitaristas, eivadas de algum cepticismo, cf. Pierre TEILHARD DE CHARDIN, *Toward the Future: Two Principles and a Corollary*, Harvest Book. Inc., Helen and Kurt WoffBooks, in <http://www.archive.org/details/TowardTheFuture>, *cit.*, pp. 150 e s.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. João Carlos LOUREIRO, *Bios, Tempo(s) e Mundo(s)...* *cit.*, p. 198.

a entrelinhar para que o contexto não retome a esteira paternalista, pois esta configuração social tem o seu preço, tão hodierno: ao da antiga exceção de não cumprimento das prestações sinalagmáticas. Se a ordem normativa social me falha quebra-se a exigência da minha «contribuição»⁽¹⁶⁶⁾, ou pior, direi eu, justifica-se o estado de espírito que conduz à rebelião do credor, violento ao desacreditar no «institucionalismo» impotente, moroso e arbitrário em que existem médias de quinze minutos de ponderação para a apreciação e seja ditada a justiça para o cidadão; e que esta escassez de tempo ombreia com o disponível para o paciente, quando o *economato* redistributivo *dita as cartas*.

III. § 6.º As «alianças»

Neste sentido o assentimento, a «anuência», a «aliança pura» e confiante retoma toda a sua fulcral importância primeva⁽¹⁶⁷⁾. De requisito para uma proposta contratual feita por necessidade individual do paciente à «sociedade organizada» passa a ser «condição» do interesse social para satisfazer o conjunto fundante da «razão de ser» dos processos das revisões das instituições, das invocações regulamentares de carácter mundial, em vista das alterações comunitárias que se sentem em plena movimentação. De potencial sacrificável, o ser humano passa a ser tido em estatuto de sacrificado *quanto baste (qb)*, na justa medida de necessidades e do *estado progressivo da ciência*, como imperativo da sua sociabilidade. E daqui decorre a resposta ao apelo das várias «ciências», que perspectivam o indivíduo singular, sem deixar de prestar forçosa vassalagem ao comunitarismo onde o mesmo tem de se *realizar*, onde possui o seu *dever*.

Faço um mero relance por exemplos para consubstanciar o que antecede. A psicologia terá sido tomada por ciência com alforria plena há pouco mais de um século⁽¹⁶⁸⁾.

A reaproximação da Economia à Ética — de onde seguramente se *alimentaram* os modelos de intervenção social do Estado — constitui um diálogo

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. Hans JONAS, *Ética, Medicina...* cit., pp. 139 e s.

¹⁶⁷ Cf. ID., *ibid.*, p. 149 e s.

¹⁶⁸ Cf. Joaquim da CRUZ REIS, *O Sorriso de Hipócrates*, Vega, 1998, p. 145.

(¹⁶⁹) que mereceu extensibilidade a partir dos modelos democráticos que *invadiram* o Mundo após os terríveis eventos da primeira metade do século passado. Especialmente porquanto, a par das proporções assumidas pelo belicismo que conviveu com as duas guerras mundiais, as sequelas que passaram a acompanhar os processos de autodeterminações dos Estados emergentes da tutela ocidental — em todas as matizes da polissemia do conceito de *colonialismo* (¹⁷⁰) — constituem ainda hoje fontes de sérios problemas, especialmente nas relações de tensão dominante que a inserção recíproca entre filosofia e ciência determinaram em termos globais na expansão, ou melhor, nas expansões (¹⁷¹). Adiante retomarei pontualmente esta questão.

III. § 7.º Da prática da Medicina e desta ao Direito

O paciente possui exacerbadas as suas humanas noções de ambição sobre o domínio possível do tempo que lhe pertence, da precipitação sobre a vertigem da finitude, dos projectos e memórias, das inerentes recordações e es-

¹⁶⁹ Cf. Amartya SEN, *Sobre Ética e Economia*, Almedina, 2012 (reimp.: orig: 1998), pp. 91 e ss.: «Um contacto mais próximo entre a Ética e a Economia pode ser benéfica...» para ambas. «Muitos problemas éticos têm aquilo a que chamámos problemas de *engenharia* e alguns deles, de facto, envolvem relações económicas. Até a análise de Aristóteles do *bem para o homem* incluía (...) várias questões de gestão económica, com exigências correspondentes na engenharia económica. No entanto, independentemente da utilização indirecta do pensamento económico, a tradição na economia que consiste em enfatizar e estudar questões logísticas de interdependência (...) tem alguma incidência metodológica nos argumentos éticos.» (...) «...algumas das discussões éticas contemporâneas no sentido consequencial, apesar da rejeição compreensível do utilitarismo e da sua forma peculiarmente estreita de avaliação consequencial.»

(¹⁷⁰) Incluindo aqui a triste ironia da «retaliação» com que os novos detentores da riqueza das jazidas parecem posicionar-se nas economias do Norte...

(¹⁷¹) Sobre este assunto será redutor enquadrar as fronteiras e a distribuição institucional tendencialmente comum na Europa ou mais singelamente em torno dos 5 milénios que propendem para o Mediterrâneo e daqui para o Mundo *ocidentalizado*, mas será estulto ignorar o caminho uniformizador que o processo de construção oriunda no Euromundo determinou será tendencialmente uniformizador e paradoxalmente revelador de diferenças que se desvelam para se homogeneizarem. Para outros desenvolvimentos, entre muitos outros, cf. Hans-Georg GADAMER, *Herança e Futuro da Europa*, 2009 (ed. original de 1989: *Das Erbe Europas, Beitrage*: trad. António Hall), pp. 10-15, 32-36, 39 e ss. e 47, sobre a explicação e contributo neo-kantiano do que seja o «facto de ciência» aglutinador actual e difusor das interacções entre as, por si apelidadas, «ciências do espírito» e as «ciências naturais», pp. 75-82 e ss., *máxime* 81, e, adiante, sobre o tema da *dominação*, o capítulo sobre os *fundamentos antropológicos da liberdade do Homem*, pp. 105-113.

quecimentos. A *práxis* com o seu sentido conjugado no gerúndio enquanto *forma como se vai andando*, bem ou mal, dá indício do domínio desejado sobre a nossa posição vivida entre a independência e as incontornáveis dependências que nos aproximam do mundo em que estamos inseridos e, por força e desejavelmente, dos demais, quando em solidariedade. É também isto em que nos vestimos permanentemente como seres humanos.

Na insuficiência da actuação sobreviverá sempre o *saber fazer*, com as suas premissas mínimas dos valores do *saber*.

A necessidade da compreensão da informação pelo paciente tem de possuir como denominador o entendimento de que a medicina não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem efectivamente viver, adentro de uma moldura em que farei conviver a dignidade e a autonomia, pela resposta às questões clássicas: que vida quer cada pessoa viver e que vidas querem as pessoas viver? A estas duas questões uma outra se acrescenta com relativa facilidade: que vidas se podem viver? Ou, posto ao contrário, que vidas se podem viver, mas cujo acesso se deve barrar?⁽¹⁷²⁾

Este postulado serve sobretudo ao agente médico — mas não só: concorre com a família, a comunidade, o(s) legislador(es), etc. — como momento prévio àquele em que pondera a proposta ou delinea a actuação. A hermenêutica não é forçosamente um aspecto essencial enquanto tal: pode-se viver desconhecendo a palavra, mas esta não pode ser dissociada da nossa vida. A hermenêutica insere-se no discernimento que se pretende prévio à actuação das pessoas e ao habilitar um indivíduo a compreender o que o rodeia, postula os seus comportamentos adequados. Torna-se assim um espaço de liberdade e a sua ausência ou distorção um território insuportável de invasão⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷²⁾ A perspectiva de vedar o acesso a domínios possíveis de vivência não é de todo agradável de conceber, mas a possibilidade aberta pelo uso de armamento ou — em território meramente hipotético que quero manter em ficção científica Malthusiana — da viável e indolor aniquilação comunitária face a uma contenção da expansão de contaminações por vírus céleres e fulminantes como o ébola, ou da propagação verdadeiramente apocalíptica do HIV, etc., constrói indesejáveis fundações para a formulação interrogativa. Como mero ex.º, se bem que conservador, sobre uma perspectiva de verdadeira pandemia do HIV, cf., apenas entre as doenças de transmissibilidade carácter sexual, as referências estatísticas europeias de que dá notícia Maria Dolores VILA-CORO, *La Bioética en la Encrucijada: Sexualidad, Aborto, Eutanasia*, Dykinson, 2003, pp. 82 e ss., com referências alarmantes em termos comparados no mundo ocidental.

⁽¹⁷³⁾ O *outro* deixa de ser domínio dos demais com quem convive. A expressão hermenêutica segundo este cadinho é sobretudo cara ao domínio pelos médicos, segundo Hans-Georg GADAMER: «... apropriaram-se com alguma petulância desta expressão sonora por-

Posso convir então com Habermas que «a acção não comunicativa» (agir estratégico) prossegue o escopo de uma afirmação individualizada de um ou mais agentes que procura(m) influenciar um terceiro na mira do sucesso da subordinação da linguagem ao *télos* do que se pretende. Como «mecanismo alternativo de coordenação social à ‘acção comunicativa’»⁽¹⁷⁴⁾, este (que chamarei *invasivo*) pode prestar homenagem a uma pluralidade de justificações: o paternalismo; a eficácia; os custos (tempo e recursos), etc.

Independentemente da fundamentação, trata-se de uma actuação que impede o reconhecimento intersubjectivo de uma proposição que se torna não criticável em um processo que, desejavelmente, deveria ser antes de persuasão. Tanto causa forçosamente suspeitas para quem tenha de avaliar justificações para as intromissões.

Não é possível dissociar os aspectos concretos dos meios incorporados nas instituições de saúde, como é óbvio assumir que o estado da arte depende do nível técnico atingido pela ciência a despeito das exigências que a experimentação deve respeitar.

É legítimo interrogar-me sobre se a liberdade de obter e ou exigir informação ou de tomar uma decisão respeita eventuais compressões quanto às aspirações que um modelo de bem-estar egoístico permite fornecer.

Eis uma questão premente perante o desequilíbrio entre o que se ache ser um bom destino a alcançar e o *custo* desse destino. Especialmente quando a conformação ético-deontológica do agente médico é promover a mera subsistência fisiológica, enquanto sinónimo de boa administração para os cuidados médico-medicamentosos que lhe podem ser dispensados ou a que pode aspirar para disponibilizar a quem lhos solicite.

Se uma proposta de exercício da liberdade colidir com a responsabilidade inerente, imolando-a no altar das virtualidades de consecução técnico material, por um lado, ou na exigência de um respeito absoluto pelos cegos desíg-

quanto na luta com a superioridade da natureza, pouco é no seu campo o que eles na realidade dominam. Pode ter sentido dizer que se controlam certas doenças, mas não tem nenhum sentido dizer que se domina a saúde (...) o mistério da saúde ‘em’ que estamos não é justamente um objecto para nós...», cf. *Herança e Futuro da Europa*, pp. 24 e s.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf. Jürgen HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Vol. I (*Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociali*), (trad. Paola RINALDO), Ed. Il Mulino, 1986, com desenvolvimentos que sublinho a pp. 169 e ss. da obra em referência. Quanto ao parágrafo aqui em causa, aproximei-me da síntese de que beneficiei na *Introduzione* a esta mesma obra (recensão crítica), elaborada com mestria por Gian Enrico RUSCONI, cf., *ibid.*, pp. 9-41, *maxime* 13.

nios individuais, por outro, teremos a liberdade como disfuncional... exactamente por se coser intoleravelmente à felicidade em um sentido egoístico associal.

E pela específica banda do paciente, também a noção de incapacidade, que apelidarei como clássica, merece nota e importante. O discernimento, como da mesma sorte os recursos materiais, tal como as insuficiências físicas, constituem causa séria e concorrente, quer de incapacidades individuais, quer dos deficientes (divergentes por desequilíbrio) processos de decisão. As meras incapacidades físico-psíquicas, exactamente por modificarem as aptidões individuais para combinar diferentemente o que reputamos como valioso, em função dos recursos disponibilizados, constituem fonte de mensurabilidades dispersas. Isto para não radicalizar, pois, como afirma Amartya Sen:

«O afastamento do perigo de uma morte prematura é seguramente mais fácil quando se tem um rendimento elevado»⁽¹⁷⁵⁾.

Justifica-se aqui perfeitamente dar nota dos estudos pioneiros de Wiebke Kotublys sobre a pobreza de que nos dá conta Amartya Sen⁽¹⁷⁶⁾. Não esqueço obviamente que a felicidade não se esgota na saúde, nem em qualquer outra realidade específica, que, até, por estranho, mesmo que um relance de vantagem seja aparentemente benevolente (objectivamente desejável, portanto) a pode afastar. Assim, por exemplo, não parece ser consensual a inferência que pode sobrar de uma compreensão apriorística de uma pretensa «ligação directa» entre a «riqueza», «bem-estar» e felicidade. Acreditando em Richard Layard:

«Bem no centro das nossas vidas existe um paradoxo. A maioria das pessoas pretende obter mais rendimentos e luta por isso. Contudo, à medida que as sociedades ocidentais se tornaram mais ricas, nem por isso as pessoas se sentiram mais felizes.»⁽¹⁷⁷⁾

Será óbvio aceitar um número alargado de razões para fundamentar esta afirmação, incluindo as prosaicas sobre a eterna insatisfação humana... Mas

⁽¹⁷⁵⁾ Cf. *A Ideia da Justiça*, p. 313. E muito acutilantemente observa este A. que a dimensão da pobreza (a que associa o exercício material da liberdade individual ponderando o que de relativo de oferece a cada um) não é obviamente privativo dos países muito ricos do ocidente ou do norte do mundo. Mas quanto aos que são subdesenvolvidos os elementos são dramáticos; neste sentido, cf. Sudhir ANAND e Martin RAVALLION, *Human Development in Poor Countries, On the Role of Private Incomes and Public Services*, in *Journal of Economics Perspectives*, 7, 1993.

⁽¹⁷⁶⁾ Cf. Amartya SEN, *A Ideia de justiça... cit.*, pp. 351 e ss.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Richard LAYARD, *Happiness, Lessons from a New Science*, Ed. Penguin, NY, 2005, p. 3.

inegavelmente subsistem estados de infelicidade em ambientes que aparentemente os não suscitam ou justificam. Será então de convir em esgotar a explicação para a existência de felicidade na respectiva configuração. Será esta a ideia um verdadeiro imperativo categórico? Talvez que sim, seguindo ainda Layard, tanto quanto o agente não ceda em actuar em prol da bondade evidente na esfera alheia mesmo que o bem-estar seja necessária consequência, perante recusa, ainda que por absurda e persistente convicção.

O que por esta forma se mostra claro fica repentinamente obscurecido perante casos concretos. E estes casos concretos, para quem perspectiva o Mundo, com estatuto de observador livre, ou seja, desprovido de preocupações que não sejam as que provêm da atenção do que perturba ainda que até à intolerabilidade, fica em *estado-de-choque*, sob fúria, rangendo os dentes: venham os casos da antropológica mutilação genital, eventualmente consentida⁽¹⁷⁸⁾; venham notícias antigas com leituras hodiernas sobre os avanços — perdoe-se o amargo comentário: entre *Quixote* e *Unamuno* — contra a cegueira no Nepal nos últimos trinta anos⁽¹⁷⁹⁾, ou meros casos criminais como o da comercialização⁽¹⁸⁰⁾ ou o de furto de órgãos para transplantes⁽¹⁸¹⁾ etc.

⁽¹⁷⁸⁾ Coloco a questão aqui como problema de natureza étnica, cuja existência é reconhecida inclusive em Portugal, institucionalmente, como ocorreu junto da Comissão Parlamentar de Direitos, Liberdades e Garantias em declarações oficiais prestadas pela então Secretária de Estado para a Igualdade, que asseverou existir notícia da sua prática *com dimensões* difíceis de mensurar, cf. *Jornal de Notícias* (online, de 14/10/2011).

⁽¹⁷⁹⁾ Refiro-me à notícia do jornal *Público* (online, de 04/09/2013) que anunciou que a luta contra a cegueira no Nepal mereceu o reconhecimento e auxílio internacional a que se juntou agora um de origem portuguesa (prémio António Champalimaud). De acordo com o resumo da notícia, em 1981 existiam ali apenas 7 oftalmologistas para 15 milhões de pessoas, sendo que a cegueira grassava em 117 mil pessoas. Casos de pobreza, má nutrição e sobretudo ausência de cuidados médicos e de saúde. O esforço com destaque individual para o médico Ram Prasad Pokhrel conquistou a atenção de organizações-não-governamentais (ONG) fez com que se encontrassem países *padrinhos* para cada uma das 14 regiões administrativas do Nepal, elevando os recursos médicos e institucionais até às 500 pessoas (entre médicos e para médicos) e vários Hospitais e Centros de Saúde, reunindo recursos e materiais. Ainda assim, para 26 milhões de pessoas actualmente existentes, persistem casos de cegueira por motivos análogos em 93 mil pessoas.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf. jornal *Público* (online, de 13/08/2012), em que um jovem adolescente chinês, Wam Shankun, vendeu um rim, alegadamente por uma quantia em torno dos 2,821,00 euros para cumprir a obsessão de adquirir um *Ipod* e um *Tablet*. Segundo a notícia, a *rede* (incluindo a equipa médica) terá auferido cerca de 27,000,00 euros para realizar o transplante.

⁽¹⁸¹⁾ Novamente o jornal *Público* (online, de 31/08/2013), com o título: «Os olhos roubados de Bindin). Uma criança foi raptada em Linfen, na província de Shanxi, no norte da China, para lhe arrancarem os olhos, que encontrados, revelaram terem sido retiradas as córneas. As suspeitas sobre tráfico resulta do facto das córneas oculares não oferecerem problemas

E persistem apetites evidentes para não deixar de proceder permanentemente a certificações sucessivas até que o consenso individual e o colectivo se justaponham e assim por diante, em constante procedimento actualista. Não quero com isto entrar na subjectividade das comparações, seja entre quadros viáveis de bem-estar para um determinado indivíduo, seja de quadros análogos de felicidade e de infelicidade para indivíduos diferentes em função de dispositivos de acesso a mensurabilidades de utilidades (bem-estar). E não pretendo rumar por aí pois estaria a calcorrear terrenos que são superáveis pelas virtudes de um Estado Social em que a felicidade e a utilidade sejam comuns, e desejavelmente intercomunicativas ao invés de dicotómicas, paralelas, pois assim aspiro a ver respeitadas as liberdades negativas individuais. Serve o exemplo da disponibilidade integral de um serviço hospitalar em um raio de x quilómetros (liberdade positiva) em confronto com a displicência do desprezo em recorrer ao dito serviço em face de um sintoma de mal-estar (liberdade negativa).

A esfera do que é público (deva ser assumido como teleologia de uma organização institucional comunitária, desde que munida de soberania coerciva) satisfaz-se com o respeito pela igualdade. Deste modo, muito apelativo me aparece logo a asserção segundo a qual será bastante assegurar até aos limites possíveis a diversidade adentro da generalidade com que a igualdade se impõe quando se quer vigente. Feito um escrutínio, cedo se questionam os critérios para ultrapassar conflitos (não se deixará de constranger a liberdade individual para prosseguir o bem comum, exactamente e sempre em prol da mesma liberdade, agora igualitária, como seja o caso da solução do dissentimento?). Não consigo deixar de me confessar atraído pelo silogismo conhecido segundo o qual as pessoas serão tendencialmente livres quando sejam tendencialmente consideradas mediante parâmetros de igualdade⁽¹⁸²⁾; e estes

de histocompatibilidades pelo que podem ser usadas para um qualquer beneficiário, ao contrário de rins, fígados, corações, etc.

⁽¹⁸²⁾ Igualdade que não igualitarismo (e sobremaneira o de cariz redutoramente económico), segundo a qual o saldo desejável dificilmente será uma «dose» equivalente de recursos financeiros, cf. Harry FRANKFURT, *Equality as a Moral Ideal*, in AA., *Against Equality, Readings on Economic and Social Policy*, London, Macmillan, 1983, p. 21. Parece-me aceitável a ideia de que é reducionista a perspectiva fácil de uma permanente redistribuição da riqueza... A verdade parece ser a de que uma criança, tal como um geronte, carecem forçosamente de mais atenção e de recursos medicamentosos e «doses» individuais que escapam aos equilíbrios de qualquer distribuição em sede de equidade. Mas defendo ser intuitivo que as doses de necessidade são desiguais e ingentes para alguns de entre os seres humanos, exactamente os mais *fragilizados* no processo individual do ser-em-devir.

parâmetros assentam em bases normativas de imparcialidade. Fico seduzido pelo juízo de imparcialidade, enquanto mecanismo que foge à subjectividade e se desvela mais do que fundamental para o desígnio, mas *fundamentante* de todo o processo relacional. No fundo, é o veio estruturante da eficácia da norma para apurar a correcção da estatuição que esta acarinhe (afasto por agora o processo de certificação sobre a validade do bem social densificado).

Só assim as evidentes desigualdades com que a Medicina reage ao que lhe é requerido e solicitado, caso a caso, possuem meio de serem ultrapassadas. No mais sobra uma multiplicidade de oportunidades, vantagens, meios etc., que não são socialmente equitativas afora de um imperativo de solidariedade, forçosamente igualitário nas suas desigualdades fraccionadas. Isto será aceitável tanto quanto o for a norma eivada de liberdade com o valor solidário, mercê do juízo imparcial da sua aplicabilidade.

III. § 8.º Respeito e alvedrio

No prólogo do seu «*Tractatus Lógico-Philosophicus*», Ludwig Wittgenstein afirmou poder sintetizar todo o sentido desta sua obra no aforismo: «O que é de todo exprimível, é exprimível claramente; e aquilo de que não se pode falar, guarda-se em silêncio»⁽¹⁸³⁾. Esta será a asserção que Amartya Sen critica quando a perspectiva no seu sentido mais assertivo e «Iluminista»⁽¹⁸⁴⁾ e pode servir seguramente uma das muitas razões com que os agentes médicos fundamentam os seus «silêncios» e o uso dos seus privilégios informativos e terapêuticos. Tudo ainda se densifica muito mais quando as perspectivas de equidade ficam em crise pelo exercício doméstico da liberdade (até pela prática médico medicamentosa pelo próprio *interessado* ou paciente).

Penso no exemplo das actividades desportivas ou no exemplo do autónomo e narcísico «culto corporal», mediante o recurso a esteróides anabolizantes cujo uso médico é muitíssimo limitado nas respectivas indicações tera-

¹⁸³ Cf. Ludwig WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico-Filosófico* (tradução e Prefácio de M. S. Lourenço; Tiago de Oliveira: *Alguns Comentários sobre o «Tractatus»* que antecede a importante *Introdução* de Bertrand RUSSEL), FCG, 5.ª Ed., Lisboa, 2011 (ISBN 978-972-31-0383-0), p. 27. O mesmo sentido aparece no que deveria estar numerado como § 7.º do volume em referência que compulsei, de forma ainda mais depurada, com o que encerra a obra: «Acerca daquilo que não se pode falar, tem que se ficar em silêncio.», cf. ID., *ibid.*, p. 142.

¹⁸⁴ Cf. Amartya SEN, *A Ideia da Justiça... cit.*, pp. 71 e ss.

pêuticas, mas que aparecem com alarme nos mercados da *web*, quando não nos ginásios, nas para-farmácias, etc.⁽¹⁸⁵⁾.

O que falta então por aqui? Pois creio faltar uma linha que permita fertilizar e fundir todos os princípios e seus corolários: chamo-lhe o Princípio do Respeito. Respeito individual por si próprio e pelos demais. Respeito que o indivíduo deve e pede aos outros e ao Estado. Os limites da liberdade individual onde o Estado deixa as entidades particulares satisfeitas com o seu alvedrio (a liberdade individual com gene Kantiano: «*Freiheit der Willkür*») possuem percursos diferentes em fronteira. *Não matarás* onde se te imponha o respeito; *tentarás salvar*, ou *farás feliz*, onde o respeito te imponha ou permita. *Não deverás fugir ao respeito, sob pena de te perderes na diluição que fazes à tua alteridade*.

Eis o salvo-conduto para a intersecção das esferas físico-psíquicas, sejam elas o resultado de um consenso, de um acordo, de uma autorização (consentimento), da ausência possível de um dissenso ou de uma recusa e das respectivas viabilidades... Eis onde cada um de nós se encontra, *com a companhia da sua circunstância*, com os demais e entre estes com os agentes médicos, munidos de *um ponto de vista* e seguramente lançados no que seja social⁽¹⁸⁶⁾. Aqui chegados, *hélas!* Vejo de um lado a *humanidade* como lastro do

¹⁸⁵ Esteróides anabolizantes são fármacos que imitam os efeitos da hormona masculina testosterona. Quando consumidos sem indicação terapêutica resultam em comercialização ilícita e visam um aumento da massa e desempenho muscular, podendo causar graves efeitos secundários e dependência. Alguns atletas, levantadores de pesos e «*body builders*» usam-nos regularmente para aumentar o desempenho físico e *esculpir* o corpo. Contudo, também são usados por adolescentes que padeçam de «*dismorfia corporal*» ou de quem sofra de «*anorexia inversa*» (pessoas que não se consideram suficientemente fortes e/ou volumosas). Os esteróides anabolizantes podem ser consumidos — usualmente em ciclos — por injeção directa no músculo, através de comprimidos ou aplicados na pele por via de creme ou gel. O consumo regular vai reforçar os caracteres masculinos e pode originar, nos homens, infertilidade, atrofia testicular, aumento do risco de desenvolver cancro da próstata, acne grave, dentes em bisel com proclividade da fronte. Nas mulheres, estas substâncias podem originar o aparecimento de pelos faciais e corporais, atrofia mamária, hipertrofia do clítoris, calvície e acne grave, etc. Em ambos os sexos podem desencadear ainda ataques cardíacos ou vasculares cerebrais, tumores hepáticos ou renais, hipertensão arterial, formação de coágulos sanguíneos, retenção hídrica, hipercolesterolemia. Também podem surgir efeitos psicológicos e emocionais (agressividade, alterações de humor, alucinações, etc.). Nos adolescentes, envelhecimento prematuro dos ossos e intermitências no crescimento. Causam dependência. Cf. www.nhs.uk/.../anabolic-steroid e www.drugabuse.gov/publications/drugfacts/anabolic-steroids.

¹⁸⁶ A aproximação a José ORTEGA Y GASSET funde o que Francisco Lopez FRÍAS ensina sobre o filósofo no seu *Pensamento*, sobre individualismo e inserção social, insistindo na implicação que os dois planos possuíam e determinavam, sem a hierarquia a que as *tiradas*

percurso e do outro um tufão tecnológico que se me propõe servir — servindo-se — mas que já trata o criacionismo na segunda pessoa do singular.

Seguindo os ensinamentos de Sócrates, a utilidade da vida e a necessidade da sobrevivência bastariam para não rechaçar o auxílio médico que, não descurando os interesses do Estado, me desse tratamento espúrio para mero prolongamento da vida. Se a receita fosse proporcional ao tempo da cura muito bem; caso contrário, eu e ou o médico, saberíamos não ter aquela doença tratamento *por falta de utilidade*. Hodiernamente, decorridos quase dois milénios e meio, conceber transformou-se em algo muito complicado e laboratorial; e morrer, simplesmente morrer, mais difícil ainda. Já não é suficiente inspirar e expirar, pois, de permeio, caso a caso, existem realidades de ordem pragmática, do quotidiano, que me levam a porfiar pelas melhores condições possíveis para a minha saúde. Saúde? Tanto se chama agora à narcísica manutenção da fachada da juventude, de acordo com intervenções de pura cosmética progressivamente mais agressivas. Mais saudável, sim, pois muitos dos meus contemporâneos identificam-se com versões actualizadas de Heródoto de Megara: para além das dietas e do exercício entregam-se ao bisturi e à inserção de artificios onde estava carne ou músculo ou à extracção de inestética matéria adiposa.

Tenho consequentes dificuldades em arrumar estes factos para os compreender quanto à regulação que determinam. Como o meu caso é singular, tende a juntar-se no que encontre de analogia com os demais e uma resposta *única* pode desagradar-me ou desagradar alguém, pelo que poucas serão as verdades universais que encontrarei inequivocamente. Sei, sim, que sou incompleto por natureza, e que esta me oferece escassez, por paradoxo com uma realidade histórica que me mostra, neste aspecto, um porvir fabuloso de conquistas e de expectativas.

Capítulo IV. Propensão ou necessidade de uma autonomia disciplinar?

Como disciplinar juridicamente a medicina? Tanto mais que esta se desvela miscigenada permanentemente, quer com a investigação de ponta, conduzida até às esferas em que a ficção científica se materializa quase quotidianamente⁽¹⁸⁷⁾, quer com a reiterada experimentação dos efeitos adversos com que um organismo individualizado reage à intervenção médico-medicamentosa, titulada por protocolo recomendado pelas *leges artis medicinae* ditadas pelas Escolas e Laboratórios da Medicina, quer com invasões de intuito meramente *cosmético*? E, aqui mesmo ao lado, a ausência de pílulas ou banais vacinas ceifam tantas vidas por doenças que mínimos de alimentação regular e higiene evitariam...

O número de alelos do corpo regulamentar possui uma elasticidade estonteante ao correr das matérias que invoca, como se verá: da economia ao ambiente, ou com diferentes ecos das várias disciplinas e assuntos a que recorre ou onde é chamado a demarcar procedimentos e a tentar superar dúvidas.

Eis um início de interrogações que me permite configurar problemas permanentemente repensados e *fronteiras* voláteis, quando não *guerreiras*. As respostas delimitam-se nos seus termos mais amplos em necessidades que colocam em permanente interacção a Ética e a Ciência, sem excluir o que a voragem filosófica sempre espreitará, e de que por regra se alimenta, seja pela paixão que a ciência lhe desperta seja pela mera curiosidade com que desperta sempre. Serve este trabalho inevitavelmente o controverso mecanismo filosófico, mais não seja porque tudo o serve, porque tudo domina; mas não

⁽¹⁸⁷⁾ Adiante aludirei inevitável e repetidamente à «robotização» que as evoluções tecnológicas preconizam para o ser humano, mas não posso desde já deixar de mencionar que o ser humano de hoje, com as suas próteses, os suas lentes, os seus aparelhos que accionam o funcionamento ou estímulo de órgãos, com os substitutos de fluidos e o vastíssimo arsenal que tem disponível para fazer face às suas pontuais insuficiências, já se revela como um protótipo perfeito para o ser humano de há um século atrás. Se lhe acrescentar como premissa notória o facto de que as «correntes» dos impérios foram movidas por «apetites» de interesses e que estes se mantêm, reinicio a meu bel-prazer a coloração de um desenho em que muito provavelmente algo se perderia se estivesse meramente delineado a «preto e branco»: penso nas quatro versões de «o grito» (*skirk*) de Edvard Munch, com a estupenda «angústia» emprestada aos traços humanos desenhados no ocaso do porto de Oslo. De 1893 até ao presente, o pavor do humanóide retratado parece justificar-se, sucedendo-se todavia as razões justificativas para tal, mas permanecendo inalterada a corrente humana. Eis a parte *oculta*, não retratada, mas subjacente ao decurso do tempo que justifica o optimismo que deixo aqui registado: — de «grito em grito» prossegue a Humanidade.

me permito impedir manter presente que o exercício da medicina assenta na prática, na *praxis*, mesmo quando esta afronta e desafia a teoria. Não me recolho assim exclusivamente aos ensinamentos de Aristóteles, embora algo sumariamente tanto me habilitasse a afastar o que é artificial, a mera eidética (a ciência das essências) sem mais; explico: Aristóteles distingue a *técne*, saber que alimenta o que saber-fazer, da *phrónesis*, o conhecimento, o saber, que serve de caminho à prática, à *praxis*, com evidente tutela do saber sobre a prática⁽¹⁸⁸⁾.

Muitas premissas se sucedem a atrapalhar o início da caminhada ao caminhante. É certo, como sabiamente constata Hans Jonas, que por muitas doenças para as quais se encontre atalho ou solução, «a mortal condição não se dobra à sua sagacidade». Tarefa de Sísifo? Não! O reino da *técne* não é eticamente neutro, antes pode servir para algo mais do que dar algum alívio a um castigo predestinado, portanto, o agente médico deverá ser um oficial sem receio de servir como sentinela: um agente relacional dos sentidos individuais do ser humano e das circunstâncias que tem pela frente.

Não deve, assim, o observador deixar de aceitar a eventualidade de que as ciências da natureza podem não conseguir explicar *tudo o que há para saber*

⁽¹⁸⁸⁾ Cf. Hans-Georg GADAMER, *Herança e Futuro... cit.*, p. 101. Constatando o mesmo sentido, mas inconformado, pronuncia-se Chaim PERELMEN, lamentando até que o «pensamento crítico no nosso tempo não dá muito crédito às ideias; estas têm de pagar à vista, por meio de efeitos imediatamente observáveis, qualquer adesão que se esforcem em colher. Reempregando a terminologia aristotélica, é a primazia do acto sobre a essência, que chega até à redução da essência até aos actos que são a manifestação sua», Cf. ID., *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pp. 255 e ss. E no mesmo sentido crítico segue igualmente Bento de ESPINOSA, cf., entre outros, o Escólio à sua Proposição XVII (Apêndice à Parte I: *De Deus*), da sua *Ética*, Relógio d'Água, 1992, pp. 131-137; sobre este resguardo-me na sabedoria do magnífico Ensaio em que consiste a *Introdução* de Joaquim de CARVALHO, de onde retiro o seguinte parágrafo esclarecedor: «O racionalismo, que com ter sido o signo dominante da filosofia do século XVII nem por isso se apresenta com um só matiz, significa em Espinosa que a razão — *causa sive ratio* — é a única via de compreensão e a norma exclusiva da acção.», (cf. ID., *ibid.*, pp. 9-93, *máxime*, p. 17). Para mais desenvolvimentos quanto à *fonte*, designadamente, quanto à diferenciação entre *agir* (*agere*) e *fazer* (*facere*), e afastar o equívocos que o conceito de *perícia* enquanto «fabricação» ou produção», tudo conceitos prévios à amplitude que a *práxis* (origem no verbo «*prátein*»: «atravessar») possui na sua contingência humana das variáveis a que se encontra exposta e a projecção nos objectivos possíveis (sejam a realização, a felicidade ou a mera contemplação), cf. António C. CAEIRO, *Apresentação* da obra de ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Quetzal, 2004, pp. 9-15. E nesta, cf. pp. 45 e s. (Livro II. 1104^{a1}); pp. 68 e ss. (Livro III. 1113^{b3}); pp. 136 e ss. e 139 e ss. (Livro VI. 1140^{a1}); pp. 143 e ss. (Livro VI. XII, 1141^{a1}); pp. 237 e ss. (Livro X, V, 1175^{a21}) e 243 e s.: (Livro X, VII, 1177^{b1}.); pp. 253 e ss. (Livro X, IX, 1181^{b1}.).

sobre a *Natureza*⁽¹⁸⁹⁾ e aperceber-se minimamente até onde pode sobrevoar a floresta. E tanto parece isto notório e inegável, quanto encontra simpático albergue na perspectiva atenta e sintética de João Loureiro ao dar nota de que, por contraponto ao que vai ficando disponível à rebeldia humana sobre o seu *destino de Sísifo*, hodiernamente, se não pode deixar de considerar o que é —deva ser— o «pós-humano», seja ou não para debater a superação da modernidade e pós-modernidade, «num tempo em que se discute se utopias negativas (distopias) conformarão o real», dando conta de que em termos causais precedentes se situam autores e teses sobre a «hipermodernidade» e o «super-humanismo». Com efeito, alerta este Autor que «sob a capa do humanismo se abrigam: a) projectos de intervenção no genoma que, no limite, nos levam a um processo de ‘criação’ (...)» em um trilho de explosão da humanidade com *novas* categorias de *novas e diferentes* humanidades (Tristan Engelhardt): o «neo-humano» e ou o «super-humano»; / «b) a robótica e o ‘cyborg’ (...) vistos em resultados fundidos com graus variados entre o ser humano e a máquina⁽¹⁹⁰⁾, com as gradações múltiplas resultantes dos vários graus de superação das insuficiências humanas (da visão à neurologia; de órgãos a membros, etc.).

IV. § 1.º Ciência da Natureza & Natureza da Ciência: Que pensar disto?

Como sustentou Jacques Du Perron: «Poets and painters should think of the excellent rule of Quintilian: *Naturam intueri et sequi*»⁽¹⁹¹⁾

⁽¹⁸⁹⁾ Cf. Hans JONAS, *Técnica e Responsabilidade: Reflexões sobre as novas tarefas da Ética*, in *Ética, Medicina e Técnica*, Ed. Vega (trad. e prefácio de António Fernando CASCAIS), pp. 30, 33 e 41, respectivamente.

⁽¹⁹⁰⁾ Cf. João Carlos LOUREIRO, in *Nota de Apresentação*, à obra de Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal?* (trad. Maria Benedita Bettencourt), Almedina, 2006, pp. 14 e s. O interesse que rodeia o tema sobre os transtornos que colocam o Homem no fulcro das apostas da tecnociência, não são de agora, mas todos convêm na manifestação sobre os receios das «manipulações», cf. Gilbert HOTTOIS, *O Paradigma Bioético: Uma ética para a tecnociência*, Ed. Salamandra, Lisboa, pp. 43 e ss., e, por todos, o sociólogo Alvin TOFFLER, in o *Choque do Futuro* e *A Terceira Vaga*, onde a futurologia apontada ainda antes da entrada no último quartel do século passado aparece já como quotidiano em muitos e muitos exemplos, como seja a *www*, o trabalho domiciliário via *internet*, ou intervenções cirúrgicas praticadas à distância.

⁽¹⁹¹⁾ QUINTILIANO: «Considera a natureza e segue-a», cf. Jacques DU PERRON: *The French Anas: Charpentier. Santeuil, Colomies. Scaliger. Menage. Boileau*; in *Carpenteriana* (Francis

Até este limite é possível detectar outras matérias em que a medicina já *actua* no quotidiano, devidamente *alimentada* pela investigação científica, quer em sentido positivo, quer negativo ⁽¹⁹²⁾. Em outras descobertas, ainda no campo da robótica, é relativamente fácil antecipar para muito breve uma fonte riquíssima de contribuições que têm de ser disciplinadas mas que estão já materializadas e no limiar da respectiva generalização, tão logo se socialize a tentadora mercantilização.

A disponibilidade de máquinas para o preciso desempenho de tarefas rotineiras anuncia uma possível e progressiva *libertação* de esforços, mas sobretudo, de alguns dos erros humanos, e, por premissa evidente, uma optimização das tarefas e do tempo. A substituição de aspectos progressivos do labor decorrente de um número cada vez mais elevado dos encargos humanos, onde possam verificar-se de forma melhorada, é assim mais do que um mero anúncio ⁽¹⁹³⁾.

Charpentier: 1620-1702), Vol II, Londres, «Printed for Richard Phillips by Slatter & Munday, Oxford, 1805, p. 52, acessível in https://openlibrary.org/books/OL23549969M/The_French_Anas. Curiosamente trata-se de um conjunto de textos onde o nosso Francisco Xavier de Oliveira, *O Cavaleiro de Oliveira*, se terá seguramente *inspirado* — bastante de perto — nas suas famosas *Cartas* (cf. a compilação organizada e prefaciada por Vasco GRAÇA MOURA para *Os Grandes Clássicos da Literatura Portuguesa*, Planeta d'Agostini Ed., Lisboa, 2004 (ISBN 972-747-775-5), p. 60.

⁽¹⁹²⁾ De acordo com uma notícia que pode ser seguida a partir da *Euronews* de 03/01/2012 (cf. pt.euronews.com), sob o título: «França: Silicone industrial em implantes mamários», foi encerrada a empresa francesa PIP (*Poly Implant Prothèse*) e iniciadas investigações e processos de milhares de intervenções cirúrgicas de remoção de implantes mamários por toda a Europa (estimava-se que em Espanha existiam mais de 10 000 casos). Estes implantes terão sido fabricados com recurso a um produto da gama *Rodorcyl* que é destinado à fabricação industrial de pneus, à petrolífera, etc., e que estará na origem de casos de doença gravíssimos...

¹⁹³ Cf. entre as várias notícias em torno das descobertas neste campo científico destaco uma que sublima a investigação nacional e a prestação de cientistas portugueses, a saber: «Manuela Veloso junta robot humanóide Baxter à equipa de investigação do CoBot» in *Ciências Hoje — Jornal de Ciência, Tecnologia e Empreendedorismo*, 2013-08-05, segundo a qual: «O robot humanóide Baxter, construído pela Rethink Robotics de Boston, nos Estados Unidos, já está na Carnegie Mellon University (CMU) para se juntar ao actual CoBot, o robot desenvolvido pela equipa de Manuela Veloso, investigadora mundialmente reconhecida pelo seu trabalho nas áreas de Inteligência Artificial e Robótica. A investigadora portuguesa liderou recentemente na CMU uma sessão aberta de demonstração destes robots, dando o primeiro passo para um novo projecto de investigação em que os robots Baxter e CoBot possam trabalhar em conjunto. O CoBot é um robot com grande mobilidade, navegando autonomamente nos edifícios da CMU, mas não tem braços. Quando o CoBot precisa de transportar um objeto, numa autonomia simbiótica, o robot pede para que uma pessoa ponha ou tire o objecto do seu cesto. Com o Baxter, que tem braços e é seguro para estar em ambientes com

Por seu turno, os desenvolvimentos nas áreas em torno da «Inteligência Artificial» apontam já para interrogações emergentes do que virão a ser os debates acerca de uma ética computacional, uma nova axiologia para uma moral renovada. Assim ocorrerá mercê da interacção comunicacional entre os seres humanos e as informações disponibilizadas pelas máquinas (progressivamente *incorporáveis*), cuja sofisticação programática é previsível e para as quais se relegam cada vez mais e mais tarefas. A «moral computacional» emerge assim do processo de recolha e processamento de dados decorrentes da análise de comportamentos adquiridos em termos da Psicologia, segundo modelos programáticos de lógica aplicáveis quanto a aspectos da realidade quotidiana que serão inseridos e utilizáveis em maquinaria *amiga* e adquirível para desígnios institucionais ou egoísticos: o «colaborador individual». Emprestando por ora algum empolamento ao conteúdo da *autonomia de decisão programada*, a verdade é que as máquinas serão «dotadas» progressivamente de automatismos que vão permitir *opções entre decisões pré-formatadas* — até onde este mecanismo viabilize o que é tido já como processo de raciocínio, ainda que com complexidades variáveis. De qualquer forma, tratando-se de opções, estas, até há algum tempo atrás, encontravam-se inseridas em aspectos avaliáveis mas privativos de comportamentos humanos, como seja o estacionamento de veículos automóveis, operação que integra a prévia certificação e avaliação para a atribuição de uma licença de condução⁽¹⁹⁴⁾.

peças sem a necessidade de gaiolas de segurança, isso é possível. O objectivo da investigação de Manuela Veloso inclui viabilizar a colocação pelo robot Baxter no cesto do robot CoBot. Os dois robots complementam-se assim, em termos de navegação (CoBot) e manipulação (Baxter). Manuela Veloso prevê que esta linha de investigação leve a novas competências nas tarefas de interacção e assistência de robots a pessoas. Manuela Veloso tem estado envolvida no Programa Carnegie Mellon Portugal, como investigadora principal, do lado da universidade norte-americana, do projecto de investigação MAIS-S, e como orientadora de alunos de doutoramento de grau dual. O projecto MAIS-S, que do lado português é coordenado pelo investigador Francisco Melo (INESC ID, IST/UL), é um dos mais relevantes projectos na área da robótica, apoiado pelo Programa CMU Portugal, que é financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT). No âmbito deste projeto foi desenvolvido um protótipo que está a ser testado no Instituto de Sistemas e Robótica (ISR) em Lisboa, e que inclui um robot móvel, chamado Duke, com o qual se pode interagir.». A notícia foi recolhida por consulta disponibilizada em <http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=5824&op=all>.

¹⁹⁴ A Universidade Nova de Lisboa (UNL) integra um Centro de Inteligência Artificial (CENTRIA) da Faculdade de Ciências e Tecnologia, cf. (<http://centria.di.fct.unl.pt/researchareas/index.php>) onde se referenciam já doutoramentos em «Moral Computacional» (Luís Moniz Pereira, The Anh Han (— Han The Anh, *Intention Recognition, Commitments and Their Roles in the Evolution of Cooperation*, Luís

Ora diante determinarão antes manifestações de um princípio da prudência que invade a aplicação dos conhecimentos técnicos, como processo conseqüente ao aprofundamento das possibilidades.

IV. § 2.º A Medicina enquanto «fenómeno» aberto» ao Direito

A existência de uma ética específica do profissional de saúde, a prerrogativa de um conhecimento específico e a reserva de investigação apontada fundamentalmente para a medicina poderiam bastar para pugnar pelo afastamento da regulamentação jurídica apenas para o que fosse exógeno, i.e., para censurar as condutas anómalas que surgissem a ofender no campo social interesses e bens havidos por integradores de mínimos éticos de intolerabilidade: com dano social relevante. Seria um sistema fechado⁽¹⁹⁵⁾.

Moniz Pereira and (superv.), Universidade Nova de Lisboa, May 2012 —, Ari Saptawijava). Existem igualmente notícias de que a marca de automóveis Volvo anunciou para 2017 a colocação de cem veículos nas ruas da cidade Sueca de Gotemburgo com significativa autonomia (circulação independente da específica conduta humana para arrancar, parar, virar, etc.), i.e., com a possibilidade de transitarem sem qualquer condutor, cf. <http://www.motorpasionfuturo.com/coches-del-futuro/volvo-probara-la-conduccion-autonoma-en-suecia-en-condiciones-reales-en-2017>. A marca ambiciona que a partir de 2020 será possível deixarem de ocorrer acidentes mortais provocados pelos automóveis autónomos Volvo. A nível hospitalar existe igualmente nota de que existem já várias unidades em que se pratica uma cirurgia assistida através de maquinaria *robotizada*, designadamente nos EUA e no Brasil, cf. http://pt.wikipedia.org/wiki/Cirurgia_robotizada ; de acordo com esta referência: «A primeira vez em que foi utilizado um robot, foi em 1985, quando o PUMA 560, foi utilizado durante a realização de uma biopsia ao cérebro para guiar a agulha. Em 1988, o PROBOT, desenvolvido no *Imperial College of London*, foi usado para realizar uma operação à próstata. Em 1992, o ROBODOC, da empresa "Integrated Surgical Systems", para esculpir com precisão encaixes em um fémur durante uma operação para instalação de uma prótese para o quadril.». No Japão sucedem-se experiências com autómatos de assistência em Hospitais e em Lares para assistência a idosos, cf. *Jornal Expresso* de 04/01/2014, 1.º caderno, Ciência, pp. 20 e s. (texto de Virgílio Azevedo).

⁽¹⁹⁵⁾ Refiro-me aqui à qualificação avançada por Boaventura SOUSA SANTOS, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Afrontamento Ed., 6.ª ed., 2002 (ISBN 972-36-0207-5), pp. 104 e ss., que, sem pretender encetar a análise e discussão sobre sistemas e as qualificações do que sejam sistemas abertos e fechados (que perpassem as interligações epistemológicas respectivas viabilizando reconhecimento, valorização e aplicação recíprocas), dá por adquirido — com razão — que «é tido por fechado o sistema que cumpre as seguintes duas condições: (1) para que os mecanismos operem consistentemente não deve haver mudança ou variação qualitativa no objecto com poder causal (contradição intrínseca de fechamento); (2) para que o resultado seja regular é necessário que seja constante a relação entre o mecanismo causal e os mecanismos das condições externas que afectam de algum modo a sua operação ou os seus efeitos (condição extrínseca de fechamento). O desenvolvimento acelerado das

Também esta realidade se adicionou ao *trato sucessivo* em que a *intimidade* das doenças, o *segredo* dos interlocutores sobre o que envolve o *diagnóstico* e a *cura* ⁽¹⁹⁶⁾, a *mística* — seja mágica, religiosa, de iniciação aos conhecimentos dos tempos, etc. — e a própria valia *psicossomática* do desconhecimento — seja pela ausência de aflição seja pelo acréscimo de optimismo — alimentou a delimitação de protecção dos médicos, e, conseqüentemente, um paternalismo que, no seu mínimo, transporta cerca de dois milénios e meio de tradição (Juramento de Hipócrates) e segue até aos tempos da autonomia, decorrentes da afirmação ocidental liberal com curso durante o séc. XIX, chegando aos Tribunais e à legislação na transição para o século passado; recente portanto. Ora, a tradição milenar faz(ia) com que inexista dissenso: ao paciente cabe(ia) tão simplesmente aproximar-se e cumprir o que o médico lhe preceitue(asse) ou negar e fugir ⁽¹⁹⁷⁾.

ciências naturais é normalmente atribuído ao facto de os seus objectos serem em geral sistemas fechados (...) em tempos recentes este modo de pensar tem vindo a ser alterado à medida que o próprio desenvolvimento científico revela que nas chamadas ciências paradigmáticas (como a física) (...) é muito mais ampla a existência de sistemas abertos do que anteriormente se pensava.». Um exemplo concreto desta abertura situa-se no *Desafio de Aristóteles* de Daniel GOLEMAN, cf. *Inteligência Emocional*, Temas e debates, Printer, 2006 Dep. Leg. B-39891-2006, pp. 9-13: segundo este investigador um evento de percurso perto da época em que concluiu o seu doutoramento mostrou-lhe uma via de investigação: um condutor de autocarro, em Nova York, no decurso de um pesado mês de Agosto, conseguiu paulatinamente, por via de um discurso eloquente e apelativo em que discorria sobre os interesses e novidades locais, instituições, eventos, etc., a par de uma cordialidade contagiante, mudar o humor de cada um dos sucessivos passageiros do autocarro. GOLEMAN desenvolveu a partir daqui os seus estudos sobre inteligência emocional, inclusive aplicados à medicina, Cf. ID., *ibid.*, pp. 238 e ss. É uma conexão a ser realizada, por exemplo, com o reconhecimento pela ONU (já com reflexo na legislação portuguesa) sobre as medicinas não tradicionais ou não convencionais.

⁽¹⁹⁶⁾ Sobre a milenar existência do dever de segredo enquanto essência absoluta da relação de confiança, sem a qual inexistente relação médico-paciente, tão vetusto quanto a profissão, cf. José Manuel F. HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, Comares Ed., Granada, 2002, 4.ª Ed. (ISBN 84-8444-609-3, pp. 174 e s., e assinala PÉREZ VENEGAS, *El secreto médico profesional y situaciones de conflicto*, in *Revista General de Derecho*, enero-febrero, 1997, p. 146, que podem distinguir-se três épocas no tratamento do sigilo médico: uma época *mitológica*, em que a medicina era exercida por sacerdotes e estes tinham a obrigação — senão a prudência — de guardar segredo; a *antiga*, em que a medicina se secularizou e os médicos adquiriram a noção da transcendência social do segredo enquanto valia comunitária; a *moderna*, em que os médicos prestam um juramento ao concluir os seus estudos — ao que acrescento uma *hodierna*, em que o legislador penal densificou o bem de privacidade —. De qualquer sorte, concluo como o Autor: em todas as épocas e desde sempre existem boas razões para aceitar ter existido um dever de segredo profissional na actuação médica.

⁽¹⁹⁷⁾ Coloca José de FARIA COSTA uma certa ênfase nesta confrontação entre mais de dois milénios *versus* menos de dois séculos para explicar muita da resistência que persiste

Eis a explicação — a que terei de voltar — sobre o clássico papel de *não intervenção do Direito* — matéria necessariamente recorrente nestas páginas — em assuntos de investigação científica, que advém da natural surpresa com respeito misturada, sempre servil à tentativa de superação da ignorância, tal como — em outro extremo — de alguma ganância pelas fantásticas habilidades e conquistas tecnológicas. Estas relegam a transferência destas matérias para terrenos do «vazio legal»⁽¹⁹⁸⁾.

na aceitação da permeabilidade da Medicina à intervenção certificadora e regulamentadora do Direito, cf. ID., *Em redor da Noção de Acto Médico...*, p. 392, in *As novas questões...* cit. Mas existem autores que cuidam de explicar que a inversa é igualmente plausível, i.e., que o facto de Médicos e Juristas partilharem os bancos das mesmas Universidades e possuírem proximidades no ensino, designadamente na cidades Universitárias desde, ao menos, a Idade Média, terá contribuído para o desenvolvimento de cumplicidades de natureza intelectual — no mínimo — que não terá deixado de influenciar igualmente um *rigoroso respeito* pela abstenção de intervenção na arte médica e na sua fiscalização. Assim aparece mais uma explicação — a par de outras: prova, etc. — para o atrito da responsabilização médica e o fraco índice de condenações; neste sentido cf. Angel Pelayo GONZÁLEZ-TORRES, *La Intervención Jurídica de la Actividad Médica: El consentimiento informado*, Cadernos «Bartolome de Las Casas», 5, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson Ed., 1997 (ISBN 84-8155-264-X), pp. 13 e ss., que acrescenta ainda exactamente o inverso da constatação de José de FARIA COSTA sobre a similitude de *curar* que o Direito também oferece: ao curar da *saúde pública*, tem o médico muito da tarefa de legislar, exactamente sobre o comum do quotidiano da vida, permitindo e proibindo determinadamente e com uma eficácia *coerciva* notável, cf. ID., *ibid.*, p. 29 e s. E é igualmente muitíssimo curiosa a perspectiva actualíssima de uma dissertação de doutoramento de uma socióloga que aponta exactamente aos médicos de hoje uma aversão à relação dialógica, se bem que se enunciem todos os seus requisitos e passos, ora usados retoricamente para persuadir convictamente a fazer o que pretendem, pois, bem se vê, tem de ser assim, cf. o estudo de Susana SILVA, *Procriação Medicamente Assistida. Práticas e Desafios*, Imprensa de Ciências Sociais ed., UL (dissertação de doutoramento), 2014 (ISBN 978-972-671-326-5), pp. 107-109. Quanto a este último desafio, fica-me o sabor de que a hipótese suscitada pela investigadora não deixa de ter eco no que afirma sobre *a decisão em medicina* o insuspeito e afamado Professor Catedrático João RIBEIRO DA SILVA, *Bioética na sua Trajectória. Bioética Contemporânea II*, Cosmos Ed., Lisboa, 2001 (ISBN 972-762-232-1), pp. 31-36, ao reconhecer que existe já uma deliberação médica antes ainda do diálogo com o paciente, o que assenta e se reforça em percurso milenar; isto sem descurar, pelo contrário, as virtudes e necessidades do diálogo.

⁽¹⁹⁸⁾ É curioso rever o contributo que para a História recente se deve recolher com referência a uma vintena de anos (1994) sobre a ausência de regulamentação geral em matéria das investigações em torno do Genoma Humano — segundo as clássicas características da universalidade, generalidade e abstracção, com as naturais excepções meramente tópicas e pontuais em matéria de família, trabalho, experimentação —; e a constatação também generalizada da sua necessidade por parte dos prestigiadíssimos Cientistas Jurídicos de 15 países cujos ordenamentos jurídicos não será difícil afirmar — representam o Mundo e que apresentaram os respectivos Relatórios «nacionais» no *Workshop* realizado em Portugal, Coimbra, entre 11 e 14 de Junho de 1992, e que contemplou os relatórios: Austríaco (Erwin BER-NAT); Inglês e Escocês (Malcom CLARKE / Dereck MORGAN); Alemães (Erwin DEUTSCH: Wolfgang SCHULZ-WEIDNER; Jochen TAUPITZ; Gunther WIESE); Dinamarquês (Lis FROST); Italiano

A propensão para reputar que a necessidade de regulamentação — aqui como paroxismo de uma densidade ético justificante de controlo das actividades para protecção de bens socialmente relevantes — das actividades científicas significa uma clausura da liberdade própria que lhes é ínsita. Neste sentido, não arredando o Legislador perante a vertigem do que está em causa será caso de verificar-se, ao menos preventivamente, alguma desconfiança sobre interesses ou sequelas⁽¹⁹⁹⁾. É sobre este «fio-da-navalha», *entre o melhor e o pior*, que Meulders-Klein aponta cautelosamente para refrear o deslumbramento da fina camada seguinte das descobertas.

Está bem de ver que, pelo contrário, suscita-me reserva a posição sugerida por Peter Sloterdijk de uma *epojé*, segundo a qual, quer em sentido mais clássico, quer em proposta «hipermoderna», vamos pela «arte de permanecer em suspenso entre doutrinas», de «passear em supermercado sem fazer compras»⁽²⁰⁰⁾, até ao privilégio da melancolia da abstenção de juízos em que se

(Alberto GARGANI); Comunidade Europeia (Guido GUERIN); Norueguês (Marit HALVORSEN); Suíço (Heinz HAUSHEER); Portugueses (Guilherme de OLIVEIRA; Jorge SINDE-MONTEIRO); Sul-Africano (Ferdinand van OOSTEN); Grego (Ioanis ROKAS); Espanhol (Carlos ROMEO-CASABONA); Israelita (Amos SHAPIRA); Japonês (Michitaro URAKAWA), in AA.VV., *Genome Analysis: Legal Rules, Pratical Application*, CDBM da FDUC/Institut Für Arzt Und Arzeneimittelrecht Universitat Gottigen, Coimbra, 1994.

⁽¹⁹⁹⁾ Será o caso de subscrever aqui por inteiro a opinião de Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN quando afirma: «*Il y a d'abord une logique de connaissance et de pouvoir exponentielle de la part des scientifiques et accessoirement des médecins, qui se son tabors investis complètement dans la recherche de la connaissance et de la application de la connaissance. Je pense que c'est une logique qui peut donner le vertige et, à la limite, peut engendrer le meilleur et le pire.*». Cf. a discussão em torno da intervenção de Patricia BARBERINO-MONNIER: *L'Etat de la Procréation Médicalement Assistée en France*, in AA.VV.: *Bioéthique: Les Enjeux du Progrès Scientifique – France, Allemagne* (coord. Françoise FURKEL; François JACQUOT e Heike JUNG), Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 53, 2.º §. Sobre o assunto cf. ainda Jaime M. PERIS RIERA, *Orden Biológico v.º Orden Jurídico: El Derecho en el Tercer Milénio*, Instituto de Derecho Y Etica Industrial (IDEI), 1997, pp. 31 e ss., e sem esgotar, Ferrando MANTOVANI, *Manipulaciones Genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, I, Julho-Dezembro, 1994, p. 95.

⁽²⁰⁰⁾ Sobre as parafasias conceptuais em torno de casuísmos concretos (sirvam os exemplos sobre as legitimidades e defesa das diferenças das associações de surdos, anões, etc. americana, tal como entre as liberdades individuais, os hedonismos e apuramentos físicos e intelectuais) em torno deste conceito actual, de onde retira que a conclusão de que as eugenias liberais carecem afinal de uma intervenção do Estado, mais não seja para viabilizar uma redistribuição de virtualidades através de loterias... cf. Peter SINGER, *De Compras por el Supermercado Genético*, (trad. Julio Seone), in *Rev. Isegoria*, 2002, n.º 27, pp. 19-40 (<http://isegoria.revistas.csic.es>). Já Jürgen HABERMAS se oferece profundamente céptico, senão mesmo aterrorizado, perante «a perspectiva de a auto-otimizadora da espécie, efectuada à medida das aleatórias preferências de uns clientes de um supermercado da genética (e do concomitante processo de habituação da sociedade), modificar o futuro estatuto moral

exultam, após críticas, as meras contemplações poéticas em *spleen* de um heterónimo de Fernando Pessoa em *Desassossego*, mas sem deixarmos de passar pela «perda da inocência das ciências naturais perante essa data catastrófica de Agosto de 1945 em Hiroshima e Nagasaki»⁽²⁰¹⁾.

Argumentos existem que são esgrimidos no que por ora designo como deslumbramento tecnológico. Por força dos extremos que viabilizam servem para que temas mais controversos se transformam em casos apagógicos para o demais se discuta aquém. Servem de exemplo: em primeiro lugar, a clonagem⁽²⁰²⁾ e os precedentes com sucesso (caso da fertilização *in vitro*); em segundo lugar, a descoberta e ultrapassagem dos estados de ignorância científica (o caso da fisiologia com as suas aporias que são desveladas pelas descobertas científicas); em terceiro lugar, o fascínio pela desmistificação de (pre)conceitos: de ordem intelectual (a liberdade e auto satisfação, *v.g.* procriação autóloga); material (auto sustentação económica dos projectos, por via dos mecenatos pontuais); ou mesmo individuais, de cariz psicológico: a perda de pessoas queridas e respectivos traumas; em quarto lugar, e ainda sob efeito desmistificador, o estatuto de vitimização, perante a qual a regulamentação restritiva mais não é do que uma discriminação que é necessário combater, tal qual aconteceu com os casamentos inter-rácicos, a libertação da mulher, a fertilização *in vitro*, a afirmação da autodeterminação sexual; em quinto lugar, os paralelismos das reduções igualitárias com prejuízo das liberdades individuais (colocando — acriticamente? — tudo no mesmo saco, e acrescentando soluções sobre violentas opções contraditórias entre valores e realidade, como sejam as do aborto, ou as dos direitos dos animais). No fundo, trata-se de matérias assumidas como factuais *ao serviço*: quando não da ausência de alternativas, de meros estandartes precursores de um fu-

das pessoas continua a parecer-nos assustadora...», cf. *O Futuro da Natureza Humana... cit.*, p. 137. Adiante citarei opinião diametralmente oposta de Victoria CAMPS, in *Que hay de malo en la eugenesia?...*

⁽²⁰¹⁾ Cf. Peter SLOTERDJINK, *Muerte Aparente en el Pensar: Sobre la filosofía y la ciencia como ejercicio* (trad. Isidro Regnara) Ed. original: Tubingen 2009, Ed. formato digital, Ed. Siruela, 2013, cf. ref.^a (19%) 332 e s. em 1732; (39%) 671 e ss.; 946; (78%) 1348-1390; (85%) 1472; 1536 e ss..

⁽²⁰²⁾ Sigo nesta parte o filósofo biologista Gregory. E. PENCE, *Mitos, Factos e Preocupações Éticas sobre a Clonagem Humana*, in AA.VV., *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 551-568.

turo por definir... É o preço da vida ao serviço da investigação sobre a vida. Mas disciplinar a ciência não significa tentar regulamentar «fantasmas»?

Não existem «fantasmas» que não possam ser regulados, como servem de exemplo as diáfanas reflexões do caleidoscópio da reificação humana, seja para dar destino à faculdade da criação de órgãos, seja para tornar-nos transparentes ao ponto de nos desnudarem nas câmaras de vigilância dos aeroportos ou na intromissão que sempre significam todas as outras câmaras de segurança.

É óbvio que os argumentos se podem multiplicar, mas requerem uma permanente recolocação em debate para que se não expliquem pela respectiva enunciação⁽²⁰³⁾. Entre os enunciados problemas alguns *produtos* existem cuja disponibilidade anunciada — como a clonagem — aparece com sequelas muito complicadas, como se verá, especialmente quando são colocados à comunidade como desafio terapêutico do que se designa uma eugenia que transita dos terrenos da experimentação para os da investigação e desta para o doméstico, por via do mercado. E o mercado oferece-se incontrolável como a guerra. Com afirma Walter Osswald:

«(...) o intuito de aproveitar as suas potencialidades terapêuticas não oferecem, pelo contrário, dificuldades de natureza ética consideráveis, se excluirmos o acesso dos doentes a estas técnicas, a confidencialidade, o preço e a eventual comercialização...» e — alerta com ironia o mesmo Autor — «não esquecendo que, na comédia de Plauto, Sósia era o clone de Mercúrio, o deus do comércio...»⁽²⁰⁴⁾.

Em medicina, da experimentação à *cosmética*, é esta a sucessão das pequenas repetições da mesma fotografia que funda a necessidade da regula-

⁽²⁰³⁾ As questões nucleares do debate — que é extensíssimo — andam em torno dos equilíbrios com que os sinos dos tempos se ocupam em alarmar a comunidade, mais concretamente como explica magistral e sinteticamente Luísa NETO (cf. *Novos Direitos — ou novo(s) objecto(s) para o Direito?*, UPorto Ed., 2010 (ISBN 978-989-8265-28-9, pp. 65-84) na certificação de funcionalidade do modelo do «teste triplo de proporcionalidade — necessidade, adequação e proibição de excesso — que parece simplista, mas é, ao invés, exigente e clarificador». Um fascínio de transparência com abalos fortíssimos e reconstruções do princípio da privacidade, que, como dá exaustivos exemplos a Autora em referência, ocuparão a concretização pragmática das regulamentações e alimentam decisões plenas de controvérsias com argumentos que — plenos de inocente evidência — podem conduzir a efeitos perversos, como seja o do Ac. TC n.º 155/2007, de 02/03, cuja fundamentação peca pela evidência de que já ao tempo de Pombal se permitiam *tratos* na inquirição probatória das testemunhas sob fiscalização médica...

⁽²⁰⁴⁾ Cf. Walter OSSWALD, *Para Além do Espelho: Imagens e Argumentos a Propósito da Clonagem*, in AA.VV., *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 569-578 (*maxime* 577)

mentação, da materialização prévia dos limites entre a ciência e a prática, ao repensar nas fronteiras e nas actuações inevitáveis ou nas possíveis distorções que uma «investigação científica perfeitamente solta», inebriante sem dúvida, pode acarretar. Em suma: em que *mãos* podemos colocar as pessoas e os seus destinos? E em quantas mãos se podem depositar as liberdades? E quais os requisitos mínimos onde se evitem desvios de um *zeitgeist*, cuja legitimidade institucional ou formal não justifique os perniciosos efeitos da *banalidade do mal*.

Com efeito, mesmo no campo mais estrito da prática médica do quotidiano são Autores como Gadamer, com Jaspers, que alertam para a «multiplicidade de mãos» que *operam* em uma esfera desregrada médico-medicamentosa, isto é, para a divisibilidade desconcertante de trilhos e de estradas recolhidas adentro da própria medicina, mas não só, e que conduzem à esfera do ser humano. Para este raciocínio ou constatação contribuem a Filosofia, as *Engenharias*, as Ciências Físico-Químicas, a Biologia, a Psicologia, o Direito, a Sociologia, a Economia e outras Ciências Sociais, como a História, a Antropologia e múltiplas ramificações. E sabe-se que os receios de hoje podem perfeitamente transformar-se amanhã em jogos para crianças, tal como a utilização de uma bicicleta habilita uma queda mortal.

No caso concreto da medicina os caleidoscópios sucedem-se e são reciprocamente indispensáveis. Mas é exactamente na medicina que um dos escopos Humanos se demonstra integralmente: as relações sociais, como constante fundacional, tratam do saber da morte e da procura da vida com análogo afinco. E nisto, sabe-se, reside o «fundamento antropológico da liberdade»⁽²⁰⁵⁾, não apenas para explicar os domínios em torno das fórmulas de sobre-

⁽²⁰⁵⁾ Cf. Hans-Georg GADAMER, *Herança e Futuro da Europa*, Ed. 70, 2009, p. 106, onde o pensador remete para Georg W.F. HEGEL algumas considerações a respeito da «luta pelo reconhecimento» fundada nas relações da «dialéctica da dominação e da servidão» a ser ultrapassada quando o sujeito é, em absoluto, «independente», livre. Penso que as relações da «dominação e da servidão» se encontram descritas suficientemente (para este fim a que alude Gadamer) em Georg W. F. HEGEL, *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, escrita em 1802/3. Compulsei a tradução de Artur MORÃO para as Ed. 70, publicada sob o título: *O Sistema da Vida Ética*, Ed. Planeta de Agostini/Público, Colecção «Grandes Pensadores», com prefácio (sobre «vida e obra») de Gonçal MAYOS, pp. 365 e ss., em que, para lá da «individualidade» e da «independência», admite igualmente como meio de «superação» exterior da relação de dominação a Família, tida como «Identidade»: / «das necessidades exteriores; da relação dos sexos (...); da relação dos pais e dos filhos ou da razão natural (...), para onde remeto a curiosidade natural pelos correspondentes desenvolvimentos. Para uma análise mais completa, especialmente também no sentido sublinhado por Gadamer, cf. a publicação

da obra em referência: *o Sistema da Vida Ético* (mesmo tradutor, mas com prefácio de Roger-Pol DROIT), Coleção «Os Grandes Filósofos», Ed. Prisa Inova, 2008, pp. 464 e ss., e sobre a «Individualização», pp. 528 e ss., que permite, na sua radicalidade, a libertação da própria «angústia da morte».

A ideia de que *entre* a metafísica da filosofia primeira dos problemas limite das várias disciplinas científicas, das suas respostas, e dos resultados das disciplinas valorativas, da metafísica do absoluto situa-se com progressiva importância, interesse e a reclamar atenção uma disciplina de *Antropologia Filosófica* que perante impossibilidades responde ao menos situar-se no próprio Homem e contingências uma sua imagem essencial de que depende o demais, i.e., todas as formas de ser, incluindo as parcelas do Mundo objectivo que se lhe oferecem e por isso se oferecem essenciais, mas na medida do Homem que as investiga e se investiga de forma fundante. Eis a emergência *disciplinar* de que me interessa aqui dar nota e que é avançada por Max SCHELER, cf. *A Conceção Filosófica do Mundo*, Ed. Elementos Sudoeste (trad. e Posfácio de João Tiago PROENÇA: pp.121-136), 2003, Porto, pp. 31 e ss. Outro A. fulcral que se pronuncia sobre as contingências da liberdade, exactamente a pretexto de uma *antropologia da liberdade* é Fernando SAVATER, in *a Coragem de Escolher... cit.*, pp.75-85, onde ensina em um primeiro momento — sem prejuízo de o retomar adiante — que, historicamente, a liberdade se oferece por contraposição à escravidão, por força exactamente desse receio como sequela *natural* das guerras e da sucessão dos Impérios. Assim terá sido logo entendida pelos gregos; recorrendo a Hanna ARENDT (*The Life of the Mind*): «De acordo com a etimologia grega, isto é, de acordo com a auto-interpretação grega, a raiz da palavra liberdade, *eleutheria*, é *eleitheimopos ero*, ir onde desejo, e não há dúvida de que a liberdade básica era entendida como liberdade de movimento. Uma pessoa era livre quando podia mover-se como desejava; o critério era o eu posso e não o eu quero.». E prossegue o A. em referência com a perspectiva de que, na realidade hodierna, permanecem variantes de subjugação que, no seu reduto mínimo, afectam aqueles cujo acesso à informação persiste deficiente, dando azo a uma triste constatação (de que a existência de uma humanidade livre se verifica à custa dessa ausência em outra humanidade) e a uma dúvida sobre se o esforço emancipador não passará sempre exactamente disso: de um permanente esforço. Inúmeros autores têm vindo manifestar as suas preocupações com as inquietantes sequelas de um discurso sem consequências (ou da ausência de discurso), que apelidarei como a *catapulta para a ausência de gravidade: importação do alter space*; e que se refere às afasias do quotidiano no indivíduo, no nosso vizinho, em vertigem das sequelas do relativismo, do pós-modernismos (híper-modernismo) e da submersão egoística profunda para que propendem um desviante entendimento liberal ou das regulações pós-liberais: será o caso das reflexões que vêm sendo feitas desde 1983 por Gilles LIPOVETSKY, cf. *A Era do Vazio*, com referência à republicação de 1993 (cf. posfácio do A.), e tradução e Prefácio de Manuel Maria CARRILHO, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 119 e ss, *maxime* 171 e ss., e 297 e ss., e que sintetizo em absoluto no alerta para o saldo contraditório entre uma reinvenção individualista e — em pólo diferente — a institucionalização forçosa de uma cultura de responsabilização que supere a vertigem das contradições vigentes no pós-modernismo (alimentado pela circulação absolutamente liberal dos sopros das *publicidades*) e institua os valores mínimos radicalmente fulcrais em que as contraprestações sociais correlativas são absolutamente preceptivas: um regime de solidariedade inquestionável, portanto. Os problemas situam-se (com a descrença de Lipovetsky) na superação democrática pelas soberanias. Eis a equação para ser formulada e resolvida; por ora, a permanência enviesada em que a perspectiva de Jean BODIN redundou nas artificiais delimitações geográficas dos Estados-Nação tudo complica.

posição da vontade como da própria protecção da formação e manifestação da vontade em si, incluindo a respectiva diversidade⁽²⁰⁶⁾. A ser assim — e assim parece ser —, a liberdade é uma asserção inquestionável: sobre o que não pode ser de outra forma, pelo que apenas pode ser individualmente condicionada para melhor se afirmar na sua plenitude mínima.

É nesta perspectiva individual que se delimita o *magma* ordenador do Direito Universal, por ora Internacional como se viu, e, no *quadriculado* das soberanias, as disciplinas fundantes do Direito Constitucional e do Direito Penal que exponham os espaços das liberdades práticas libertadas ao Direito Civil: à manifestação da vontade de matriz contratual. Explica-se tudo me-

⁽²⁰⁶⁾ Segundo Hans-Georg GADAMER, *Herança e futuro... cit.*, pp. 130 e ss.: «Em três séculos de delírio crescente do poder e do poder-fazer preocupámo-nos muito menos do que devíamos em manter desperta a consciência da nossa própria responsabilidade enquanto cidadãos e membros da sociedade. E, agora, encontramos-nos numa situação em que nos vemos rodeados de um excesso de misteres e competências. Pensemos por exemplo na medicina. Todos sabemos por experiência própria que a medicina fez novos e grandes progressos graças a fantásticas realizações, não só na cirurgia, mas em muitas outras direcções. As armas que esta medicina tem agora à sua disposição são, todavia, tão temíveis, que muito poucas as utilizaram sempre para um bom fim. Isto é inevitável. O que não é inevitável é que o sistema de assistência social criado pelo Estado moderno, force também neste campo a considerar o médico e os seus meios como algo tecnicamente disponível e a fazer carregar sobre ele o cuidado da saúde e a prevenção dos danos que a ameaçam. Mais uma vez, parece-me que a verdadeira problemática do especialista, que neste caso é o médico, não reside tanto na sua responsabilidade quanto na auto-responsabilização de todos nós. Por isso, creio que o vasto âmbito do verdadeiro cuidado de saúde, que hoje se chama em medicina o movimento preventivo, está descurado – abandonado, erradamente, à eficiência da moderna assistência médica.». Dicotomicamente, a perspectiva avançada por Hans JONAS sobre a escatologia do *homo faber*, enquanto intenção de, voltando-se sobre si próprio, *recriar a obra do criador e renascer criador*, significa uma inevitável e profundíssima reinvenção da Ética. A verdade é que os seus escritos dos anos 60 do século passado, sobre a eficácia do *homo faber*, perante a morte por exemplo, se revelaram, decorrido meio século, justificadamente premonitórios e verdadeiros quanto ao crivo de um raciocínio de causalidade adequada (cf. Hans JONAS: *Ética... cit.*, pp. 48 e ss., 81 e ss., 85 e ss. e 109), como são os casos das interrogações e soluções em torno das manipulações genéticas que conduzem a permanentes e renovadas interrogações. Mas mesmo no campo estrito do aludido problema da «medicina preventiva» será bom ganhar alguns tempos em rever cada uma das premissas que decorrem da alteração de uma relação individual (ou tendencialmente individual) entre agente médico e paciente; e uma relação social entre a instituição, os avanços tecnológicos e o ensejo de se furtar ao destino de que se alimenta a medicina. Neste último sentido, cf. os ensinamentos de Manuel Silvério MARQUES, *A Pequena Pedra ou a Vontade da Pessoa e o Peso da Realidade*, in AA.VV., *A condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, pp. 617-664, em que multiplica a permanente defesa da relação individualizada, não paternalista, mas em que a *saturação* se dissolve na possível formação para um acompanhamento, tanto mais premente quanto leva as suas reflexões aos limites da apelidada *boa morte*.

lhor de acordo com uma responsabilização apontada ao liberalismo, por isso actualista, e aos respectivos processos de «protecção» e de «legitimação» dos bens a proteger... Só esta enunciação parece fácil, pois haverá ainda que saber vedar — e por onde, por que razões — as fronteiras de intervenção legislativa até ao social e, sobretudo, até ao indivíduo⁽²⁰⁷⁾.

Dou por adquirido — i.e., sem aprofundar para além do que segue — que o processo de *construção* de uma disciplina jurídica passa sobretudo pela delimitação de um ou vários bens sociais específicos, densificados em termos teleológicos autónomos, que merecem um tratamento legislativo específico, próprio, com um núcleo original de princípios, regras, direitos e deveres (institucionais e para os sujeitos das respectivas relações)⁽²⁰⁸⁾.

Acrescerá o facto de não ser reconduzível ao sector de onde emerge ou onde se explane meramente uma *disciplina legislativa*, i.e., onde os vários ramos do Direito sintam a necessidade de alargar o respectivo campo de organização dos correspondentes subsistemas. Assim o Direito Penal com um elenco de tipos de crime sobre a propriedade ou sobre a economia ou sobre a medicina ou o Direito Administrativo sobre o funcionamento ambiental ou o Direito das Obrigações para os contratos de empreitada, etc. Mas já será sintomático que a mesma matéria disciplinar apareça a impor princípios específicos nessas mesmas disciplinas; um recorte de objectos perfeitamente similares e fontes unívocas e sempre semelhantes. Mais singular ainda significará que determinados regimes normativos perpassem com a mesma originalidade — e ou com as mesmas dificuldades — todas as disciplinas onde se manifestam; e se manifestem sempre. Mais: que se manifestem de sorte a inserir as mesmíssimas questões; impondo as mesmas soluções aos problemas que entroncam em vias perfeitamente análogas. E, por fim, que as normas, os

⁽²⁰⁷⁾ Como adiantei já, existem embates epistemológicos, com gradações múltiplas intermédias entre as perspectivas neo-liberais e as que apontam críticas propendendo para revisões de natureza mais comunitarista do que autonomista, ou de reforço do social, como é o caso citado de Gilles LIPOVETSKY, cf. *A Era do Vazio*, com referência à republicação de 1993 (cf. posfácio do A.), e tradução e Prefácio de Manuel Maria CARRILHO, Almedina, Coimbra, 2013.

⁽²⁰⁸⁾ ARISTÓTELES formulou a este respeito o que pode ser *desenhado* como um aforismo feliz, quando afirma: «É evidente que as preocupações comuns são criadas pelas leis e as boas preocupações pelas leis seriamente elaboradas. E nisto não há distinção se as leis são escritas ou não, nem tão-pouco se será apenas um único ou muitos os que virão a ser educados nelas (...)», cf. *Ética a Nicómaco... cit.*, Quetzal, 2004, p. 251 (Livro X, IX, 1180^{b1}).

conceitos e institutos se verguem a uma originalidade de satisfação das necessidades sociais específicas da realidade que é objecto de regulamentação.

Com o que antecede, parece-me legítimo concluir que o reconhecimento legislativo consequente será o produto do próprio reconhecimento científico que, por seu turno, a um tempo, dá eco e suscita o que posso apelidar como «o tratamento de argumentação pública», ao menos enquanto processo de racionalidade que permite a «discussão sobre as questões de justiça» até que o «discurso político» incorpore no ordenamento a satisfação das necessidades que as protecções dos tais «bens sociais densificados» requerem enquanto «questões instrumentais de poder e coerção»⁽²⁰⁹⁾.

Pois então, pergunto-me se, em relação ao fundamento, a saúde não justifica uma emergência normativa regulamentadora? A resposta surge em termos sociológicos e na organização estrutural do poder em polarizar estruturas organizativas, e a chamar para o seio dos valores essenciais a proteger mediante uma acção assumida como dever do Estado para com a comunidade.

Assim aconteceu por todo o lado, como se viu, e com uma persistência histórica, constante e evolutiva notável, que se pode assinalar muito cedo em Portugal, seja em termos proto hospitalares⁽²¹⁰⁾, seja no ensino, onde D. Dinis institui o estudo da medicina para que «no nosso sobredito Estudo, haja sempre um mestre de medicina, para que agora e no futuro, os corpos dos nossos súbditos, sejam regidos pelo devido regime de sanidade»⁽²¹¹⁾. Este regime merecedor de atenções régias centrava-se na relação concreta entre o físico e o doente, que cedo foi objecto de regulação que protegesse este do *estudos* que faltassem àquele, como o terá feito El-Rei D. Afonso IV, em carta

⁽²⁰⁹⁾ Cf. Ronald DWORKIN *apud* Amartya SEN, *A Ideia de Justiça...*, *cit.*, pp. 420). E cf. DWORKIN, *Justiça para Ouriços...* *cit.*, pp. 422 e ss.

⁽²¹⁰⁾ Em Portugal recorde Albergaria-a-Velha, «burgo» que resultará da beneficência de D. Teresa, Mãe do 1.º Rei de Portugal, na edificação ou destino de casas para albergar pessoas doentes ou necessitadas, e que se supõe ter sido criada em 1120. Tanto quanto parece, a serventia organizada para mendigos e doentes terá conduzido a Rainha D. Mafalda, em tempos coevos, a «mandar construir as albergarias de Canavezes, Cabras, Serra da Freita e Chaves.», cf. Germano de SOUSA, *História da Medicina Portuguesa...* *cit.*, pp. 69 e s.

⁽²¹¹⁾ A fundação do *Estudo Geral*, onde ombream as disciplinas para a formação de doutores em *Artes, Cânones, Leis ou Medicina*, aparece instituída por D. Dinis, mercê de carta régia dada em Leiria, no dia 1 de Março de 1290, e posteriormente por carta de 1309; para mais desenvolvimentos, cf. A. TAVARES DE SOUSA, *Curso de História da Medicina...* *cit.*, pp. 210 e ss, *maxime* 214.

datada de 22 de Fevereiro de 1338, ao proibir o exercício da medicina sem certificação por quem de sua vontade⁽²¹²⁾. E assim continuou até aos nossos dias: por um lado, a tutela do Estado na prossecução das suas finalidades teleológicas da paz, da segurança e do bem-estar; por outro, os avanços da ciência; por outro ainda, a pessoa humana com o seu reduto de protecção, que foi merecendo alargamento do «corpo» — até a sua tardia «libertação» — até à esfera da dignidade.

*

Chegado aqui, foi já enunciado que se trata do umbral holístico onde se exprime a humanidade e o homem e que permite fundar, discernir e discorrer sobre os princípios fulcrais que lhe assistem e o seu direito de personalidade (não apenas o geral, mas também os especiais). A sua matriz ontaxiológica, incluindo a do devir: a sua projecção e desenvolvimento; o seu cuidado específico na actuação dos profissionais de saúde, até o perigo geral de cariz antropológico inerente que lhe é exigido. E em tanto, com tanta economia de palavras, constituiu o contorno de uma dimensão importante e nítida da ordem jurídica, objecto de uma intencionalidade de protecção própria e diferenciada em muitas das suas disciplinas, que se mostram, desta forma com pressupostos constitutivos específicos, e que se revelam nas suas *linhas*⁽²¹³⁾.

O mesmo é dizer que todo o enunciado me permite afirmar estar perante um *sistema*, enquanto algo que merece uma unidade com solicitação normativa, enquanto um todo, requerido onde a relação em causa requer atenção segundo: *princípios comuns* (recolhidos em termos *positivos* ou *transpositivos* ou *suprapositivos*, no ordenamento jurídico universal, internacional e nacional). Uma vez que o legislador lhes deu directamente atenção, verifi-

(212) Deixo aqui de novo a referência *supra* relativa às investigações de Iria GONÇALVES, *Imagens do Mundo Medieval*, Ed. Livros Horizonte, 1988, pp. 9 e ss., que nos Arquivos Nacionais da Torre do Tombo (ANTT): Chancelaria de D. Afonso IV, livro 4, fls. 24 v.º) a mencionada Carta Régia com os ditames normativos sobre o exercício e proibição da prática da medicina.

(213) Sigo ora diante a matriz de *verificação metodológica* ensinada por António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, BFD|UC, Studia Iuridica, 1, Coimbra Ed., 1993, *maxime* pp. 155 e ss.

cam-se, não apenas a intenção político-jurídica de uma *normatividade prescrita* concreta, como a existência de uma certificação dos problemas colocados à *jurisprudência*, tal como e quanto à *doutrina*, com a natural controvérsia construtiva resultante da verificação dos *problemas* concretos que resultam do *problema* (a intencionalidade problemática dos casos por decidir). E entre *sistema* e *problema* opera continuamente uma necessária e vigorosa *dialéctica*, com a sua intencionalidade de solução integrada dos problemas, que é exigência de um *sentido jurídico* oriundo de uma *ordenação de alteração* invocada pelas três dimensões, cuja densidade provoca efeito centrípeto em torno de um Direito da Medicina, a saber: a dimensão *mundano-social*; a dimensão *antropológico-existencial*; e a dimensão *ética*.

Eis aqui justificada a leitura — propositadamente livre de arreios normativos positivos — para enunciar as fronteiras do *sistema* e as correlações com o *problema* previamente enunciado. A linha da autonomia, pelo consentimento numa intervenção médico-medicamentosa e o teste radical da valia da livre recusa ulterior — e o rol das respectivas excepções, onde se impõe homenagem à vida social — serão a constante certificada na dialéctica de toda a legislação internacional, constitucional, penal, administrativa, ambiental, de consumo, civil, e *tópico-médica* onde a relação entre um ser humano e os profissionais de saúde encontram uma constante inquirição de soluções jurídicas para os seus problemas concretos.

IV. § 3.º *As linhas*

Será sempre mais fácil — e mais eficaz, creio — tentar delimitar negativamente o — ou os — *bem social eticamente densificado* em busca de uma *espessura* que justifique uma atribuição eventual de juridicidade específica, insusceptível de se manter diluída por outras matérias, sem prejuízo sério para a vida social e para o ser humano que requerem critérios de orientação axiológica e para actuação prática. E, posteriormente, da juridicidade bastante que conduza a valoração relevante para receber inserção normativa. É o momento histórico em que se «traçam as linhas», tal como escreve e explica

com enorme felicidade José de FARIA-COSTA⁽²¹⁴⁾, em que se distribuem a hierarquia dos riscos e dos perigos e se colocam adentro e fora da circunscrição das responsabilidades a crescente perigosidade dos tempos vividos. Perante uma sociedade em risco e perigo crescentes — uma sociedade de seres em permanente «estado-de-perigo» — torna-se fulcral assumir os valores e os desvalores onde assentamos o que não deve ser transposto — «o risco» delimitante lá «onde a linha se transforma em risco» — e onde se assume ainda a liberdade individual, e só esta parece merecer consenso. Sobre a responsabilidade que se quer reagir a uma vocação ética mais alargada, «globalizante», decorrente da «técnica», os consensos são menores, ou seja, onde se pretende que se verifique uma transposição entre uma «fundação ética antropocêntrica» para uma outra «biocêntrica», pois nesta (animais, natureza) as responsabilidades são «originárias e diferentes das que se desencadeiam entre os seres humanos» e só se podem aspirar a tornar sincréticas (inconciliavelmente, por ora) no «controlo dos comportamentos futuros», com toda a debilidade daqui resultante para uma responsabilização que não se quer — não pode deixar de ser — rigorosamente materializável, palpável, apenas em um presente que está sendo vivido e actuado⁽²¹⁵⁾.

Momento prévio de ponderação surge então como uma ponderação por opção de crivo: não é para ser desconhecido ou indiferente se o processo de circunscrição da densificação deverá ser levado a cabo de forma diferente consoante se prefigure, i.e., em absoluto porvir (mera projecção); ou, ao invés, sobre o que se afigura já existente (conjectura ou perceptibilidade) para quem está, ou seja, para a geração presente. Independentemente da opção⁽²¹⁶⁾, tratarei de prosseguir agora alinhado a uma visão jurídica integral: com

⁽²¹⁴⁾ José de FARIA COSTA, in *A Linha: Reflexões sobre a Responsabilidade em um Tempo de «Técnica» e de «Bio-Ética»*, in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Editora, 2005, pp. 27-42, maxime 30 e ss.

⁽²¹⁵⁾ Continuo a procurar seguir aqui de perto José de FARIA COSTA, *ibid.*, p. 30, nota 7, e pp. 33 e ss. e 38 e ss.

⁽²¹⁶⁾ Cf. ID., *ibid.*, pp. 41 e ss. Não se trata de discussão irrelevante, mas será tarefa de Sísifo pretender assumir uma postura rígida sobre o assunto. Nada justifica uma regra geral, um princípio geral que imponha sacrifícios de geração para geração, coloquem-se os mesmos em favor ou desfavor das vindouras, i.e., cabe a um reduto moral respeitável assegurar que o elo da cadeia humana não sofra fracturas comprometedoras; mas a inversa também não pode ser descurada: que crédito podemos nós exigir perante o que pensamos — maioritariamente? — terem sido erros gritantes dos nossos ancestrais. Uma verdade é inquestionável: verificaram-se já historicamente a imputação de crimes contra a Humanidade sem julgamento dos identificados arguíveis. E muitos comportamentos difusos — genocídio,

os olhos postos no Direito, mesmo que aflore questões de disciplinas específicas. Quero com isto dizer que me interessa o que das mesmas seja susceptível de se afigurar abstracto e generalizável, comum por ser real e presente, e então, por força, coexistente em múltiplas disciplinas. Assim não sendo, tomarei aqueles postulados que sirvam não apenas as disciplinas onde são formulados, mas as demais onde caibam e se postulem. Isto não buscando o que é interdisciplinar mas constatando antes a realidade concomitante como transdisciplinar, portanto, em rota de uma nova circunscrição, com teleologia(s) e especificidade de método que, tarde ou cedo, catapultam o que as excede, extravasando para nova ou novas disciplinas...?

IV. § 4.º As fundações tradicionais e a realidade

Ao delimitar terrenos de controvérsia, exercitando-a, aprendi com Castanheira Neves e com José de Faria Costa encontrarem-se facilmente eixos em que se podem enunciar os planos valorativos: o da *supra-infra* ordenação (do individual ao social e respectivo retorno: eixo vertical); uma visão do fundo mais *contratualista*, dos elos de sociabilidade (do comunitário ao individual, para as possíveis projecções recíprocas ulteriores: eixo horizontal); e não deixarei de me reportar aqui igualmente a uma formulação intersticial, que se detecta — porque se espalha e se demanda — em uma verdadeira *malha*, uma

corrupção, etc. — persistem sem reacção, até por banda das fracções em que os sistemas constitucionais oferecem menos virtudes. Não deixa de ser igualmente aceitável a ideia de que foi exactamente a virtude pedagógica de certos erros que viabilizou grandes saltos qualitativos para a humanidade, ao menos como aparece desejável para a — maioria? — da Humanidade. E as pessoas do futuro, assumindo como ética participativa a forçosa continuidade da corrente humana, dificultam a possibilidade de efectivar responsabilidades pelas actuações que eu próprio vislumbro e oiço ser interpelado, como se recebesse — e recebo — já hoje as questões sobre as questões que a Ciência me impõe hodiernamente formular, responder e me interroga se devo circunscrever; sobre as quais se traçam as linhas, os riscos da vida-em-perigo que sempre foi apanágio — até à fatalidade — humano. Retomando José de FARIA COSTA, cf. *A linha... cit.*, pp. 41 e ss., para lá da inquestionável «proibição do silêncio» que impõe se «risque, real e efectivamente, a linha.». Apenas um pormenor: é que, como refere o A., o futuro é escrito nos elos inter-geracionais de uma cadeia que não deve ser quebrada. Com efeito, as gerações não se limitam a suceder-se, mas interagem, pelo que a minha responsabilidade posta em causa no meu ocaso desperta-se logo ao lado na manhã do meu semelhante e na alvorada do que se lhe segue. E daqui ainda não retiro integral e definitivamente todas as consequências sobre a irrelevância de uma conta-corrente de débitos e créditos para com a humanidade e o seu futuro, segundo critérios de uma prudente utilização do *crédito* tecnológico que me é oferecido.

rede tecida pelas necessidades cuja resposta surge de múltiplas disciplinas (ou redutos destas que se avolumam em autonomização). Parece-me óbvio perante isto, que, por exemplo, o crivo restritivo e *protector* do discurso do Direito Penal constitui um natural reduto onde o que ali tem lugar, o que nesta sede merece protecção como bem jurídico elegível, terá necessariamente de o merecer no demais que o Direito regula (Civil e Administrativo, etc.); e em que forçosamente o Direito Constitucional se mostra progressivo e revelador. Parece, pois, que a feliz sugestão queirosiana de *pousar o charuto* com que João Loureiro ilustra o espaço de reflexão em que o Direito Penal e o Direito Constitucional se devem posicionar perante a emergência dos bens fundamentais, que se mostram em processo de autonomização, se justifica plenamente, e, por isso mesmo, é *gesto* a alargar-se às demais disciplinas, já que o campo biomédico parece revelar-se progressivamente sob alçada de uma *inter-constitucionalidade* que conduzirá tendencial ou apenas desejavelmente — ver-se-á — em busca de outras uniformizações, por certo pela razão de onde provêm: do que é forçosamente comum ao Homem, em todos os tempos, na sua biologia e no seu entorno: o que fazer com a vida e com a morte, i.e, com a saúde e com o que lhe pode valer, sendo certo, porém, como muito bem aponta José de Faria-Costa que:

«O que alterou substancialmente o sentido do acto médico foi a introdução, dentro da relação doente/médico, da ideia forte de autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido em toda a linha, como um sujeito meramente passivo daquela relação de *supra-infra* ordenação, para passar a ser um sujeito detentor de direitos que, em relação dialógica — praxiologicamente dialógica e não, por certo, cientificamente dialógica — com o médico, é senhor de «*construir*» a sua própria vida. Poder-se-á afirmar que o centro de gravidade dessa relação dialógica assentou arraias, assentou a sua praça-forte, no doente e na pessoa doente. Em definitivo: ao modelo paternalista sucede-se em tempo de realização acelerada, o modelo de autonomia. Com todas as suas implicações» ⁽²¹⁷⁾.

Tenho por adquirido que este modelo de autonomia se fundou na doutrina do consentimento informado, para o qual importa, sobretudo, analisar o ambiente e o processo da construção da relação recíproca em que se funda a actuação entre os profissionais de saúde nas suas sofisticadas actividades e a pessoa humana, beneficiária.

⁽²¹⁷⁾ Cf. João Carlos LOUREIRO, *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas reflexões... cit.*, pp. 197 e ss., in AA.VV., *As Novas Questões em torno da Vida e da Morte... cit.* (org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO)... *cit.*; José de FARIA COSTA, *O Fim da Vida e o Direito Penal... cit.*, p. 144, in ID., *Linhas do Direito Penal... cit.*

E importa frisar que impõe-se actualmente esse consentimento mercê da rebeldia e do reconhecimento dessa *resistência* natural com que — com ou sem teimosia — o homem sempre deu os seus *saltos* na História e manifestou o inconformismo.

Foi a recusa — ou a sua faculdade (a pura e simples desobediência) — do que parece sensato, e seria cientificamente adequado, que terá tornado perplexo o profissional de saúde e conduzido a jurisprudência e o legislador a *deixar em paz* o paciente e a aceitar que cada um trace o seu destino. Mas existe, persiste, uma força a compelir a aproximação entre os agentes médicos e o paciente, seja a solidariedade jurada daqueles, sejam as carências sofridas deste.

E como de há muito ensina Guilherme de Oliveira, tanto determina que a proximidade entre as partes facilite a aludida *relação dialógica*, acabando por realçar a *confiança* do paciente no agente médico, e reciprocamente, o que será até detectável pela análise dos sucessivos comportamentos de ambos no que encetam e prosseguem ⁽²¹⁸⁾. É uma memória alternativa à pura e dura teoria da responsabilidade na manifestação da vontade, esta do reforço da *boa-fé* que alimente uma declaração consubstanciada. Tanto mais que se pisam terrenos de empréstimo em que a vinculação é efémera.

Perdoe-se o excursus intercalar: adiante ver-se-á ter sido possível a André Dias Pereira construir a partir destes dois vectores fundamentais os alicerces, as *fundações* disciplinares do Direito da Medicina: a sua afirmação. Recortado no âmbito do Direito privado de uma realidade multidisciplinar ⁽²¹⁹⁾, com fontes específicas detectadas no Direito Internacional Público e no Direito Constitucional; entre este e o Direito Penal; integrando o Direito Administrativo e/ou outras novas realidades, como o Direito do Consumo, do Ambiente, etc.

⁽²¹⁸⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Prática médica, Informação e Consentimento*, in *Coimbra Médica*, 14, 1993, pp. 165-170, sublinhando ainda, por outro lado, a simplicidade deste tipo de relação, onde raramente se verificará a utilização de «métodos invasivos tão violentos como a medicina praticada em grandes instituições», *apud* do que igualmente escrevi em *O Consentimento... cit.*, pp. 425 e s.

⁽²¹⁹⁾ Cf. André DIAS PEREIRA, *Os Direitos dos Pacientes e a Responsabilidade... cit.*, Parte I, Cap. II.

Apreendi ser esta a *caminhada* a ser percorrida nas sucessivas solicitações legislativas que as várias matérias —fragmentadas— sobre os temas médico-medicamentosos sempre requereram ao Direito:

«O Direito da Medicina comunga do aspecto fragmentário com que têm surgido as mais recentes disciplinas (incluindo as que estão em formação ou mesmo as matérias que aspiram a uma autonomia científica). Com efeito, também nestas matérias se verificam como características das normas aplicáveis a *dispersão* por vários diplomas, atento o *carácter concreto* em que se manifestam a diversidade das realidades que carecem de regulamentação e, mesmo, alguma» —corrijo agora— «*mobilidade*»⁽²²⁰⁾ ⁽²²¹⁾.

É neste sentido que se cruzam para a vida humana os interesses, os valores e os riscos que descreve João Carlos Loureiro⁽²²²⁾. Interesses que quando se prendem com os bens sociais de referência, conexiões com o ser humano, assumem relevância inequívoca, a sustentar que se coloquem linhas unívocas e coerentes nos sucessivos assuntos e sejam detectados e moldados os princípios e os valores legítimos que a Biomedicina —o Direito da Medicina— deve impor respeitos mínimos. Importa ainda antes responder à questão sobre se afigura ser ainda cedo extrair integralmente a componente moral desta disciplina? Afastar um princípio de prudência pode constituir uma intolerabilidade problemática e caótica, como serve de exemplo uma putativa mercantilização de órgãos humanos para transplante.

A construção de uma teoria de racionalidade onde se verifiquem as necessárias partilhas comunicacionais sobre os mínimos de dignidade susceptíveis de reunirem consenso e, depois, os mínimos de dignidade sobre os quais se assentem finalidades inquestionáveis, sobre as quais a fragmentação é intolerável e o *decisionismo* um imperativo radical, como é exemplo o tráfico de seres humanos para transplante ou a mutilação genital feminina, em suma, um elenco de indisponibilidades irredutíveis que alimentam a dignidade da pessoa humana (até ao ponto de justificar a guerra à guerra ou sobre a guerra).

⁽²²⁰⁾ A progressiva repartição, diversificação e especialização das realidades médicas parecem-nos justificar o *transporte*, operado no texto, dos conceitos *adaptados* sobre as características das normas das *novas* disciplinas jurídicas. Assim, cf. Manuel AFONSO VAZ, *Direito Económico...cit.*, pp. 81 e ss., especialmente p. 86.

⁽²²¹⁾ Uma aspiração que partilhei em conclusão de: *O Consentimento... cit.*, p. 428:

⁽²²²⁾ Cf. João Carlos LOUREIRO, *Bios... cit.*, pp. 213-222, que procuro seguir de perto em seguida.

Parece prudente delinear alguns princípios de prudência e de cautela sobre riscos e perigos das *vertigens humanas*. É a reflexividade necessária para prevenir quadros mais angustiantes da futurologia ⁽²²³⁾.

Eis, pois, os eixos que afastam definitivamente a medicina de uma diminuta e meramente pontual intervenção do Direito, ou, mais precisamente, da exigência do desafio permanentemente disparado ao Estado — a qualquer Estado — em circunscrever negativamente as questões sociais de molde a separar, centrar, debater e escolher por entre os *objectos* das *tentações* de regulação ⁽²²⁴⁾.

Bem sei que tanto constitui objecto de inúmeras concepções. Parece-me óbvio sublinhar aqui a importância de, com mínimos de profundidade de uma peneira metodológica, relatar — que tão-pouco fosse — as diferentes propostas nesse mesmo sentido. Ensina José de Faria Costa que os discursos jurídicos penais euro continentais, discutindo muito embora modelos de substituição do bem jurídico, estruturam-se fundamentalmente e sobretudo com referência a este e aos critérios sobre a respectiva densificação. Já a narrativa de influência anglo-americana parece passar em redor desse critério enquanto «*topos* argumentativo», assestando em outros critérios a respectiva atenção para delinear os problemas de legitimação da intervenção do Direito Penal, do Direito, direi eu ⁽²²⁵⁾. Entre as quais avulta a que decorre da constatação ou não de um dano (o princípio do dano) que, na sua vertente primeva, em termos punitivos ⁽²²⁶⁾, na versão de John Stuart Mill, se vocaciona para as lesões causadas aos interesses elegíveis de outros. As excepções que Mill admite para fundamentar a intervenção na esfera individual de terceiros estão justificadas pelos interesses de desvalidos, como menores, doentes mentais, guerra, mas em casos contados. O mais é, pela inversa, uma propensão radical para a protecção do indivíduo, não o forçando a fazer o que não quer, a

⁽²²³⁾ Cf. Jorge FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*: cf. Tema 6: *O direito penal na «sociedade de risco»*, pp. 155-185, Coimbra Ed., 2001 (ISBN 978-972-32-1012-5).

⁽²²⁴⁾ Cf. António CASTANHEIRA NEVES, *O problema da universalidade do direito — ou o direito hoje na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*, pp. 45-72, in AA.VV. (org. Jorge FIGUEIREDO DIAS), *Internacionalização do Direito no Novo Século*, BFDUC Studia Iuridica, 94, Coimbra Ed., 2009 (ISBN 978-972-32-1687-5).

⁽²²⁵⁾ Cf. José de FARIA COSTA, *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal*, in *RLJ*, Ano 142.º, n.º 3978, Janeiro-Fevereiro de 2013, pp.158-173.

⁽²²⁶⁾ Coloco em evidência a órbita penal sem descurar que as *correntes* com influência anglo americana acarinham igualmente a responsabilidade civil punitiva.

pretexto de se tratar de interferências paternalistas ou de moralismo social intoleráveis (e seguindo a tradição das correntes de onde promana, elaboram-se muitos exemplos casuísticos), que servem depois para orientar as analogias. São os casos que aponta às intolerâncias sociais face a divergências sobre actuações religiosas, como o casamento entre o clero católico e protestante, que opõem a Europa mediterrânica à protestante nórdica e anglo americana ⁽²²⁷⁾ «sobre a liberdade»; ou sobre a «legislação sabática» ou sobre a poligamia mórmon, entre outros... ⁽²²⁸⁾.

IV. § 5.º As Escolhas

Por seu turno, por banda do paciente existem escolhas em que impera o relativismo e tenho de tomar em conta as vantagens e as desvantagens individuais de acordo com perspectivas que transcendem o próprio decisor. A liberdade individual, antes mesmo de se confrontar com as contingências sociais globais, que concernem os problemas das delimitações que o legislador deve atravessar ao curso da construção dos bens relevantes, está em convívio com o facto de assumir as responsabilidades comunitaristas que as decisões implicam para os próximos — em termos familiares, por exemplo —, e estas decisões que o interessado tomou e executou não deixam de poder ser cruéis, profundamente cruéis, para as esferas da proximidade social do agente.

Em último lugar reside a perspectiva das escolhas sociais relevantes para os bens sociais de protecção densificada que o legislador acolhe.

«Como disciplina de valoração, a teoria da escolha social ocupa-se com grande afã das bases racionais para juízos sociais e decisões públicas que tenham que ver com a escolha entre alternativas sociais. Os resultados do procedimento próprio da escolha social assumem a forma de uma graduação do ‘ponto de vista social’, de diferentes estados de coisas a qual levará em conta as avaliações das pessoas envolvidas. Ora isto é bem diferente de uma demanda em busca da alternativa suprema por entre as alternativas possíveis que é precisamente o que fazem todas as teorias da justiça, desde Hobbes até Rawls e Nozick.» ⁽²²⁹⁾

⁽²²⁷⁾ Cf. John STUART MILL, *Sobre a liberdade*, pp. 195-349, in *Vida, Obra e pensamento*; Úrsula BEDOGNI: John Stuart Mill: *Vida e Época Obra; Pensamento e obra; Escritos* (trad. Pedro Madeira), Planeta D’Agostini Ed., 2008, vol. 12 (ISBN 978-989-609-947-3), p. 313.

⁽²²⁸⁾ Cf. ID., *ibid.*, pp. 318 e ss.

⁽²²⁹⁾ Cf. Amartya SEN, *A Ideia de Justiça*, *cit.*, pp. 150 e s. e 164 e ss., nota 13, p. 550: «Por vezes, as formulações da teoria da escolha social especificam os resultados, não como gra-

Entre as variáveis possíveis da Escola da «escolha social» avulta a que permite tentar ultrapassar as restrições das impossibilidades das escolhas por via transcendental, pela pluralidade de sentidos concorrentes, pela compressão de valores relevantes, etc., para sublinhar a que emerge da «condição de domínio universal» de acordo com a qual se verifica uma pré-compreensão necessária e garantida da igualdade das várias preferências individuais concorrentes e plausíveis; é a conhecida premissa da necessidade de respeito recíproco e tolerante pela decisão dos caminhos individuais para assegurar as liberdades possíveis que, em cada momento, a estrutura social aparece a facultar como adoptáveis em termos substanciais, mas sobretudo, estruturais (²³⁰).

Acabo por acreditar no paralelismo da decisão livre e esclarecida dos pacientes (em vista da redução dos litígios judiciais que os opõem a agentes médicos e organizações hospitalares) com o «embate» (similitudes gerais e abstractas) que a opção pela necessidade de políticas públicas pró-activas de instrução feminina de Condorcet (Jean-Marie-Antoine-Nicolas de Caritat) trouxe à redução dos excessos populacionais temidos por Malthus (²³¹), na sua justíssima antevisão da progressão populacional, que, todavia, parece resultar frustrada em termos estritamente europeus.

duações de estados de sociedade, mas como funções de escolha que nos indicam quais são as distintas alternativas abertas à escolha em cada conjunto possível. Se bem que o formato de escolha funcional possa parecer muito apartado de uma formulação de tipo racional, a verdade é que, de facto, os dois se acham analiticamente ligadas entre si, sendo-nos possível identificar as graduações implícitas que se escondem por detrás de cada função de escolha.» Sobre este aspecto concreto, cf.: ID., *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982 e Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997, Ensaios I e XVIII, e *Rationality and Freedom*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2002, Ensaios III, IV e VII, e a extensa bibliografia ali citada.

(²³⁰) Cf. James BUCHANAN e Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, 1962 (*passim*).

(²³¹) Refiro-me à polémica das teses destes dois AA. Para este efeito, cf. o Marquês de CONDORCET, *Esquisse d'un Tableau Historique des Progrès de l'Esprit Humain*, *Ceuvres de Condorcet*, vol. VI, Paris, Firmin Didot Frères, 1847, e de Thomas MALTHUS, *An Essay on the Principle of Population*, Penguin Classics Books, 1982 (coord. Anthony Flew), a conhecida obra coeva da Revolução Francesa (1789), a partir da qual os estudos demográficos recebem forte impulso, sobretudo em termos relacionais com outras realidades científicas e que influencia fortemente, por ex.º, os estudos de Charles Darwin em torno da selecção natural e, mais tarde, sobre o evolucionismo, cf. Diego GANDARA: Charles DARWIN, *Vida, Pensamento e Obra*, in Colecção «Grandes Pensadores», Ed. Planeta de Agostini/ Público, 2008, p. 165.

De todo em todo, as várias perspectivas possuem um reduto comum que perpassa as visões mais optimistas. É o realismo onde se afundam os méritos das visões fáceis da felicidade, do bem-estar ou das vantagens dos comuns, cuja vivência segue quase por fatal condição à bolina da boa vontade, como ensina Amartya Sen:

«Para os zés-ninguéns de sempre é *aceitando* ou *habitando-se à ideia* da desesperançada provação por que se está a passar que, de alguma maneira, se consegue chegar a que a vida se torne mais ou menos suportável; e entre eles, podemos incluir as minorias oprimidas em comunidades intolerantes, os trabalhadores explorados em situações industriais de suadouro, os foreiros precários que vivem num mundo de incerteza ou as donas de casa subjugadas de culturas profundamente sexistas. Às pessoas completamente indigentes poderá assim faltar a coragem para desejarem uma qualquer mudança de tipo radical e, normalmente, mostrarão a tendência de ajustar os seus desejos e expectativas às pequenas coisas que entendem ser viáveis. Enfim, vão-se treinando no hábito de ir tirando prazer das pequenas bênçãos.»⁽²³²⁾.

Retomo neste ponto a visão, mais do que meramente excêntrica, em que consiste o desafio de autores como Boaventura Sousa Santos ou Peter Singer, que, convictos da absoluta necessidade ingente de uma alteração radical, propõem imediatas refundações de Códigos de Ética Universal com base em padrões de reciprocidade que se fundam em deveres que não em meros paternalismos ou princípios de solidariedade (nas restrições da mera benevolência)⁽²³³⁾. Trata-se de uma visão com uma teleologia que, colocada no extremo para onde propende, ultrapassa revolucionariamente a cultura da Ética da Liberdade que aflorei acima. Esta, assente na autonomia, propende para o hedonismo e nega uma alteridade extremada, excepto na estrita medida de facto e do trato mercantil da sobrevivência. Como ensina Diogo Leite de Campos:

«O dogma da vontade, extraído do domínio neutro do comércio das coisas, foi transferido para o domínio das pessoas. Excluindo-se qualquer interesse que não seja o interesse subjectivo absoluto; nomeadamente a solidariedade, o interrelacionamento, o *nós* solidário apagado pelo *eu* absoluto, predador do *tu*.»⁽²³⁴⁾.

⁽²³²⁾ Cf. Amartya SEN, *A Ideia de Justiça... cit.*, pp. 381 e s.

⁽²³³⁾ Cf. Peter SINGER, in *Ética para Um Só Mundo*, in AA.VV., *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 701-714 (*maxime* 713 e s.).

⁽²³⁴⁾ Cf. Diogo LEITE DE CAMPOS, *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo Sobre o Dador*, in AA.VV., *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II., Ed. Almedina, 2008, p. 80.

Não esqueço que esta Ética da Liberdade recebe, como contraponto, a da Obediência, onde os planos da solidariedade se manifestam. Mas o que tenho agora pela frente vai além, resulta da distinção entre solidariedade e reciprocidade, ou seja, projecta a Ética da Responsabilidade. Aquela possui resquícios de *paternalismo*, esta está toda prenhe de *deveres*. É na releitura do primado dos deveres que o Direito deve polarizar a refundação do Ordenamento. A projecção no outro respeitará a alteridade necessária, mas esta não ultrapassará as delimitações do que sejam as gradações possíveis das escolhas.

Parece-me evidente que a justiça, enquanto mecanismo para a superação de litígios, retomará — ao menos em uma primeira fase — o trilho da equidade, o da concretização da solução concreta prevista em redutos mínimos de normas abstractas, quando não do feixe de princípios fulcrais universais. São zonas de andurrial, algo perigosas, pela dispersão de julgados e pela explosão de poderes que uma estruturação preponderantemente jurisdicional sempre mostra como sombra. Mas parece inevitável, seja por esta via, seja pela natural explosão disciplinar, seja pela progressiva tendência regulamentar que as matérias sociais exigem, mas propendem para o fazer em vertigem de dispersão, mais não seja pela premência com que as instituições são encarregadas de solver os problemas.

Repito que um dos sectores da vida humana em que estas realidades revelam um magma imparável de interrogações, reticências e actuações avulsas é o das ciências biomédicas. Pior, nestas, o âmbito científico rivaliza em termos *jusnaturalísticos* com os termos *juspositivistas*. Basta exemplificar no campo da biogenética, o confronto entre o dever de segredo do cientista face a uma constatação de uma propensão para desenvolver uma doença fatal na análise processada em material biológico, ou no da procriação medicamente assistida, o embate entre o dever de sigilo do dador heterólogo com a identificação genética do ser humano gerado, e assim por diante... Os redutos normativos consequentes ficam deste modo na névoa entre duas correntes dos estudos jurídicos. Por um lado, como alicerce estrutural de «razões fortes», ou seja, como fundamentos objectivos delimitantes da coexistência humana desejável ou, pelo outro lado, ao invés, como fundamento para um ordenamento jurídico essencialmente formal, estrutura de «razões débeis», i.e., como estruturante de conjuntos normativos eficazes, mas em que a essência de «verdade» da norma se confina à «certeza» e à «segurança», que se manifestam em correctas aplicações das soluções normativas encontradas. O que é viável, seja

pela eficiência (celeridade), seja pela superação de controvérsias sociais (caso da autodeterminação da mulher na cessação voluntária da gravidez e da protecção da vida desejada em sede embrionária no campo da genética) ⁽²³⁵⁾. A sublimação da actividade de investigação científica abre com uma rapidez surpreendente «a porta» da respectiva utilização, e esta, a dos litígios. Como sempre, associada à aparente placidez e virtude surgem efeitos adversos múltiplos. Recordo aqui os recentes problemas conexos a determinados tipos de implantes mamários (França) ou os medicamentos que, subitamente, são retirados dos mercados pela amplitude nefasta de efeitos colaterais indesejados. São contingências perante as quais ninguém pretende recuar nem levam ao pânico, mas justificam reservas: o conservadorismo contra o qual as correntes mais afoitas da comunidade científica (ou a voragem dos interesses económicos) se insurgem.

Abre-se assim campo para delimitar pontualmente as fronteiras do que é lícito por força do progresso científico. É a tarefa do já apelidado Direito da Medicina, enquanto conjunto de postulados normativos das exigências máximas e mínimas de actuação da biomedicina. Está bem de ver que se trata de «fronteiras movediças», pelo que será no respectivo cerne que se detectam, melhor, se constroem, os «valores aceitáveis para a *praxis* médica» fundantes do que «deve ser» quanto à actuação que visa a beneficência e não maleficência, desideratos éticos mínimos para servirem de denominadores à tarefa legislativa ou judicativa.

⁽²³⁵⁾ Assim compreendi os ensinamentos de Giuseppe DALLA TORRE sobre este confronto, cf. *Bioetica e Diritto, Saggi*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1993, pp. 8 e s. e 19-23. A noção relativa ao pensamento «debole» é recolhida de Norberto BOBBIO, *La Ragione nel Diritto*, in *Reasons in Law (Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 de Dezembro de 1984)*, Vol. I, Milão, 1987, p. 75 e s.

PARTE II — OS CAMINHOS DE FLORESTA E A VONTADE DO LENHADOR: RELEVÂNCIA DA VONTADE & ORDENAMENTO JURÍDICO

Capítulo V. A relevância da manifestação da vontade do paciente: a confluência no ordenamento jurídico português

V. § 1.º O poder individual jurisdicção: o reconhecimento da Dignidade; V. § 1.º.1. A autonomia: doutrina do consentimento esclarecido; V. § 1.º.2. Da opção à protecção: uma génese disciplinar; V. § 2.º A dignidade: um feixe aglutinador de protecções; V. § 3.º O que perpassa entre as disciplinas jurídicas; V. § 4.º Uma legiferação pragmática ou uma singularidade disciplinar?

Capítulo VI. A forçosa internacionalização de um Direito da Medicina: disciplinas

VI. § 1.º O campo concreto da Medicina no campo dos direitos internacionais; VI. § 2.º O Texto Constitucional; VI. § 3.º O Texto Penal; VI. § 3.º.1. O direito positivo actual; VI. § 3.º.2. A questão terapêutica e a indicação médica; VI. § 3.º.3. De regresso ao direito positivo; VI. § 3.º.4. A amplitude da excepção terapêutica; VI. § 3.º.5. Intervenções puras e intervenções cosméticas: a gradação do intuito terapêutico (prévio e posterior); VI. § 3.º.5.1. A experimentação; VI. § 3.º.5.2. Quanto aos transplantes; VI. § 3.º.5.3. Vejamos as intervenções cosméticas; VI. § 3.º.5.4. A transexualidade; VI. § 3.º.5.5. Quanto à esterilização; VI. § 3.º.6. O crime sombra da recusa para as intervenções médico-medicamentosas; VI. § 4.º Os textos legislativos administrativos; VI. § 5.º A Lei Civil; VI. § 6.º A regulamentação ético-profissional: o Código Deontológico da Ordem dos Médicos; VI. § 6.º.1. A Deontologia para outros profissionais de saúde.

Capítulo VII. O Turismo nos cuidados de Saúde

VII. § 1.º Questões em torno do turismo e da(s) medicina(s); VII. § 2.º Medicina não convencional ou medicinas tradicionais; VII. § 3.º Realidades múltiplas; VII. § 4.º A UE como espaço uniformizador de um direito da medicina; VII. § 5.º Saúde: Saúde Virtual sem Turismo; VII. § 6.º A Europa e Portugal; Portugal e a Europa.

Capítulo V. A relevância da manifestação da vontade do paciente: a confluência no ordenamento jurídico português

«Não te dei Adão, nem um aspecto propriamente teu, nem nenhuma prerrogativa tua, para que aquele lugar, aquele aspecto, aquelas prerrogativas que tu desejas, tudo, segundo a tua vontade e juízo, obtinhas e conserves. A natureza determinada dos restantes seres está contida nas leis por mim prescritas. Tu determiná-la-ás a ti mesmo, sem estar condicionado por nenhuma fronteira, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te consigno. Pus-te no centro do mundo para que descobrisses melhor o que há nele. Não te fiz nem celeste nem terrestre, nem mortal nem imortal, para que tu próprio, livre e soberano artífice, te modelasses e esculpisses, na forma escolhida por ti. Poderá degenerar para as coisas inferiores, até aos brutos; poderás regenerar-te, segundo a tua vontade, para as coisas superiores que são divinas.»

Giovanni PICO DE LA MIRANDOLA, *Oratio pro hominis dignitate* ⁽²³⁶⁾

⁽²³⁶⁾ Cf. O texto em causa resultou da tradução de Carlos Aboim de Brito, recolhida em Fernando SAVATER, *A Coragem de Escolher...*, cit., p. 26 e s. Entre outras, cf. uma tradução

V. § 1.º O poder individual *jurisgénico*: o reconhecimento da Dignidade

A manifestação relevante da vontade de um ser humano redundará em uma projecção do respeito que, merecendo, pode exercer para o exterior, para os demais. Trata-se do que de sincrético se mostra um conjunto de faculdades que oferecem mensurabilidade sobre as opções e o arbítrio das disponibilidades contingentes ao respectivo destino. Uso aqui a expressão arbítrio com plena consciência do peso que a vontade possui para o efeito e darei sinonímia integral a alvedrio; mas pretendo-a discricionária, isto, tendencialmente fundamentável. Inclui, pois, por natureza, o poder de um indivíduo para, com liberdade, exprimir as fronteiras onde coexiste com a proximidade dos outros e a rota das consequências do que conjecture na inevitável interactividade. Eis a ambição ideal da vivência humana individual em vista e por força da sua coexistência em plataformas relacionais com a comunidade e com os bens cujas utilidades servem os interesses daquele e consequentemente desta. Servindo-se ambos, majoram-se os interesses recíprocos.

Esta é uma realidade que obrigará permanentemente a (re)ponderar vários pontos prévios. Parto desde já da aceitação de uma parte substancial da doutrina de Orlando de Carvalho sobre a *relação jurídica* e o poder individual que nesta se produz como contemporânea pré-aquisição da humanidade ao ser-em-devir que é o ser humano e se projecta em convivência sobre os pode-

alternativa em espanhol: G. PICO DE LA MIRANDOLLA, *Oración acerca de la dignidad del hombre: Textos Clásicos Requeridos (extraídos de páginas de dominio público)* HUMA 3112: acessível via: <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CDkQFjAC&url=http%3A%2F%2Ffacademic.uprm.edu%2Fjsanchez%2FTEXTOS%2520CL%25C1SICOS%2520COMPLETOS.pdf&ei=Qn3zUtkLqPy7Ab8rIGYBg&usq=AFQjCNFdCEow9503ZzZnwkoM7scG8XmDrw&bvm=bv.60799247.d.Yms>. Existe uma edição bilingue da responsabilidade de Maria de Lurdes Sirgado Ganho, *Discurso Sobre a Dignidade do Homem*, Ed. 70, 2011, ISBN 978-972-44-13372-2, de onde recolho a pp. 54/56 a seguinte fonte, recolhida sobretudo da obra de Eugenio Garin, tida como a mais fiel ao pensamento de Giovanni Pico de La Mirandola, por via de onde segue uma aproximação ao texto original: «*Nec sedem, nec propriam faciem, nec munus ullum peculiare tibi dedimus, o Adam, ut quam sedem, quam faciem, quae munera tute optaveris, ea, pro voto, pro tua sententia, habeas et possideas. Definita ceteris natura intra praescriptas a nobis legis coercetur. Tu, nullis angustiis coercitus, pro tu arbitrio, in cuius manu te posui, tibi illam praefinies. Medium te mundi pusui, ut circumspiceres inde commodius quicquid est in mundo. Nec te caelestem neque terrenum, neque mortalem neque immortalem fecimus, ut tui ipsius quasi arbitrarius honorariusque plastes et fctor, in quam malueris tute formam effingas. Poteris in inferiora quae sunt bruta degenerare; poteris in superiora quae sunt divina ex tui anima sententia regenerari.*»,

res individuais dos outros seres humanos. Personalidade humana, portanto. Para tanto, existe um mecanismo de uma inalienável produção individual potencial de Direito (*jurisgenia*), já que o ser humano apenas em comunidade se expõe por vontade de modificação do respectivo meio ambiente e da sua construção em comunidade e terá de o fazer em uma margem alargada de matérias em que confluem todas as liberdades essenciais ⁽²³⁷⁾. Neste sen-

⁽²³⁷⁾ Classificam-se pois os direitos de personalidade em direitos inatos e não inatos (tal como em essenciais, pessoais, absolutos e indisponíveis: ao menos tendencialmente) pois, como pugna Orlando de CARVALHO, aqueles «...são subjectivações de aspectos do poder de autodeterminação» e estes podem ser adquiridos, como o direito ao nome e/ou ao pseudónimo que derivam do direito inato à identidade (identificação pessoal), mas fica adstrito após a formal actuação junto do registo civil (fico por saber se para o insigne Mestre a alcunha também depende de formalidade se de coexistência); e adiante acrescenta: «Claro que esta nomenclatura extravasa do positivismo legalista dominante, que só admite direitos como emanção da norma e, por conseguinte, direitos *adquiridos*...», Cf. *TGDC*, pp. 148 e ss.. Coimbra Ed., 2012... cit. Orlando de Carvalho pretende e consegue assim ultrapassar os arreios positivistas sem cair nas *tentações* do jusnaturalismo que retirem *legitimidade* ao poder legiferante, ou pior, que *reescreva* o direito materializado; para tanto, recorre à construção inovadora própria de uma relação jurídica analisável, compreensível e susceptível de traduzir a realidade e de ser aplicada, enquanto *funcional* (interesses) ou *estrutural* (preceito), cf. ID, *ibid.: Introdução*, pp. 98 e ss. Neste sentido, a relação jurídica enquanto dupla manifestação interage com ambas as esferas de legitimação, porquanto ambas concorrem entre si. Não é nestas linhas que a *vexata quaestio* sobre positivismo e jusnaturalismo tem cabimento, mas intuitivamente, compreendo alguma dificuldade em *movimentar* a realidade a partir da norma positivada sem recorrer ao *éter* revivificador que recoloca um *reconhecimento heurístico* da actualidade em harmonia com a *raiz* humana. Daqui que me seja bem-vindo um modelo que ultrapasse as *dificuldades* de ambas as correntes. A pessoa humana, retomando as palavras do Mestre de Coimbra, agora em síntese: «Não precisa de leis, não precisa de *rerum natura* para se impor.», cf. ID, *Para uma Teoria da Pessoa Humana*, in *TGDC... cit.*, p. 266. Situando-se aparentemente no mesmo esteio leio em Luísa NETO, logo na abordagem sob uma perspectiva constitucional: «Muito ao invés de digladiar positivismo e jusnaturalismo, há que apontar para uma perspectiva de tolerância que posiciona os direitos fundamentais num ambiente de consenso que torna subsidiária a acção do Estado. Este, qualquer que seja a sua forma e vocação última jamais poderá ser considerado um fim em si mesmo. Só o Homem o há-de ser.». Contudo, logo em seguida, a A. radica uma necessária obediência *prévia*, fundante, do direito positivo ao direito natural; com efeito, escreve: «Ultrapassadas discussões estéreis opondo o humanismo e o individualismo face ao universalismo, hoje é-nos claro que o direito natural *funda* e garante *ab superiore* o direito positivo.», cf. ID., *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (RFDUP)*, Ano I, 2004, Março, pp. 221 a 246, Coimbra Ed., 2004, *maxime* p. 228. Neste artigo a A. realiza uma síntese notável da sua dissertação de doutoramento: *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo: a relevância da vontade na confirmação do seu regime*, Teses, 5, FDUP, Coimbra Ed., 2004 (ISBN 972-32-1243-9), de onde sublinhamos a Parte I: pp 53 a 213, com especial enfoque em pp. máx 78 e ss. e 196 e ss.

tido, a pretexto da forçosa conformação do mundo pelo ser humano, constatou Hannah Arendt:

«Si el mundo se entrega a la obligatoriedad de sus propias leyes materiales, no recibe la influencia de la fuerza legisladora del ser humano y sólo resta esa melancolía general que desde los salmos de Salomón constituye la sabiduría de este mundo. Si el ser humano acepta esta marcha forzosa como ley suprema y se pone a su disposición, no está sino preparando la decadencia del género humano. Una vez que se produzca ésta, la marcha forzosa del mundo se convertirá —sin más impedimentos y sin que lo amenace la libertad humana— en un «eterno retorno», en la ley de una naturaleza que el ser humano no manipulará, pero en la que tampoco encontrará un hogar, pues no puede vivir en la naturaleza sino transformarla». ⁽²³⁸⁾

Posso perfeitamente sublinhar ser impossível ao ser humano deixar de transformar a natureza como acrescentar ser igual a impossibilidade de deixar de transformar-se por força da asserção anterior ⁽²³⁹⁾; mas a sua personalidade humana não é uma criação jurídica, não é um acto de querer ou manifestação jurídica, antes considerarei mais cerca da verdade (desejável) que é a inevitabilidade da inteligência (especialmente o querer em adição aos feixes comunicacionais) que traduz uma juridicidade que, necessariamente, reconhece a personalidade humana e a respectiva projecção jurídica. Verifica-se pois uma primeira matiz distintiva entre o poder positivo de liberdade e de autodeterminação e a(s) emanação(ões) concreta(s) desse poder. Sendo certo que a pessoa humana é plena de incompletudes e, por isso mesmo, surge permanentemente como uma fonte de necessidades por satisfazer (sem sequer invocar que tudo esteja em torno da sobrevivência basta-me a consequência comunicacional), não deixo de lhe acreditar uma ontologia que exige das outras pessoas manifestações de respeito por um princípio básico de não ingerência. Daqui encontro explicação para a alteridade, enquanto número constante de propostas e de eventuais aceitações para as desejáveis interações que formam a comunidade e requerem regulação e tutelas. Eis uma das facetas do estatuto da dignidade que explica o querer, livre e respeitável e por

⁽²³⁸⁾ Cf. Hannah ARENDT, *Sobre el imperialismo*, in *La tradición oculta*, Paidós, Ed., Barcelona, 2004, p. 27, *apud* Nuria SÁNCHEZ MADRID, *Crisis del estado-nación y dialéctica de los derechos humanos en Hanna Arendt*, in *Revista Isegoria*, n.º 49, julho-dezembro, 2013, 481-507, ISSN: 1130-2097 doi: 10.3989/isegoria.2013.049.07, pp. 486 e s.; cf. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria>.

⁽²³⁹⁾ Do mesmo modo não será de retirar a natureza ao homem, enquanto realidade frente à qual se coloca, como sua complementaridade em uma dimensão da realidade que lhe é inteligível e por cuja inteligência pugno, como referi, a sequela de uma inevitável ética de responsabilidade. Fica assim a alteridade relacional complementada com a esfera da realidade sob o denominador da inteligência.

isso mesmo pleno de valor que impregnará legitimamente as normas do que existe para regular. É a singularidade humana da sua *vita activa* que lhe traduz a condição humana, perto de uma *imortalidade ambicionada* na eternidade do cosmos envolvente, para se afirmar enquanto *homo faber*: o manufacturador e guardião do *relógio*. Uma humanidade que a partir do iluminismo do séc. XVIII se vai sofisticando em uma espiral tecnológica sem fim até que, questionada pela mensurabilidade da utilidade sublima-se em afirmação, a um tempo da vida individual e da vida das espécies, e por aqui encontra nas cautelas com a saúde, digo eu para o que aqui me traz, uma nova superação⁽²⁴⁰⁾.

Mas se é assim, verdade é igualmente existirem contornos de delimitação dessa liberdade: imperativos que retraem uma absoluta individualização relevante da vontade: logo se me parece evidente que perante a humanidade de uma mãe se desenvolve o respeito pela humanidade do recém-nascido — e inquirio um reconhecimento de um livre desenvolvimento de humanidade para o nascituro⁽²⁴¹⁾—, a humanidade dos próprios agentes médicos; a hu-

⁽²⁴⁰⁾ Cf. Hannah ARENDT, *A Condição Humana* (tradução de Roberto Raposo), Coleção Antropos, Ed. Relógio d'Água, 2001, pp. 19-33 e 350 e ss., 360 e ss., 373 e ss., 392 e ss. (Dep. Legal 1665801).

⁽²⁴¹⁾ Não posso deixar de atender de que a ciência arranca reconhecimentos para os quais requer ao Direito soluções *sui generis*, como é o caso dos *pré-embriões*, previstos por ex.º na Ley de Investigación Biomédica espanhola (Ley n.º 14/2007, de 03/07, in BOE de 7 de julio de 2007). O *pré-embrião* trata-se do embrião situado nos 14 dias após a concepção e que integra o embrião gerado *in vitro* (cf. art. 3.º, als. j) e s), da Ley 14/2007 esp.) que suscitou alguma controvérsia logo no seio doutrinário espanhol, vg. Nicolás JOUVE DE LA BARREDA: *Aspectos biomédicos: estado actual de la investigación*, Madrid, 8 de Maio de 2008, debate na Fundación Ciudadanía y Valores, in <http://www.investigadoresyprofesionales.org/drupal/content/comentarios-la-ley-142007-de-investigaciones-biom%C3%A1dicas>. Este Professor Catedrático de Genética explica a distinção entre *pré-embrião* e o *embrião* —propriamente dito— sendo este o que advém do desenvolvimento do ovócito fecundado no útero de uma mulher durante 2-8 semanas (56 dias), até que se inicia o período fetal. Todavia, aceitando as definições puramente biológicas, Jouve de La Barreda coloca (e surpreende-se perante a aparente contradição prevista nos arts. 33.1 e 35.a) e f)) a suspeita da distinção servir para viabilizar intervenções com carácter de investigação científica, pois a definição de *embrião* generaliza-se no «desenvolvimento animal a partir do ovo fecundado» ou da «fertilização do ovócito», assim, M. ABERCOMBIE, C.J. HICKMAN, M. L. JOHNSON, *Diccionario de Biología*, Ed. Labor. Barcelona, 1970.; e R. RIEGER, A. MICHAELIS, M. M. GREEN, *Glossary of Genetics and Cytogenetics*, Ed. Springer-Verlag, Berlim, 1976; Manuel FREITAS E COSTA, *Dicionário de Termos Médicos*, Porto Editora, 2005 (ISBN, 972-0-05281-3). Prossegue ainda aquele A. (Jouve de La Barreda) afirmando que a legislação espanhola em referência usa expressões que habilitam a concluir pela autorização da clonagem independentemente das finalidades. Certo é que a expressão «*pré-embrião*» consta na Legislação espanhola sobre «Técnicas de Reprodução Humana Assisti-

da» desde 1988, persistindo nas reformas posteriores (Ley n.º 35/1988, 22/11; Ley n.º 45/2003, de 21/11; e Ley n.º 14/2006, 26/05 em vigor). E tanto quanto se afigura, o «pré-embrião» não é predestinado para a investigação, já que sobre ele podem ser realizadas técnicas de *diagnóstico genético pré-implantação* (cf. art. 2.º, al. e) da LPMA port) que consiste exactamente em uma técnica destinada a detectar possíveis insucessos no desenvolvimento embrionário precedentemente ao implante ou transplante uterino, cf. Pedro J. FEMENIA LÓPEZ, *Status Jurídico del Embrión Humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999 (ISBN: 8448123417, pp. 17 e ss., também citado em Paula MARTINHO DA SILVA e Marta COSTA, *LPMA Anotada (e legislação complementar)*, Ed. PLMJ, Coimbra Ed., 2011, ISBN 978-972-32-1905-0, p. 15; cf. também Yoeli MÉNDEZ LÓPEZ y Patricia VILLAMEDIANA MONREAL, *Consideraciones bioéticas, biojurídicas y sociales sobre la aplicación del diagnóstico genético preimplantacional*, in *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, vol. 72, n.º 2, 2012, pp. 115 e ss., cf. <http://www.sogv.org/ROGV/2012Vol72N2.pdf#page=47>. Outra questão reside, evidentemente, na possibilidade de —mediante consentimento, cf. art. 32.1 e 2 14/2007— existir prévia intenção em desviar pré-embriões para outras finalidades.

Dando realce à precisão terminológica da lei espanhola, cf. Carlos Maria ROMEO CASABONA, *El Estatuto Jurídico del Embrión Humano*, in *Monografías Humanitas 4, Investigación con Células Troncales*, Fundación Medicina y Humanidades Medicas, 2004, (ISBN 571 84-162), pp. 111-124, acessível em

<http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=oCCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fundacionmhm.org%2Fpdf%2Fmono4%2FArticulos%2Farticulo8.pdf&ei=MnxCUgezNlaUoAWH84CgDw&usg=AFQjCNGWKE-zCo7kdqzF8RmlNUWQGVGKSQ>, onde o reputado Professor afirma expressamente, quanto ao facto de o TC espanhol se ter pronunciado progressivamente sobre a questão: «*Si en 1985 el TC sólo aventuró la negación al nasciturus de la titularidad del derecho fundamental a la vida, en 1996 y 1999 niega incluso la condición de persona –en sentido jurídico– al embrión in vitro.*». A possibilidade da ectogénese (desenvolvimento embrionário e gestação tendencialmente integral de um ser em um útero artificial), a par da consideração dos argumentos em favor da concessão de personalidade jurídica ao nascituro, que é analisada em Stela BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Almedina, 2007, pp. 235-247, para onde, por ora, remeto, especialmente tendo em vista a preciosa bibliografia, respectivo tratamento e inteligentes considerações. Sem esgotar, cf. ainda Tiago FIGO, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra Ed., 2013, (ISBN 978-972-32-2132-9), concretamente sobre o embrião não implantado, cf. pp. 202-205. Este último A. centra a sua tese em uma sábia premissa que recolhe em Paulo MOTA PINTO, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *BFDUC*, LXXVI, Coimbra Ed., 2000, p. 210: a de que a personalidade jurídica abarca os «modos de ser», de onde «o titular» exerce tutela (por si ou representado) até ao *noli me tangere*; pulando agora a questão da titularidade, Tiago Figo, retira daqui muito argutamente a constatação de que o «...concebido já é uma realidade físico-psíquica e jurisgénica, pelo que deve ser centro de imputação dos direitos de personalidade adequados ao seu estatuto.», cf. ID, *ibid*, pp. 106 e s.. A questão merece muita atenção, pois pesem a variedade, a extensibilidade e a prudência dos vários AA., e, claro, os vários aspectos controversos, afigura-se-me crescente na doutrina portuguesa a existência de patamares progressivamente comuns, de onde alguns partem com maior ou menor assertividade para um reconhecimento de protecções típicas da esfera de uma personalidade humana ao ser humano concebido: Oliveira Ascensão; Capelo de Sousa; Leite de Campos; Menezes Cordeiro; Bigotte Chorão; Pais de Vasconcelos (TGDC: 2008); Carneiro da Frada; Paulo Otero; Maria Clara Sottomayor; Gabriel Gonçalves; José Gonzalez; Lorena Brito; Simara Almeida; Helena Melo; Francisco Amaral; Henrique Mota. João Álvaro DIAS forneceu um catálogo premonitório dos

problemas que agora assolam a doutrina e a jurisprudência, logo em 1996, parecendo subcrever com as cautelas que o problema impõe, a afirmação de M. Alonzo PEREZ de que a «... vida embrionária é merecedora de respeito e da atribuição de uma personalidade jurídica que é absolutamente nuclear nos primeiros passos de um devir.», cf. ID, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, STUDIA IURIDICA, 21, BFDUC, Coimbra Ed., 1996, ISBN 972-32-0734-6, pp. 204-218, *maxime* 211. No reduto de uma essencialidade do valor vida que se reporta à concepção (e independentemente dos planos que podem meramente justapor-se com diferentes graduações —ao sabor das afirmações das *fatias dos tempos*— quanto à espessura de protecção das várias disciplinas: Constitucional, Penal, Civil), a doutrina propende esmagadoramente em a colocar axiologicamente sob alçada e protecção do ordenamento jurídico, sob diferentes densidades, claro está: cf. Ana Paula GUIMARÃES, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Ed., 1999 (ISBN 972-32-0868-7), pp. 141 e ss., e dando conta das várias posições sobre o *começo da vida humana*, cf. pp. 147-168. Aqui, raros são os nomes, entre os maiores da doutrina referencial, que se afastam de um ponto de convergência: mas a opção pela demonstração, essa escolho-a entre muitas outras felizes e oportunas — por força exactamente da controvérsia em que está inserida—, a de um *voto de vencido*: a de José Manuel CARDOSO DA COSTA, que tomo em um sentido que generalizo como inerente à normatividade que um texto —qualquer diploma— de natureza fundante não pode deixar de reflectir dever ser protegida a vida nascida ou por nascer, pois que a protecção se concretiza «*ao mesmo título*, já que da *mesma* vida se trata: daquela que se abre a um homem para a realização de um projecto e dum destino únicos e irrepetíveis, mas cuja potencialidade singular já se encontre inteira no próprio embrião», cf. declaração de voto inserida no Ac. TC n.º 25/84 (Rel. Joaquim COSTA AROSO), acessível via <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, igualmente publicado in *BMJ*, n.º 320, 1982, p. 224 e ss. Trata-se de uma asserção que convive com os conflitos que assolam um legislador e uma jurisprudência constitucional nos processos *de decisão* em que opere uma *concordância prática axiológica*. Também Vera Lúcia RAPOSO, *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 3 (2005), p. 125 coloca a questão de forma lapidar, sobre o problema da «guarda de embriões»: «só posso falar em guarda dos embriões (...) partindo do pressuposto de que os embriões já são vida humana, ainda que de uma forma diferente do ser humano já nascido. Caso contrário, terei de qualifica-los como coisas e, por conseguinte, questionar a quem deve ser atribuída a sua posse ou propriedade.». Em rigor, a não considerar um bem jurídico assente na inequívoca protecção da vida (intra-uterina), como bem absoluto, cabe uma primeira questão: como e onde o subjectivar senão no próprio? E se o próprio não o merecer em circunstância alguma então como ressarcir os danos sofridos pelo recém-nascido que foi objecto de ofensas durante a gravidez? Os danos verificaram-se em momento em que não possuía direito algum? São direitos da mãe? E se foi a mãe a responsável? Se em ninguém se subjectivar, então cabe ao Estado a protecção da vida intra-uterina, que sem conflitos entre bens jurídicos tuteláveis, não acarreta qualquer responsabilidade civil extracontratual? Pela negativa se circunscreve uma insustentabilidade leveza que coloca o art. 66.º do CCiv. a invocar a revisitação que, agora, Tiago Figo aponta sagazmente. A resposta que afasta o direito civil da personalização reclamada a um ser que se reconhece *ser* começa agora a mostrar o que terá levado Daniel DEFOE a retirar a absoluta solidão à sua personagem *Robinson Crusoe*. Em termos do que é *actual*, impõe-se uma garantia de um livre desenvolvimento com um ponto de partida casuístico que não securitário, mas em que a regra geral seja consentânea com a evidência de que o parto é um importante momento da vida humana, mas é na concepção que se verifica um componente primordial: a respectiva determinação. O facto em causa vai a perder igualmente o carácter oculto que justificou as presunções legais (cf. art. 1798.º do CCiv).

manidade de uma comunidade perante uma doença que a afecte potencialmente e assim por diante, pois, como aflorei já, parece-me vantajoso reconhecer que a dignidade advém do reconhecimento projectado nos demais seres e na própria natureza, não como mecanismo para se afirmar o ser humano, mas como meio para se reflectir em uma progressiva superação ⁽²⁴²⁾. Em suma: uma só proposição para múltiplas expressões e orações. E logo se pressente a indeterminação da proposição humanidade, como parece ser a sua qualidade de incompletude em ensejo contínuo: axiomáticamente desvelada. São os apetites de uma inevitabilidade? O *decisionismo*.

V. § 1.º.1. A autonomia: doutrina do consentimento esclarecido

No campo da saúde e da medicina a manifestação relevante da vontade tem sido, como é consabido, objecto do estudo da *doutrina do consentimento informado* ⁽²⁴³⁾ e esclarecido ⁽²⁴⁴⁾ para o exercício da actividade médica. A via

⁽²⁴²⁾ Neste sentido divirjo parcialmente de Francis FUKUYAMA, in *O Nosso Futuro Pós-Humano: consequências da revolução biotecnológica* (tradução Vítor Antunes), Quetzal, Ed., Lisboa, 2002, ISBN 972-564-529-4, pp. 220-226, que parece procurar circunscrever o reduto diferencial da superioridade moral dos seres humanos, como meio para a compreensão e preparação do futuro. Creio que a questão não se coloca deste aspecto —forçando uma hierarquia de espécie, que não deixará de ser sempre uma valoração, arriscando hierarquizar também outras diferenças dentro da espécie onde estas se esbatam por força de analogias: um ser humano em coma e um animal vivo, ambos para experimentação científica—, mas muito mais facilmente na composição diferenciada entre seres e nas respectivas coordenações decorrentes da sua vulnerabilidade e nas soluções do que parece também comum a todos: a dependência e os requisitos para uma representação relacional inclusiva; neste sentido, convirjo com Alasdair MACINTYRE, *Dependent Rational Animals... cit.*, pp. 3 e ss., ou por todos, com Fernando ARAÚJO, *A Hora... cit.*, pp. 340 e ss..

⁽²⁴³⁾ Entre nós, DANIEL SERRÃO prefere as expressões assentimento ou concordância, cf. *Consentimento Informado in Bioética... cit.*, p. 79. Sobre as possíveis divergências dos significados conceptuais: o consentimento remetido para uma actuação justificante de uma *invasão* em esfera jurídica alheia; e o assentimento como a presunção juridicamente assumida do pressuposto *convivencial* da beneficência médica (também judicial, vg.: nomeação obrigatória de um mandatário para a representação em juízo), remeto os desenvolvimentos, por todos, para Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento... cit.*, *passim*.

⁽²⁴⁴⁾ Não pertence exclusivamente à Escola de Coimbra o *acento tónico* em torno do requisito do *esclarecimento*, já que também as doutrinas francesa e alemã preferem esta designação para o processo da manifestação relevante da vontade para o acto médico (cf. João Carlos Simões LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.*, Vol. I., p. 484), por força do rigor que transporta ou invés da *insistência* nos requisitos em torno da informação. Como repetirei adiante, oferece-se-me falacioso obter simplesmente a declaração —mesmo que sincera— de vontade sem uma efectiva prestação das informações prévias —adequadas à compreensibilidade de um homem comum—, mas sobretudo, sem a certificação dos *mínimos* de

possui várias faixas e bermas: a prudência da actuação adentro dos limites dos conhecimentos da ciência; as cautelas com o que é do foro privativo do necessitado, o registo, a documentação, os limites da disponibilidade do candidato a uma intervenção, esta no que possui de preparação do futuro. E será ainda de assumir todas as demais esferas da intenção de tratamento ou diagnóstico, de modelação, de reserva quanto aos aspectos da intimidade, de exposição às actuações cujo carácter técnico se aceitam enquanto *estado recomendável de ciência*, de cuidado, etc.. Para o profissional de saúde não será, pois, indiferente arrumar-se igualmente em um alvedrio partilhado de permissibilidade: mais precisamente, uma discricionariedade (enquanto critério decisório). Uma escolha de onde se deve poder retirar uma razão de ser, um discernimento. Com esta frase pretendo inserir as variáveis do conceito de «*discretion*» a que Herbert Hart emprestou atenção para as actividades — como a de um juiz, ou um agente médico, digo eu — em que existe um indeterminabilidade, seja normativa seja da realidade físico-psíquica, perante o

compreensão destas mesmas informações: a questão aqui em causa é de natureza substancial que não formal. Neste sentido, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Estrutura jurídica do acto médico... cit.*, in *Temas*, pp. 67 e 68 (*maxime al. d.*); Orlando de CARVALHO, que cito aqui fora da sua Teoria Geral, em *Transplantações e Direitos das Pessoas*, in AA. VV: *Transplantações: colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, CDB da FDUC, Ed. JNICT, 1993, p. 143; João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDB da FDUC, n.º 3, Coimbra Ed., 2001, (ISBN 972-32-1013-4) p. 242 e s.; André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, CDB da FDUC, n.º 9, Coimbra Ed., 2004, p. 209 (entre outras), ISBN 972-32-1247-1; e, sem esgotar, prestando aqui uma humilde mas justíssima homenagem a Mário RAPOSO, cf. *Consentimento Informado na Relação Médico-Doente*, in *O Direito*, ano 124, pp. 407-413; João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, *Boletim da Faculdade de Direito: Studia Iuridica 21*, Universidade de Coimbra, 1996, pp. 277 e ss., (ISBN 972-32-0734-6); em sentido que leio com evidência afirma Orlando de CARVALHO *distinguir direito à informação de direito ao esclarecimento «só a este dando eventualmente primazia sobre a esfera privada e pessoal...»*, com as limitações sobre o segredo «próprio ou alheio», cf. ID., *Para uma Teoria da Pessoa Humana*, in *TGDC... cit.*, p. 266, nota, n.º 69; e, a *contrario sensu*, dando ênfase à eventual irrelevância do consentimento prestado por quem possua dificuldades *ad hoc* de entendimento (*les faibles*), cf. Stefano RODOTÀ, *Le Droit face aux Dilemmes Moraux de la Vie et de la Mort: Présentation générale des problèmes*, in AA.VV., *Actas do 20.º Colóquio de Direito Europeu, Glasgow, 10-12 Setembro de 1990: Le Droit face aux Dilemmes Moraux Concernant la Vie et la Mort*, Conselho da Europa, Strasbourg, 1992, p. 25 e s.. No campo do Direito Penal, sempre sem esgotar, não posso deixar de referenciar o Mestre de Coimbra Manuel COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo... cit.*, pp. 460 e 461 e notas n.º 292 e 293; mais recentemente, Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal: Estudos sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, (dissertação de doutoramento), Ed. Almedina (Col. Teses), Coimbra, 2013, pp. 52 e ss. (ISBN 978-972-40-5159-8).

que considerou ser uma inevitável componente de actuação —de preenchimento do que se oferece como imprevisível— e que inclui a liberdade de actuação circunspecta, como liberdade de actuar, face a uma realidade carente de solução por opção ⁽²⁴⁵⁾. O que vale para os profissionais de saúde não é da mesma sorte totalmente indiferente aos pacientes. Também este se submete a um processo perfeitamente análogo ao procedimento de qualificação de facto e sua inserção em valores que ditam uma conduta como resultante de

⁽²⁴⁵⁾ Herbert L.A. HART, *Discretion*, in *Harvard Law Review (HLR)*, vol. 127, n.º 2, Dezembro de 2003, p. 652 e ss. (loc. 5964 em diante) eBook ISBN 978-1-61027-870-6. Trata-se de um curioso ensaio produzido durante o ano de 1956, em que Herbert Hart permaneceu em Harvard como professor visitante, e que distribuiu para discussão e debate junto do então recente «*Legal Philosophy Discussion Group*», em que se debruçou sobre a necessidade de ponderar os mecanismos de escolha e respectiva fundamentação sobre alternativas válidas de actuação ou de manifestação da vontade ou de decisão. O alvedrio assenta em escolhas, cuja fundamentação assume, por necessidade de legitimação, autonomia para o processo de aferição ou de certificação. Ilustrando: em uma recepção opto por ingerir água, sumo ou vinho porque me apetece (arbítrio puro) ou por razões plausíveis: pretendo manter-me lúcido, excitar o cérebro ou passar uma determinada imagem... E a expressão destas razões ou opções concludentes são evidentemente essenciais para compreender e discernir o processo de decisão. A primeira justificação encontra-se fora do âmbito do alvedrio partilhado, discricionário, para passar a arbítrio. Como escreve o A.: «*A discret person is not someone who just remains silent but who chooses to be silent when silence is called for.*». Por outro turno, as evidências absolutas excluem a necessidade de recolha de compreensão da escolha no processo de decisão (porque razão escolho uma faca de entre uma colher e um garfo para afiar um lápis). O que de extraordinário abrem as suas páginas é a futura possibilidade de aceitação de um processo de *adjudicação* na racionalização legal do processo decisório com opções criativas de escolha: exactamente um pomo fulcral da discórdia que alimentou a controvérsia trocada com Ronald Dworkin (cf. por ex.º: os textos seleccionados por José de SOUSA BRITO in *Filosofia do Direito e do Estado*, AAFDL, Lisboa, 1981/82, de Herbert HART, *El Nuevo Desafio al Positivismo Jurídico*, pp. 61-76 e de Ronald DWORKIN, *The Model of Rules I* —retirado de *Taking Rights Seriously*— pp. 115-146. O ensaio em causa circulou e foi debatido em Harvard, mas não foi desenvolvido pelo A. que não mais retomou estas ideias e permaneceu inédito até que Geoffrey C. Shaw o colocou em estampa. Sobre o mesmo cf. os ensaios de Nicola LACEY, *The Path Not Taken: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion*, *ibid*, pp. 636 e ss. (loc. 5393 em diante), e Geoffrey C. SHAW, *H. L. A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School*, *ibid*, pp. 666 e ss. (loc. 6273 em diante), *HLR*, 127, 2, December 2013. Neste último ensaio, Geoffrey SHAW coloca nos desenvolvimentos decorrentes dos diálogos reflexivos entre Herbert Hart e Henry Hart a seguinte reflexão deste último (transmitida a Fuller, em Novembro de 1957 logo após a saída de Herbert Hart de Harvard): «*Discretion, it seems to me, involves the act of choice between two or more alternatives... each of which is regardable as permissible. Adjudication involves choice between two alternatives, one of wich is regarded as right...*», cf. loc. 7174, *ID*, *cit.*. Eis a linha que conduzirá às contrapostas convocações de Ronald Dworkin: uma construção normativa proposta pela intermediação jurisprudencial inequívoca —juiz Hércules— assente no curso social de uma racionalidade razoável total, por oposição a uma referência normativa de reconhecimento à normação tendente à superação de uma inevitável indeterminação, proposta por Herbert Hart.

uma escolha entre o que possua graus de indeterminação e que é ditado pelos valores assumidos (no caso do ensaio de Herbert Hart, face ao um ditame legal para decisões de juridicidade). O respeito pela autonomia encontra esferas de compressão logo na ordem pública, no abuso de direito, na legítima defesa de terceiros ou na colisão de direitos, sem esgotar. O alvedrio mais absoluto do paciente pode assim passar pelo mero impulso de um capricho, mas deve suscitar em outros uma reacção de apreciação vocacionada antes para a discricionariedade. Como se faz isto? A persistência na indagação sobre a razão de uma decisão pode suscitar a necessidade de a ordem social só se satisfazer com o recurso a justificações, consoante os valores correlacionados com aquela vontade. A questão da opção passa desta forma a uma certificação da razoabilidade das premissas que a fundam. E estas podem escapar-se à esfera do que seja defensável permanecer em reduto das íntimas e secretas convicções: verdadeira riqueza do mundo interior, onde a protecção da liberdade e da autonomia se escudará a prestar tributo, senão à divulgação, por certo à respectiva justificação ⁽²⁴⁶⁾. A indagação pode resultar na contribuição do próprio ou em análise do quadro de facto ostensivo, mas até onde prosseguir?

V. § 1.2. Da opção à protecção: uma génese disciplinar

A manifestação da vontade esclarecida e ou relevante do paciente perpassa, aglutina e regula a actividade médica, medicamentosa e adjacentes terrenos de investigação, nesse estatuto inalienável, indissociável, absoluto e ilimitado da personalidade humana em que radicam, como *saldo*, os poderes/deveres de cuidar. E situa-se entre o regime tendencial de *protecção* negativa *adversus qualcumquem* (obrigação determinável que decorre do direito

⁽²⁴⁶⁾ E para esta, deixando por ora a pertinácia da decisão —que sendo questionada não se dá por evidentemente correcta— sobram dois outros passos: a satisfação das questões de facto condicionantes intermediariamente intelectivas, onde nenhuma outra se imponha apurar, e que o raciocínio assim formado pelas inferências intelectivas satisfaçam a conclusão questionada, de sorte a que uma mente familiarizada com aquela situação concreta não logre promover uma qualquer condição suplementar —uma questão pertinaz— susceptível de abalar o que sejam as convicções individuais de uma opção em uma esfera onde se impõe o respeito. Neste procedimento encontro o preenchimento do que se oferece indeterminável em um processo de decisão. Recorri a Bernard LONERGAN, *Insight — Estudio Sobre La Comprensión Humana*, Ed. Sígueme, Col. Hermeneia, 37, Salamanca, 2.ª ed., 2004 (ISBN 84-301-1295-2), pp. 347-352.

ao respeito exigível adentro da liberdade) e os poderes deveres decorrentes da (des)inibição de interpenetração em esfera alheia, sobretudo em vista dos deveres gerais de auxílio, decorrentes da solidariedade ⁽²⁴⁷⁾, isto é, afinando rigores, os deveres de cuidado ⁽²⁴⁸⁾. Estes são exercíveis para tentar impedir a eventualidade de um dano alheio ou construção desfavorável, ou comporta-

⁽²⁴⁷⁾ Emprego a expressão solidariedade restritamente, com o sentido etimológico que André COMTE-SPONVILLE lhe dá de se «pertencer a um conjunto *in solido*, como se dizia em latim, isto é, “para o todo” (...)» como «... fato de uma coesão, de uma interdependência, de uma comunidade de interesses ou de destino», como um alicerce inevitável para o conseqüente. Reconheço todavia que a solidariedade, como *virtude*, pode, sem mais onde se revele, valer o que podem valer os interesses: pouco ou nada por si só. Ou a comunidade é real e efectiva e a defesa de outrem se reduz por força a uma defesa própria (sem retirar potencial valia à realidade: estou convencido de que são tão solidários os soldados do exército invasor como os do invadido) ou como ideal de comunidade os esforços em prol do outro passam a ser justiça ou generosidade, consoante a certificação da densidade ética em causa. Pois assim se compreende que o léxico político use a expressão solidariedade quando pretende justificar as intervenções militares internacionais ou as campanhas de distribuições de géneros, medicamentos, etc. Continuando perto do A., quando se é solidário com os carenciados o que ocorre em rigor é servir a justiça ou ser generoso, e estas são as virtudes que incorporam aquele estado de facto, cf. ID, *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, (trad. Eduardo Brandão), Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, (ISBN 85-336-0444-0), pp. 98-101;

⁽²⁴⁸⁾ Sobre a matéria dos cuidados e da construção de uma nova ética em seu torno, cf. João Carlos LOUREIRO, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber, e o direito. II – Cuidado(s)*, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 4, Abril-Maio, pp. 37-83, onde o A. dá indicação de uma preciosa relação bibliográfica, e, ainda, ID., *Constituição e Biomedicina...* cit., p. 49, onde não deixa de relacionar com cuidado a tentativa de superação da *fragilidade* do ser humano exactamente enquanto um dos factores, das razões da exposição relacional com os demais. Cf. ainda José de FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Ed., 1992, pp. 400 e s., e com enorme relevo o teor da nota n.º 89. E igualmente André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* (Dissertação de Doutoramento), Coimbra, 2012, pp. 32, 47 (onde dá notícia de um decisão do Supremo Tribunal Federal alemão que justamente co-atribui ao cuidado uma qualificação da relação médica como além de uma relação jurídica contratual), 50, 58 (nota n.º 124), 99 e ss., 131 e ss. (deveres do médico) 167 e ss., 325 e ss., 333 (nota 927: dever de cuidado do paciente), 360, 497, 590, 615 e ss. 665, 673, 677, 717, 783 e ss., . A pretexto, integrando a *empatia* no âmbito inter-relacional dos cuidados de saúde como mecanismo fulcral, cf. ainda Mohammadreza HOJAT, *Empathy in Patient Care: Antecedents, Development, Measurement, and Outcomes*, Springer, 2007, (ISBN 13:978-0-387-33607-7), pp. 120 e s., de onde recolho ainda a referência a inúmeros trabalhos sobre este dever por parte de Howard Spiro, desde meados da década de 80 do século passado. Como contraponto com a terapia, destinada à vida, a curar, levando os cuidados sobretudo até aos limites da agonia —um tempo infindo que deve ser reposto e submetido a regras de conduta profissional—, onde, ainda assim conota a eutanásia como mecanismo que se esquia à dor pois que propõe por fim ao portador, manifestando-se em favor de um aprofundamento em termos de cuidados paliativos, cf. Sergio CECCHETTO, *Curar o Cuidar: Bioética en el confín de la vida humana*, Col. AdHoc, Villela Ed., Buenos Aires, 1999, (ISBN 950-894-212-6), pp. 82-93 e 131 e ss.

mento que respeite um geral *neminem laedere* ⁽²⁴⁹⁾. Para tanto, Guilherme de Oliveira construiu aturadamente, no seu ensino, a referência fundamental de um princípio de confiança ⁽²⁵⁰⁾ em que também se tornou possível estribar o *animus* do que será a autonomia de uma disciplina reivindicada em termos doutrinários, o Direito da Medicina ⁽²⁵¹⁾, em cuja *fattispecie* normativa avultam a *hospitalidade da actividade médica, da Medicina* (José de Faria Costa) com as referências de *respeito* e de *solidariedade* que tutelem os direitos e fundamentalmente os deveres recíprocos emergentes da relação juridicamente de cuidado e de perigo, entre profissionais de saúde e pacientes e demais beneficiários dos cuidados daqueles.

Existe neste aspecto uma questão prévia sobre se as normas e os diplomas que, em retalho, vão merecendo a tarefa de compilação, que se mostra no mínimo conveniente para a compreensão e estudo destas matérias ⁽²⁵²⁾, o

⁽²⁴⁹⁾ Tenho aqui em mente as subtis distinções entre os vários conceitos de obrigação geral de respeito e de obrigação passiva universal, tal como as cambiantes sobre a obrigação de *neminem laedere* (a funcionar enquanto limitação para o abuso de direito) que Orlando de CARVALHO traça e explica profunda e magistralmente em o *Direito das Coisas: Do Direito das Coisas em Geral*, Ed. Centelha (Col. Perspectiva Jurídica/ Universidade), Coimbra, 1977, pp. 120-133.

⁽²⁵⁰⁾ Para além das sucessivas aulas e intervenções avulsas no âmbito das actividades do CDB da FDUC, cf. ID, *Estrutura Jurídica do Acto Médico... cit.*, pp. 66 e ss.; *O Fim da Arte Silenciosa... cit.*, pp. 99 e es., in *Temas... cit.*

⁽²⁵¹⁾ Cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* (Dissertação de Doutoramento discutida e aprovada em Janeiro de 2014), FDUC, Coimbra, 2012, pp. 49 e ss.; 61-70; e sem esgotar, já em conclusão: pp. 777-779 e 787.

⁽²⁵²⁾ Existem já inúmeras colectâneas trabalhados pela melhor doutrina portuguesa sobre Direito da Medicina, de onde retiro mais do que um mera contribuição para o conforto do estudo, organização e análise de quem se dedica a estas matérias. Sem esgotar: João Álvaro DIAS, *Colectânea de Legislação Médica*, Tomos I e II, Almedina Ed. Coimbra, 2002; Helena MONIZ (colab. Carla BARBOSA), *Legislação de Direito da Medicina*, Coimbra Ed., 1.^a ed., 2008 (ISBN 978-972-32-1584-7); Manuel CURADO, *Direito BioMédico: Colectânea de Legislação e Outros Documentos*, Quid Juris Ed., 2008 (ISBN 978-972-724-406-5); Colectânea S/A (sem autor) *Direito da Medicina: Legislação Consolidada, Jurisprudência e Pareceres*, 2014, INCM Ed. (ISBN 978-972-27-2281-0). A par de relevantes publicações sobre legislação avulsa, comentada, como sirva de exemplo, a pioneira Paula MARTINHO DA SILVA, *CDHBio* anotada (Prefácios de Luís ARCHER, Daniel SERRÃO, Octavi QUINTANA-TRIAS), Cosmos Ed., 1997 (ISBN 972-762-050-7); ainda sobre a CDHBio, para uma relação completa em termos doutrinários, i.é., comentários (incluindo ao protocolo que proíbe a Clonagem Humana), cf. João LOUREIRO, *Protocolo Adicional — Comentários Finais*, pp. 171-203, *maxime* nota 2, pp. 172-175, in AA.VV. (org. Walter OSSWALD: Instituto de Bioética, da Universidade Católica do Porto), *Direitos do Homem e Biomedicina: Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*, UC Ed., 2003.

mesmo é dizer, se o que *existe* é um Direito da Medicina a ser autonomizado com características e necessidades específicas ou se estamos perante uma «autonomia sectorial» que se ergue, identificável, de várias disciplinas como sejam o Direito Internacional, o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Direito Administrativo, o Direito Civil, etc., de onde as questões sobre o exercício da actividade da medicina é objecto de relances e análises elaboradas de uma «forma mais ou menos desligada e paralela» ⁽²⁵³⁾, i.e., por confronto entre ópticas *integradoras* ou meramente *sectoriais* do direito da medicina. Pugnando por uma perspectiva *integradora* encontram-se, seguindo aqui de muito perto João Carlos Loureiro ⁽²⁵⁴⁾, não apenas Albin Eser, que a propósito, extrai, como exemplo, exactamente do Direito da Família o regime da procriação medicamente assistida, onde a conexão surge evidente com os impactos no âmbito matrimonial ou da filiação, entre o mais; e também, sem esgotar, Carlos Maria Romeo Casabona.

V. § 2 A dignidade: um feixe aglutinador de protecções

O feixe de direitos e de deveres que envolvem os sujeitos de uma relação jurídica médico-medicamentosa foca-se fundamentalmente no paciente, na prossecução dos seus interesses em matéria de saúde, e, para tanto, na respectiva protecção dos direitos especiais de personalidade, a saber: por dentro da dignidade e do respeito, da essencialidade, situam-se a genética liberdade individualizante e a integridade físico-psíquica ⁽²⁵⁵⁾ com o qual se torna a

⁽²⁵³⁾ Albin ESER, *Perspectivas do Direito da Medicina*, in *RPCC*, n.º 14, 2004, pp. 11-63.

⁽²⁵⁴⁾ Cf. João LOUREIRO, *Filho(s) de um Gâmeta Menor?... cit.*, p. 16, nota 85, onde cita igualmente Carlos Maria ROMEO CASABONA: *El derecho médico: su evolución en España*, in *ID: Derecho biomédico y bioético*, Granada, 1998, pp. 1-3; 1-28.

⁽²⁵⁵⁾ Parecendo convir enunciativamente com o aludido estado de recusa inata sobre uma intervenção, recolho similitudes em Manuel Silvério MARQUES, *O Espelho Declinado... cit.*, p. 34 e s.; 144 e ss. (pelo lado da actividade médica), e tal como entendo em Orlando de CARVALHO, situo ainda em convergência Carlos Alberto da MOTA PINTO, para quem o consentimento requerido às intervenções médicas em benefício da própria saúde ou da de terceiros é tido como «uma limitação voluntária do direito à integridade física», cf., *ID, Teoria Geral...cit.*, pp. 211 e s. e leio em Guilherme de OLIVEIRA: «O dever de obter o consentimento informado funda-se no direito à integridade física e moral de cada indivíduo» (*Prática Médica... cit.*, p. 165), de onde resulta o dever de respeito do agente médico «pelo direito autónomo do doente à livre determinação em matéria de saúde» (cf. *O Fim da «Arte Silenciosa»...cit.*, p. 103).

relacionar o exercício da liberdade de vontade ⁽²⁵⁶⁾ (preponderantemente na vertente da autodeterminação), a par do aludido poder de respeito que em matéria de dogmática civilística urge ser integrado no patamar superior que merece. É que o dever de respeito *explica* a dignidade e todas as suas emanações de liberdade, de integridade, de autonomia, autodeterminação, etc.. No fundo e sem ingenuidade, o respeito trata-se de um dos *portos* fulcrais onde se verificam a partida e a chegada *de se ser* humano. É certo que a viagem se fará entre as várias opções possíveis que inevitavelmente se vão colocando ao longo da mesma e que nos desafiam as decisões para aquilo para que estamos vocacionados, isto é, para agir. Agir ponderando a nossa «neotenia», isto é, a nossa característica de permanente tentativa de superação sobre a impreparação crónica a que estamos votados, como a este respeito nos ensina Fernando

⁽²⁵⁶⁾ Orlando de CARVALHO (cf. *T.G.D.C., Sumários... cit.*, pp. 94 e ss.) individualiza no consentimento informado o direito à liberdade (a posicionar-se —sustenta— à cabeça dos vários direitos ou bens de personalidade numa hierarquia que o legislador deveria estabelecer), afirmando a este propósito, *para o campo penal*: — «*Não havendo 'consentimento do paciente' haverá violação, não do direito à integridade física, mas da liberdade de vontade (...)*», permitindo, quanto a nós, extrair o sentido invocado no texto da dupla e conexas existência daqueles direitos especiais de personalidade, quando afirma: — «Ao invés do que penalmente se dispõe, como vimos, **a falta de consentimento determina sempre, no campo civil, lesão do direito à integridade física**, mesmo que se preencham os requisitos do art. 150.º do Código Penal. Se o corpo ou a saúde é que são objecto da agressão, o direito à integridade física está obviamente em causa. Dir-se-á que, sendo respeitadas as *leges artis*, etc., não há danos mas proveitos. No entanto, como se compreende, o dano não é aqui a alteração para pior da situação físico-psíquica: é a intervenção não consentida na zona de reserva que o corpo é para a pessoa, é a lesão da incolumidade (*noli me tangere*) do corpo alheio. Juiz do bem e do mal para o seu corpo é a própria pessoa — não é outra pessoa, mesmo que qualificada e bem-intencionada. Decerto que, se a saúde não piorou, mas melhorou, o dano parece reduzir-se apenas à falta de consentimento e, logo, à simples lesão da liberdade de vontade. Sabe-se, contudo, que uma intervenção, ainda que bem-sucedida, provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo de relevo para o Direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa».

A disciplina penal é especialíssima e determina uma originalidade que reside no teor do art. 150.º do CP, quanto às *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos* (especialmente o n.º 1), ao delimitar negativamente a protecção da integridade físico-psíquica. Antecipando um pouco o que adiante irei aflorar, em síntese, deixo sublinhado que o n.º 1 deste preceito arreda a qualificação como crime contra a integridade física das intervenções médico-cirúrgicas prosseguidas de acordo com as *leges artis* e com intenção terapêutica. Mais determinou o legislador penal, cf. n.º 2, mercê da redacção dada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, a tipificação como crime da intervenção terapêutica prosseguida com violação das indicadas *leges artis* que crie um perigo para a vida ou para a saúde. Retomou-se, assim, a tipificação deste ilícito que havia sido suprimido na revisão operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março (cf. a este a respeito a anotação n.º 1 ao art. 150.º, MAIA GONÇALVES, *Código Penal... cit.*, 8.ª ed., p. 592).

Savater, que, muito sabiamente, cita ainda Erasmo de Roterdão quando a pretexto de transe mais difíceis, terá ripostado —a quem o acicatava a optar entre o Papa de Roma e Lutero—: «não navega mal quem passa a igual distância de dois males diferentes.». ⁽²⁵⁷⁾

Em rigor, uma análise lógica sobre a apelidada doutrina do consentimento pode (deve) ser ampliada como vector relacional axiologicamente ímpar para promover a compreensão do aparente paradoxo entre a individuação e as recíprocas pontes entre cada ser humano e o outro ou outros tal como as que se estabelecem necessariamente nas comunidades onde interage, onde *vive*. É que as realidades cerceiam-se e completam-se; limitam-se, comprimem-se, facultando prioridades em vista de um determinando casuísmo, para se realizarem e, até, para se poderem expandir ⁽²⁵⁸⁾. O ser humano, ainda egoística-

⁽²⁵⁷⁾ Cf. Fernando SAVATER, *A Coragem de Escolher... cit.*, pp. 25 e 15, respectivamente. No mesmo sentido, cf. ainda as páginas inspiradoras de ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Livro II, Cap. XVIII e XIX, 1108b11-1109b28, e Livro V, Cap. IV, 1131b25-1132b20, pp. 56-58, 114 e ss... *cit.*

⁽²⁵⁸⁾ Neste sentido e ponderando a já mencionada *Teoria das Esferas* que foi objecto da conjectura inicial dos AA. alemães H. HUBMANN e H. HENKEL, reconhecida primeiro pelo Tribunal Constitucional Alemão e posteriormente, nas suas variadíssimas vertentes reconhecidas e aplicadas pela riquíssima jurisprudência do TEDH sobre as quais deixo extenso rol casuístico recolhido no *laboratório* de uma jurisprudência que opõe a *esfera privada* (onde incluo a íntima e a individual; ou a de intimidade confidencial e de segredo, consoante os conceitos dos AA. em referência, cf. no âmbito de aplicação do célebre art. 8.º da CEDH, o «*GUIA PRÁTICO SOBRE A ADMISSIBILIDADE*», disponível in <http://www.echr.coe.int/> (*Case Law-case law information – Admissibility guide*) e em <http://www.gddc.pt/> (língua portuguesa pp. 82-86, que transcrevo, alertando para o facto de serem da minha responsabilidade os sublinhados com que pretendo realçar os temas tratados pela jurisprudência quanto á conexão com o presente trabalho; dando ainda indicação de que no texto www existe conexão com os textos dos arestos aqui em itálico e inserindo ligeiras alterações nos respectivos sumários. No que respeita a um conceito de esfera da “vida privada” inexistente a possibilidade de traçar uma definição mas o tratamento sobre os inúmeros casos cujo elenco segue permitem com suficiente exaustividade dar nota das extremas do que seja uma noção de vida privada, relevante para o direito comum Europeu. Um esforço notável de uma construção que servirá todas as disciplinas com «linguagem universal», assim: « (*Niemietz v. Alemanha*, § 29), dando noção amplíssima (*Peck v. Reino Unido*, § 57; § 61), que compreende os elementos seguintes: - a integridade física e psicológica ou moral de uma pessoa (*X e Y v. Países-Baixos*, § 22), incluindo o tratamento médico e os exames psiquiátricos (*Glass v. Reino Unido*, §§ 70-72; *Y.F. v. Turquia*, § 33, **acerca de um exame ginecológico forçado**; *Matter v. Eslováquia**, § 64; *Worwa v. Polónia*, § 80), e a saúde mental (*Bensaid v. Reino Unido*, § 47); a integridade física das mulheres grávidas, no domínio do aborto (*Tysiac v. Polónia*, §§ 107 e 110, e *A B e C v. Irlanda*[GC], §§ 244-246); e a integridade física e psicológica das vítimas de violência doméstica (*Hajduová v. Eslováquia*, § 46); - aspectos da identidade física e social de um indivíduo (por exemplo, o direito a obter informações para descobrir as suas origens e a identidade dos seus progenitores (*Mikulic v. Croácia*, § 53, e *Odièvre v. França* [GC], § 29); no que respeita à apreensão de documentos necessários para provar a identidade

(*Smirnova v. Rússia*, §§ 95-97); - o nome e o apelido das pessoas singulares (*Mentzen v. Letónia* (dec.); *Burghartz v. Suíça*, § 24; *Guillot v. França*, §§ 21-22; *Güzel Erdagöz v. Turquia*, § 43; *Losonci Rose e Rose v. Suíça*, § 26; - o estado civil de uma pessoa enquanto parte integrante da identidade pessoal e social desta (*Dadouch v. Malta**, § 48); - a determinação do regime jurídico das relações de um pai com o seu filho presumido, por exemplo em casos de impugnação da paternidade (*Rasmussen v. Dinamarca*, § 33, e *Yildirim v. Áustria* (dec.)); - o direito à imagem e as fotografias de um indivíduo (*Von Hannover v. Alemanha*, §§ 50-53; *Sciacca v. Itália*, § 29; *Reklos e Davourlis v. Grécia*, § 40); - a reputação (*Chauvy e outros v. França*, § 70; *Pfeifer v. Áustria*, § 35; *Petrina v. Roménia*, § 28; *Polanco Torres e Movilla Polanco v. Espanha*, § 40) e a honra (*A. v. Noruega*, § 64) de um indivíduo; - a identidade de género (*B. v. França*, §§ 43 a 63), incluindo o direito ao reconhecimento jurídico dos transexuais operados (*Christine Goodwin v. Reino Unido* [GC], § 77); - a orientação sexual (*Dudgeon v. Reino Unido*, § 41); - a vida sexual (*ibidem*, *Laskey, Jaggard e Brown v. Reino Unido*, § 36; *A.D.T. v. Reino Unido*, §§ 21-26); - o direito a estabelecer e manter relações com os seus semelhantes e o mundo exterior (*Niemietz v. Alemanha*, § 299; - os laços sociais entre os imigrantes e a comunidade em que vivem, independentemente da existência ou não de uma vida familiar (*Üner v. Países Baixos* [GC], § 59); - as relações afectivas entre duas pessoas do mesmo sexo (*Mata Estevez v. Espanha* (dec.)); - o direito ao desenvolvimento pessoal e à autonomia pessoal (*Pretty v. Reino Unido*, §§ 61 e 67, sobre a escolha de uma pessoa no sentido de evitar o que, a seu ver, constituiria um fim de vida indigno e penoso); que não protege contudo toda a actividade pública a que a pessoa gostaria de se dedicar com outrem (por exemplo, a caça de mamíferos selvagens com o auxílio de uma matilha, *Friend e outros v. Reino Unido**(dec.), §§ 40-43); quanto ao direito de a pessoa decidir como e de que modo a sua vida deve ter fim, na condição de que esteja em condição de formar livremente a sua própria vontade a este respeito e de agir em conformidade (*Haas v. Suíça*, § 51); quanto ao direito ao respeito das decisões de ser ou não pai ou mãe, no sentido genético do termo (*Evans v. Reino Unido*[GC], § 71), incluindo o direito a escolher as circunstâncias nas quais uma pessoa se torna mãe ou pai (*Ternovszky v. Hungria**, § 22, sobre um parto em casa). Em contrapartida, o Tribunal deixa em aberto a questão de saber se o direito de adoptar entra ou não no campo de aplicação específica do artigo 8.º, reconhecendo que o direito de uma pessoa solteira pedir autorização com vista à adopção nos termos da legislação nacional cai “no âmbito” do artigo 8.º (*E.B. v. França*[GC], §§46 e 49; ver igualmente, no que respeita ao processo de acesso à adopção, *Schwizgebel v. Suíça*, § 73). A Convenção não garante a uma pessoa que adoptou uma criança o direito de pôr fim a esta adopção (*Gotia v. Roménia* (dec.)); quanto às actividades profissionais ou comerciais (*Niemietz v. Alemanha*, § 29; *Halford v. Reino Unido*, § 44; *Özpinar v. Turquia*, § 46); bem como as restrições do acesso a profissões ou a um emprego (*Sidabras e Dziutas v. Lituânia*, §§ 47-50; *Bigaeva v. Grécia*, §§ 22-25); quanto a documentos ou dados de carácter pessoal ou de natureza pública (por exemplo, informações relativas à actividade política de uma pessoa), recolhidos e conservados pelos serviços de segurança ou outros órgãos do Estado (*Rotaru v. Roménia*[GC], §§ 43 e 44; *Amann v. Suíça* [GC], §§ 65-67; *Leander v. Suécia*, §; sobre perfis DNA, amostras celulares e impressões digitais (*S. e Marper v. Reino Unido*[GC], §§ 68-86); sobre inscrição num ficheiro judicial nacional de autores de infracções sexuais (*Gardel v. França*, § 58)); quanto às informações relativas à saúde de uma pessoa (por exemplo, as informações relativas à seropositividade, *Z. v. Finlândia*, § 71; e *C.C. v. Espanha*, § 33, ou as informações relativas às próprias capacidades reprodutoras, *K.H. e outros v. Eslováquia**, § 44, bem como as informações sobre os riscos para a saúde de alguém (*McGinley e Egan v. Reino Unido*, § 97; *Guerara e outros v. Itália*, § 60); - a identidade étnica (*S. e Marper v. Reino Unido* [GC], § 66; *Ciubotaru v. Moldova**, § 53), e o direito dos membros de uma minoria nacional de conservarem a sua identidade e de terem uma vida privada e familiar conforme a esta tradição

mente perspectivado, projecta-se logo em desígnios de inclusão, de desejada

(*Chapman v. Reino-Unido* [GC], § 73); - as informações relativas às convicções religiosas e filosóficas pessoais (*Folgero e outros v. Noruega* [GC], § 98); - certos direitos das pessoas com deficiência: o artigo 8.º foi julgado aplicável à obrigação para uma pessoa declarada incapaz de pagar a taxa de isenção do serviço militar (*Glor v. Suíça*, § 54), mas não ao direito de um deficiente de aceder à praia e ao mar durante as suas férias (*Botta v. Itália*, § 35). No que concerne às actuações no direito ao respeito da vida privada, ficam referenciados os seguintes arestos: - as buscas e apreensões (*McLeod v. Reino-Unido*, § 36; *Funke v. França*, § 48); - a interpelação e a revista de uma pessoa na via pública (*Gillan e Quinton v. Reino Unido*, §§ 61-65); para a vigilância das comunicações e das conversas telefónicas: (*Halford v. Reino Unido*, § 44; *Weber e Saravia v. Alemanha* (dec.), §§ 76-79); sem necessidade de recurso a agentes infiltrados (*Lüdi v. Suíça*, § 40); - a videovigilância dos lugares públicos quando os dados visuais são registados, memorizados e objecto de divulgação pública (*Peck v. Reino Unido*, §§ 57-639; quanto a vigilância via utilização de GPS de uma pessoa bem como o tratamento e a utilização dos dados assim obtidos (*Uzun v. Alemanha*, §52); quanto a videovigilância de um empregado pelo seu empregador (*Köpke v. Alemanha* (dec.); o caso de uma funcionária de caixa de supermercado suspeita de furto); para as ofensas ao meio ambiente que podem afectar o bem-estar de uma pessoa e privá-la do gozo do seu domicílio de modo a afectar a sua vida privada e familiar (*López Ostra v. Espanha*, § 51; *Tatar v. Roménia*, § 97), incluindo os maus cheiros provenientes de uma lixeira próxima de uma prisão que afecta a cela de um recluso, considerada como o seu único “espaço de vida” desde há vários anos (*Branduse v. Roménia*, §§ 64-67), bem como o ruído (*Deés v. Hungria** §§ 21-24, num caso de ruído da circulação rodoviária; *Mileva e outros v. Bulgária*, § 97, no caso de um clube informático fonte de ruído num prédio); quanto a questões relativas ao funeral de familiares, em que o artigo 8.º se torna também aplicável, por vezes sem que o Tribunal precise se a ingerência respeita à noção de vida privada ou à de vida familiar: o atraso excessivo das autoridades em restituir o corpo de uma criança à sua família na sequência de uma autópsia (*Pannullo e Forte v. França*, § 36); a recusa de autorizar a transferência da urna contendo as cinzas do marido da requerente (*Elli Poluhas Dödsbo v. Suécia*, § 24); a questão de saber se uma mãe tinha o direito de assistir ao enterro do seu filho nado-morto, eventualmente acompanhado de uma cerimónia, bem como de transportar os restos mortais da criança em veículo adequado (*Hadri-Vionnet v. Suíça*, § 52); quanto à proibição do aborto por razões de saúde e/ou de bem estar, sem que o artigo 8.º possa contudo ser interpretado como consagrando o direito ao aborto (*A, B e C v. Irlanda*[GC], §§ 214 e 216); quanto à recusa arbitrária da concessão da nacionalidade em certas condições, embora o direito de adquirir uma nacionalidade não esteja garantido, enquanto tal, na Convenção (*Karashev e família v. Finlândia* (dec.). / Embora o art. 8.º garanta ao indivíduo uma esfera em que pode prosseguir livremente o desenvolvimento da sua personalidade (*Brüggemann e Scheuten v. Alemanha* (dec.), § 55), não se confina às medidas que atingem a pessoa no seu domicílio ou nos seus locais privados: existe uma zona de interacção entre o indivíduo e os outros que, mesmo num contexto público, pode relevar da vida privada (*P.G. e J.H. v. Reino-Unido*, §§ 56 e 57). / No que concerne a actos prejudiciais à integridade física ou moral de uma pessoa não implicam necessariamente uma ofensa ao respeito pela vida privada. Todavia, um tratamento que não atinge o nível de gravidade suficiente para cair no âmbito do artigo 3.º pode ir contra o artigo 8.º nos seus aspectos relativos à vida privada, quando existam suficientes efeitos prejudiciais à integridade física e moral (*Costello-Roberts v. Reino-Unido*, § 36). Pode haver situações a que o artigo 8.º pode conceder protecção, no caso das condições de detenção que não alcançam o nível de gravidade exigido pelo artigo 3.º (*Raninen v. Finlândia*, § 63).»

inserção nos círculos da comunidade com que contacta e onde se pretende desenvolver plenamente, onde se afirma. Basta a mera *intuição* para fornecer a autoridade necessária à afirmação verdadeira de um desejo de ser *desejado*, de ser reconhecido, pelos que vivem em redor. Este é um valor que não pode ser desprezado em sede de livre desenvolvimento da personalidade. Daqui que a identificação individual pressuponha a dignidade de um assentimento onto-axiológico do ser humano para que se realize (inter)penetração genética da alteridade que é vocação humana.

E no âmbito das actividades médicas, se assim é em termos tendencialmente individuais não posso deixar de considerar como *prius* a objectiva solidariedade humana e o decantado dever de actuação médico-medicamentosa de auxílio. Eis uma primeira fonte cuja razão de ser e contornos abordei já. Daqui decorre uma obrigatoriedade jurídica que fundamenta várias estatuições de actuação para os agentes médicos.

E, uma vez que incidem sobre o ser humano, onde a singularidade não pode deixar de ser tida em conta, quer o estado natural primevo de recusa perante o que-quer-que-seja, quer as actuações de vontade na recusa quer no consentimento (e ulteriores eventuais recusas), afiguram-se como meio fulcral, pois a respectiva ausência deixa as instituições e sobretudo os demais a persistirem no respectivo carinho pela solidariedade, com os correspondentes agentes em dever de actuação, dever de auxílio. É um caso em potência quando se visualiza pela óptica universal, da comunidade organizada, mas, uma vez desaparecido, revela, repito, o estado natural individual da sua realidade genética: a *recusa: noli me tangere*.

V. § 3.º O que perpassa entre as disciplinas jurídicas

Eis com alguma simplicidade —a que terei de voltar, remoendo e burilando— os elementos da equação clássica sobre as abordagens à protecção ínsita da dignidade e ao dever de respeito, na esfera da autodeterminação ⁽²⁵⁹⁾: o

(259) No âmbito do Direito Constitucional português, antecipando o apontamento que abordarei adiante, o princípio da autonomia está profundamente correlacionado com o da dignidade e, como ensina João Carlos Simões LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.*, Vol. I, pp. 474-487: «Apesar de não ser um princípio fundante, a autonomia afirma-se como dimensão estruturante da bioconstituição, compreendendo várias dimensões que tomam a sério a matriz convencionista do direito e não desconhecem os olhos da relação médica nem todos os outros afectados quando está em causa o bem saúde.», (cf. p. 487).

profissional de saúde encontra-se vinculado a viabilizar a tentativa da obtenção de condições-físicas prévias —quer as desejadas, quer as desejáveis que se situem em terrenos admissíveis, cf. art. 81.º, n.º 1. CCiv—, mediante actuações aceitáveis a produzir na esfera de outrem que as merece, seja por necessidade, seja por vontade; e é exactamente aqui que se situa a segunda vinculação: para agir carece de ultrapassar o repúdio alheio e de aí permanecer com a sua aquiescência, i.e., sem que uma outra recusa reapareça. Necessita, pois, de que a sua actuação indesejada —adiante se verá o caso do Direito Penal— receba as manifestações de vontade concordantes para as opções e que assim se mantenham durante toda a actuação. Serve por ora este intróito para sublinhar que o procedimento que aglutina os diversos requisitos que se posicionam para a manifestação de vontades(s) relevante(s) em uma relação tutelada pelo direito da medicina revelam uma relação altamente dúctil. E sobretudo que, em regra e por regra, só possui no decesso —após eventual colheita de órgão, tecidos, análise científica, etc.— um momento em que se cristaliza definitivamente.

Os dois vínculos (o individual e o médico) convivem permanentemente? Não! Existem excepções e as suas presunções. Se a pessoa carente de intervenção estiver fora das condições da manifestação da vontade o agente actuará segundo a configuração possível que faça sobre a vontade alheia (primeiro patamar), ou segundo a sua própria configuração, por analogia comportamental objectivável caso nenhum indício possua da vontade do outro a conformar a sua perspectiva (segundo patamar). Poderá acontecer existirem silêncios conflituantes... Aqui só mediante uma configuração positiva, em termos legais, permitirá actuar (terceiro patamar), pois então teremos as apelidadas «soluções de dissentimento»: uma segunda presunção virtual contra a presunção natural *individual*, assente aquela em protecções universais de saúde que *sacrificam* a liberdade e o respeito individual.

Duas presunções portanto. A indicação que promana do silêncio assenta em uma resposta social de auxílio que vincula o agente médico, dando presunção suficiente para actuação. Ao invés, e simplisticamente: existindo indicação da vontade, é esta que se impõe e arrepia a bondade das outras, naturais, mas contraditórias (a que provem do ser humano consciente, com vontade válida é a presunção de recusa; a intenção da comunidade é a da acção beneficente). Compreende-se assim que um acidentado receba uma série de actuações agressivas para terapia ou que uma criança receba os melhores tra-

tamentos disponíveis contra a expressa manifestação da vontade dos seus representantes legais (ou que desorienta o agente médico que lhe reconheça discernimento e bom senso possível, em uma vontade contraditória alternativa entre a que sugere, a que os representantes legais pretendem e a que o quadro de facto melhor propicia e o saber médico aponta para solucionar a maleita). A compressão social transcende hipoteticamente o desígnio individual perante o qual tem de aguardar sempre que para este seja viável pronunciar-se.

O ser humano capaz está, deste modo, vinculado a manifestar uma vontade relevante caso se encontre em um quadro de necessidade e em condições para a manifestar. A vinculação a que o agente médico está adstrito é a de persuadir o paciente a que permita uma actuação na medida técnica proporcional e ou adequada a descortinar, solucionar ou atenuar os efeitos perversos dos padecimentos alheios.

Este é um quadro de facto em que o Direito se move com alguma facilidade e aponta caminhos aparentemente seguros e afirmativos aos profissionais de saúde. Mas as tintas e as telas rapidamente oferecem matizes diversas para a Medicina e dificuldades que não permitem sair de um enredo cujo emaranhado se sofisticava tanto quanto se procura simplificar.

A pergunta seguinte que me aparece fulcral é representativa do que acabo de afirmar: em uma situação limite de necessidade sem existência absoluta (ou relativa) de vontade actual do paciente, está o agente médico igualmente vinculado em permanecer vinculado à notícia da decisão anteriormente manifestada? Ou uma variante, em termos mais amplos —matéria das directivas antecipadas que tratarei em outro local—, deve o profissional de saúde actuar previamente no sentido de apurar se houve registo dessa mesma vontade de forma a conjecturar e conformar a sua actuação consequente? Estes são problemas do quotidiano da vida dos profissionais de saúde.

Em caso de resposta afirmativa, as boas práticas de actuação dos profissionais de saúde incluem um esclarecimento recíproco dos agentes sobre a indagação das vontades, também recíprocas, e das opções possíveis disponíveis. Mais ou menos rapidamente, assim é. Assim parece ser também inequívoco que o reduto da liberdade individual é destacável da esfera de integridade físico-psíquica, onde razoável e necessariamente reside. Exigem ambos o respeito para fornirem a liberdade; a questão é a do exercício desta liberdade

implicar singelamente a manutenção da vida ⁽²⁶⁰⁾ ou a de impedir a actuação perante uma crise que se supõe letal. Se a primeira questão ainda suscita controvérsia, a segunda constituirá seguramente causa de muita conturbação, especialmente no *oxigénio* médico.

Um exemplo simples pode ser construído com variáveis, mas redunda no seguinte: A e B, com percursos de comunhão de convicções e de sentimentos, capazes, afirmam simultaneamente em pleno domínio das suas faculdades, que não desejam a ministração de sangue ou de um procedimento para o caso de lhes sobrevir uma eventualidade. Perante a necessidade, A., consciente, altera a sua opinião no sentido do conselho médico, ao passo que B está inconsciente. A proximidade entre ambos leva A. a opinar que B. poderia perfeitamente alterar a sua opinião movido até pela sintonia sentimental com aquele... Por banda da equipa de profissionais de saúde existem igualmente agentes com dimensões éticas diferentes que têm de se entender, como servem de exemplo o anestesista e o cirurgião, o enfermeiro, etc. Os motivos que subjazem à liberdade podem ser os mais variados, de comum, porém,

⁽²⁶⁰⁾ Muitos casos existem para exemplo. Entre os clássicos, na jurisprudência americana, cf. *Bartling v. Superior Court (Glendale Adventist Medical Center)*, 1984. vol. 163; Cal. App. 3d 186 [209 Cal. Rptr. 220], que pode ser consultado, com anotações de J. HASTINGS, P.J. FEINERMAN e J. ASHBY, em:

<http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/163/186.html>. O caso ocorre em 1984 e opõe William Bartling e sua mulher contra o Hospital *Glendale Adventist* e os respectivos médicos. Os AA. requereram que o ventilador de suporte respiratório fosse desligado, o que veio a ser determinado pelo Tribunal, porém, 24h após o decesso. W. Bartling manifestou-se contra a intubação e a correspondente manutenção artificial da sua vida, tendo deixado directivas antecipadas expressas (e designado a mulher como procurador de saúde) que não foram respeitadas. O paciente tinha 70 anos e estava em estado terminal, designadamente por doença oncológica. Escolhi-o porquanto parece ter sido um caso que mereceu o exercício de «discretion» não obstante existir precedente ao abrigo da «mootness doctrine», i.e.: «Mootness doctrine is a principle of judicial procedure whereby American courts will not decide moot cases, that is, cases in which there is no longer any actual controversy. The inability of the federal judiciary to review moot cases derives from the requirement of U.S. Const. art. III under which the exercise of judicial power depends upon the existence of a case or controversy. Therefore the courts will not hear or decide a case unless it includes an issue that is not considered moot because it involves the public interest or constitutional questions.», cf. <http://definitions.uslegal.com/m/mootness-doctrine>. Os casos em referência terão sido os seguintes: *Daly v. Superior Court* (1977) 19 Cal. 3d 132, 141 [137 Cal.Rptr. 14, 560 P.2d 1193].) «*The novel medical, legal and ethical issues presented in this case are no doubt capable of repetition and therefore should not be ignored by relying on the mootness doctrine. This requires us to set forth a framework in which both the medical and legal professions can deal with similar situations.*» (*Dority v. Superior Court* (1983) 145 Cal. App. 3d 273, 276 [193 Cal. Rptr. 288]).

avultam progressivamente os de cariz religioso. Aceitar a determinação de vontade é a solução jurídica... Mas será a médica? De todos os profissionais de saúde envolvidos? E perante a iminência de um desfecho fatal às mãos de um agente, perante a possibilidade de o paciente ter *ganho de causa* não ponderará aquele enviar antes às malvas a decisão deste, em que não se reconhece, do que dar bilhete de embarque aos infernos a uma alma que pode não vir a ser penada?

O que procuro indagar neste aspecto, especialmente quanto ao paciente, mas não só ⁽²⁶¹⁾, cabe perfeitamente na seguinte ilustração que Montesquieu escreve no prefácio ao seu *Espírito das Leis*:

«Je me croirais le plus heureux des mortels, si je pouvais faire que les hommes pussent se guérir de leurs préjugés. J'appelle ici préjugés non pas ce qui fait qu'on ignore de certaines choses, mais ce qui fait qu'on s'ignore soi-même. / (...) L'homme, cet être flexible, se pliant dans la société aux pensées et aux impressions des autres, est également capable de connaître sa propre nature lorsqu'on la lui montre, et d'en perdre jusqu'au sentiment lorsqu'on la lui dérobe.» ⁽²⁶²⁾

Será possível interpretar neste trecho uma terrível maleabilidade nos *apetites* humanos, que cinde a vontade em si e *abandona* as decisões, retirando-lhes *substância* e abrindo naturais suspeições... São as terríveis questões que as modificações dos quadros de facto provocam em um ser humano e vice-versa. Esta parece ser a opinião de Hannah Arendt ⁽²⁶³⁾ quando produz as suas reflexões em torno das *flutuações de alma*. E o que é descrito em contextos sobre a desorientação da modernidade (e pós-modernidade) muito especialmente sobre a (re)localização dos conceitos de Estado-nação ⁽²⁶⁴⁾ e re-

⁽²⁶¹⁾ Posso perfeitamente incluir os profissionais de saúde, jurisprudência e doutrina, etc.

⁽²⁶²⁾ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, Tomo I, (Introdução, notas e cronologia de Robert Derathé), ed. Garnier Frères (Col. *Classiques*, 1973, Prefácio, p. 6.

⁽²⁶³⁾ Assim afirma Nuria SÁNCHEZ MADRID, in *Crisis...* cit., p. 488 e parece igualmente resultar de uma leitura, até literal, de Hannah ARENDT, por exemplo, *Responsabilidade e Juízo* (Introdução de Jerome Khon), trad. Miguel Serras Pereira, ed. D. Quixote, 2007, pp. 109-111 (ISBN 978-972-20-2789-2), onde, contudo, não deixa de se questionar: «... uma vontade dividida contra si própria é a menos adequada para a tarefa de agir, ao passo que um espírito dividido no seu próprio íntimo é o mais adequado para a tarefa da deliberação. Se é esta a maneira de ser da vontade que bem poderá a vontade fazer? E todavia, sem querer, como poderei eu ser alguma vez movido a agir?».

⁽²⁶⁴⁾ Sem coincidências, também o discurso nestes aspectos mais gerais usam muitas vezes conceitos que são familiares no contexto das concretas relações sociais e jurídicas abordadas neste trabalho, de modo que me parece muito oportuna a seguinte citação indirecta escrita por Nuria SÁNCHEZ MADRID, in *Crisis...* cit., p. 494, nota 40: cf. sobre Hanna Arendt: «*Sobre la desobediencia civil* (1998: 101): «“El espíritu de las leyes”, como lo vio Montesquieu,

fundação da universalidade tem igual impacto no quotidiano individual das relações de que trato neste trabalho. Tratam-se dos mesmíssimos princípios gerais. Nas relações concretas os desvios residem até nas perigosas práticas eivadas do que a A. apelidou como *banalidade do mal*, e que abordarei adiante, teorizando o que se me oferece teorizável, para o exercício médico-medicamentoso frente a nosologias ou patologias ou desafios. E tudo igual quando frente a pacientes. Hannah Arendt não deixou de postular uma via pragmática para questões pragmáticas, designadamente no que concerne às virtudes das decisões subjacentes (ou a *respostas particulares para questões particulares*), assim, segundo Jerome Khon, quando (em finais dos anos 60) foi questionada por alunos seus sobre se deviam aceitar o desafio para cooperar com trabalhadores dos sindicatos na oposição à guerra no Vietname, ouviram com surpresa a fundamentação da resposta de «senso comum»: — *Pois que sim! Dessa forma podem usar as policopiadoras dos sindicatos* ⁽²⁶⁵⁾. Eis uma solução plausível. Plausível e tentadora.

V. § 4 Uma legiferação pragmática ou uma singularidade disciplinar?

Não penso que as soluções de bom senso suscitem fundações diferentes para uma racionalidade séria. As evidências quando são úteis são sérias e a seriedade partilha com a viabilidade a exigência de um espírito propenso a ver a autoridade onde é pressuposto esta autoridade existir. É mister entregar o jurídico ao juiz, a investigação ao cientista, o que é médico ao profissional

es el principio por el cual actúan y se ven inspiradas a actuar las personas que viven bajo un específico sistema legal. El asentimiento, el espíritu de las leyes americanas, está basado en la noción de un contrato que liga recíprocamente, que establecieron primero las colonias individuales y después la Unión. Un contrato presupone una pluralidad de por lo menos dos, y cada asociación establecida y actuante según el principio del asentimiento, basado en la promesa mutua, presupone una pluralidad que no se disuelve sino que se conforma en una unión —e pluribus unum—. Si los miembros individuales de la comunidad formada decidieran no conservar una restringida autonomía, si decidieran desaparecer en una completa unidad tal como la union sacrée de la nación francesa, todo lo que se pudiera decir acerca de la relación moral del ciudadano con la ley sería mera retórica. El asentimiento y el derecho a disentir se han convertido en los principios inspiradores y organizadores de la acción que han enseñado a los habitantes de este continente “el arte de asociarse juntos”, del que proceden esas asociaciones voluntarias cuyo papel fue Tocqueville el primero en advertir, con sorpresa, admiración y algún recelo; las consideraba la fuerza peculiar del sistema político americano».

⁽²⁶⁵⁾ Cf. Jerome KHON, in introdução a *Responsabilidade e Juízo...* Hannah ARENDT cit., p. XI, e sobre a banalidade do mal, cf. pp. XIII e ss. e da A. cf. *Ditadura e responsabilidade pessoal*, pp. 15 e ss.

de saúde, etc. Uma convicção que transporta certeza, celeridade e um máximo de eficiência. Posto isto, perante a proficiência carrega-se o modelo de utilidade e maximiza-se o bem-estar. E não se diga que a conduta daquela autoridade se expõe à crítica da sedução pelo poder, pois aquela não tem de forçosamente de ser tutelada por este, sendo certo que se a autoridade se justificar para a acção, então o poder, puro e duro, será parte possível de uma solução a não ser descartada. Mas basta colocar a regra de reconhecimento em jogo para afastar o incómodo das sombras que sempre assustam. A autoridade ganha matizes de persuasão e de convencimento, exista ou não diálogo associado, pois a autoridade por si só se basta. Mesmo aceitando o pressuposto de que é possível explicar e fazer-se entender ⁽²⁶⁶⁾, restará sempre apurar se há tempo e qual a utilidade. Em um momento as questões repetidas tornam-se redundantes, meramente insolentes e a afirmação auto justifica-se ⁽²⁶⁷⁾: é assim... por que é assim mesmo, afirma-o quem o possa fazer. Permito-me invocar aqui em perfeito paralelismo os fundamentos da certeza e da segurança que alicerçam a intervenção de um tribunal: consoante o valor da causa em litígio (a alçada do tribunal), existirá um momento em que se encerram todas as discussões, iniciando-se o cômputo do trânsito em julgado da questão. Pois se assim acontece quanto à fazenda e à própria integridade físico-psíquica ambiental, quando esteja em causa, será diferente quando apenas esta —em crise— apareça em causa?

⁽²⁶⁶⁾ Penso aqui no «desabafo» de Clara PINTO CORREIA, cf. *Clones Humanos: a nossa autobiografia colectiva*, Ed. Relógio de Água, 1999, pp. 30 e s., que generalizo, sobre a ausência de uma noção de «urgência e de nobreza» nessa tarefa de os cientistas —e os técnicos— explicarem, de se exporem. A sofisticação dos conhecimentos é enorme e as exigências do entendimento também, as informações prestadas são recolhidas e processadas muitas vezes pela comunicação social com deformações inerentes a uma insuficiente compreensão e coloridas pela necessidade de captar quotas de atenção no mercado: uma mistura explosiva de ignorância que provoca muito naturalmente a retracção dos cientistas e dos técnicos. Basta ver a repulsa deontológica institucional da generalidade das corporações profissionais perante a exposição mediática dos seus membros.

⁽²⁶⁷⁾ É o que ensina Bernard LONERGAN sobre a *reflexão prática* que antecede a *decisão*, *Insight... cit.* pp. 704 e ss.: o processo de reflexão não possui, por si só, um momento final a que se sucede a decisão. Por regra, antes de se esgotar a reflexão —se tanto acontecer— interpõe-se a oportunidade ou a imposição da decisão ou pelo menos a tentação eficaz de um voluntarismo perante uma opção razoável. Os dois momentos podem até ser antinómicos, entrar em conflito. Para a conformação da norma é a decisão que avulta; para aquilatar esta avultará o mecanismo reflexivo e o respectivo *iter*: um juízo. Ou seja, existe uma distinção a formular—a precisar— entre decisão e juízo: aquela conforma racionalmente a realidade ao passo que este conforma racionalmente aquela conformação.

No mesmo esteio —mas no polo oposto— rapidamente se oferecerá justificação para o profissional de saúde o *securistismo* de uma decisão técnica que provoque a manutenção da vida a despeito da inequívoca decisão alheia contrária. Ou a inversa: libertar o mecanismo para acorrer a uma melhor ponderação de eficácia entre uma vida desesperada e a esperança de uma outra vida. O reduto moral ou ético suga-nos para a solidariedade e nesta se encontra um oceano de excelentes intenções onde a receio da responsabilidade convive com a substituição das decisões. A panaceia jurídica é o da justificação da ilicitude da conduta se a questão aparecer a reivindicar responsabilidades. Parece simples.

Eis uma das reduções radicais que me confronta com as questões de ser indiferente pensar —também em senso comum— sobre a eventual dosimetria terapêutica de uma intervenção que modifique os seios, as maçãs do rosto ou os lábios; ou se devo promover algum de tipo de acção *invasiva* (constrangedora), ou, ao menos, responsabilizar o alcoólico, o obeso ou o fumador que persistem ignorando as prescrições sobre a alteração dos seus *hábitos* e permanecem cronicamente *em lista* na utilização dos serviços de saúde pública; ou o paciente que retoma a sua posição de recusa natural em plena sala de operações depois de iniciada a intervenção que antes aceitou, pois acabou de apurar que vai ser transmitido um jogo que o atrai. E aquele outro que está indignado com a enorme cicatriz traçada no corpo em resultado da intervenção que se mostrava necessária para a sua doença? Se soubesse não o faria, afirma... Tudo menos ou mais complicado, mais ou menos adentro do absurdo, e com respostas onde a perspectiva jurídica também se intromete, seja para ser questionada sobre o que fazer, seja sobre o que foi feito.

Como se vê, seja por via da relevância da decisão paternalista, seja pelo paternalismo da decisão relevante, a *banalidade do mal* aparece a estreitar os dois leitos do rio, onde quer que se coloque a autoridade. Assiste aos profissionais de saúde e ao paciente, tal como se pretende, respectivamente, a obediência a um escrupuloso executor administrativo e se deitam preces para que a teimosia não obnubile ao executado a decisão maioritariamente tida por racionalmente proveitosa. A eficácia constitui um excelente critério para o que é jurídico, mas para uma validade de conteúdo material, que não meramente formal, persistirá sempre intocável o dever de respeito perante a dignidade jurisdicção individual? Onde se cantam hoje odes à liberdade não se invectivarão amanhã os venenos dos egoísmos intoleráveis? E vice-versa?

Hão-de ser os casos contados e tipificados das excepções e da equidade e dos instrumentos de justificação da ilicitude com que se sanará muita intervenção em que se inundem os diques.

Está bem de ver que a autoridade a que se acolhe o determinismo útil de uma actuação plausível que reduz a vontade de alguém subalternizado perante o saber fazer não é forçosamente unívoca, mas contingente. Vários juristas e vários juízes conduzem a várias autoridades; um arquitecto *versus* um engenheiro *versus* um empreiteiro hábil, conferem opções face a uma empreitada em que persistem autoridades equivalentes perante o interessado. O processo de intelecção acaba por revelar várias alternativas logo pela banda de quem é inquirido para exercitar uma opinião revestida de autoridade. As limitações recíprocas subsistem consoante a variação das perspectivas. A medicina não difere nisto, e perante os vários cursos de acção possíveis e sobretudo as sequelas conjecturáveis não será de atribuir autoridade exactamente a quem as recebe no regaço? Não é isto igualmente reduto de autoridade a opor aos outros actores? Pois essa autoridade que o paciente possui será a que sobra das muitas virtudes do que tem de tolerar, usando aqui a expressão com especial vigor etimológico ⁽²⁶⁸⁾, o qual se ilustra facilmente pedindo emprestada o aforismo de La Rochefoucauld: «Nous avons tous assez de force pour supporter les maus d'autrui.» ⁽²⁶⁹⁾.

Mas não só. Reside por cima de tudo no próprio homem o esforço permanente para procurar garantir a sua própria humanidade. Assim animam as

⁽²⁶⁸⁾ Refiro-me ao significado das origens latinas do verbo *tolerare* que encontrará sinónimos em «suportar» ou «aguentar» e que, segundo Rui TAVARES, serve exactamente como exemplo de uma utilização com curso na dor que o paciente suporta e a medicina visa atalhar «não uma coisa que se fazia de bom ânimo, mas a que restava a fazer se não havia qualquer alternativa.», cf. *Apresentação a o Cândido ou o Optimismo e O Tratado sobre a Tolerância* de VOLTAIRE, Ed. Tinta da China, 2008, para Prisa, ISBN 978-84-92482-10-8, pp. XI-XXV, máx, XVIII. Problematizando sobre a circunscrição da tolerância às «questões de opinião», i.e., onde exista álea que convoque ponderações e as fronteiras das respectivas limitações (designadamente quanto à passividade, onde se admite com Karl Popper a faculdade de recusar e combater a intolerância, pela força, se necessário, repudiando a incitação insidiosa — criminoso — à tolerância para fins perniciosos), e com valiosas citações, cf. André COMPTE-SPONVILLE, *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes... cit.*, pp. 173-189. Delimitando negativamente, cf. Michel MEYER, *La Insolencia: ensayo sobre la moral... cit.*, Cap. IV e V.

⁽²⁶⁹⁾ Cf. François, Duc de LA ROCHEFOUCAULD: *Maximes et Réflexions Morales du Duc de La Rochefoucauld*, Paris, Ed. Ménard et Desenne, Fils, 1817 (livre acesso in *open library*: <http://www.archive.org/details/maxmesetreflexoolarouft>), XIX, p. 5.

leituras inspiradoras de António Castanheira Neves sobre o Direito, perspectivado como:

«um dos modos de transcender-se o homem a si próprio: o transcender-se num projecto-de-ser que fundamenta a sua humana co-existência; a tarefa de (o projecto e o esforço de) a axiológica humanização do homem na sua realidade de convivência histórica.»⁽²⁷⁰⁾.

O que leva expressamente Rabindranath Capelo de Sousa a considerar como condição de um efectivo e extenso exercício do direito geral de personalidade não deverem os respectivos titulares descurar a adequada firmeza perante compressões ou eventuais violações⁽²⁷¹⁾.

Não parece fácil quer por banda da evolução científica da medicina, e da biologia, e das conquistas tecnológicas aplicáveis, quer por banda das Relações Internacionais, das alterações geo-políticas que conformam os Estados e alteram fronteiras, quer por banda dos comportamentos sociais localizados (antropologia) ou generalizados (sociologia), e tudo resulta em outro quebra-cabeças face à distribuição de recursos e repartição de meios que são escassos perante necessidades sociais de primeira grandeza e prioridade em uma comunidade global crescente... Tudo se projecta no Direito e este mal se propõe regular logo encontra modificações significativas nos bens e nas pessoas cujas tensões e litígios deve aplacar. Desta forma as reacções entre todos estes movimentos de placas provocam compressões e deslizamentos, tantas vezes com fracturas e inconformismos. As sucessivas *erupções* que se foram precipitando e sucedendo em ritmo progressivamente acelerado no Mundo por via do galopante percurso da Humanidade criam retalhos que vão sendo sucessivamente *cerzidas* através do que é consensual ou do que se mostra possível ou aceitável estabelecer por compressão. Uma enorme tarefa onde a normação e sobretudo a actividade jurisprudencial se mostram instrumentos indispensáveis para atalhar os efeitos indesejados de uma imensidão de forças contrárias.

Tenho é por razoável que os exemplos acima expostos não-de vergar-se a uma contingentação própria da aplicação dos conceitos e dos princípios gerais enunciados sobre o ser humano e a solidariedade em que se projecta a

⁽²⁷⁰⁾ Cf. António CASTANHEIRA NEVES, *O papel do jurista no nosso tempo*, in *BFDUC*, n.º 44 (1968), pp. 83-142, *maxime* p. 52.

⁽²⁷¹⁾ Cf. Rabindranath V. A. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., 1995 (ISBN 972-32-0677-3), p. 625.

consciência individual. São estes que permitem a funcionalidade do juízo nos processos de integração e de solução dos contrários. Sempre que o legislador ou o juiz caiam em indecisão ou tentação de os arredar, logo aos conceitos se sucedem os preconceitos e ditam estes uma indisciplina onde o empirismo casual vira casuísmo. O problema reside então em extrair daqui paradigmas falaciosos para valores ou ditames *decisionistas*.

Capítulo VI. A internacionalidade do Direito da Medicina

Estes poderes/deveres situam-se em uma longa panóplia de textos legislativos, desde logo no plano dos Direitos Humanos, seja em termos *universais*, seja em termos de influência universal como é a europeia ⁽²⁷²⁾. A construção

(272) E matéria das fontes do Direito da Saúde (limites disciplinares mais alargados do Direito da Medicina, cf. por todos, Maria João ESTORNINHO e Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Ed., 2014 (ISBN 978-972-34-0405-4), pp. 22-44, e dou menção da valiosa recensão bibliográfica em elenco). Assim, a DUDH (AG da ONU pela Resolução n.º 217A III de 10/12/1948); a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (Conferência Geral da UNESCO, 11/11/1997); a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (Conferência Geral da Unesco, 16/10/2003); a Declaração dos Direitos da Criança (Res. da AG da ONU n.º 138 (XIV), de 20/11/1959); o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (Res. 2200A XXI, da AG da ONU, 16/12/1966 —PIDCP— Lei n.º 13/82, 15/06); Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Res. 2200A XXI da AG da ONU, 16/12/1966 — Lei n.º 45/78, de 11/07: PIDESEC); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Res. 2106 XX da AG da ONU, de 21/12/1965; Lei n.º 7/82, de 29/04); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Res. n.º 34/180 da AG da ONU, de 18/12/1979; Lei n.º 23/80, de 26/07) Protocolo Opcional (Res. n.º A/54/4, da AG da ONU, de 6/10/1999; Res. da AR n.º 17/2002, de 8/03); a Convenção sobre os Direitos da Criança (Res. n.º 44/25 da AG da ONU, de 20/11/1989; Res. AR n.º 20/90, de 12/09); a Resolução sobre os Direitos do Homem e a Bioética (Comissão dos Direitos do Homem da ONU, 16/04/1997); as Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências (Res. AG da ONU n.º 48/96, de 20/12/1993); a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 04/11/1950; Lei n.º 65/78, de 13/10: CEDH); Protocolos adicionais (P. n.º 1: Paris, 20/03/1952; P. n.º 2: competência consultiva do TEDH, Estrasburgo, 06/05/1963; P. n.º 3: emendas aos arts. 29.º, 30.º e 34.º da CEDH, Estrasburgo, 06/05/1963; o P. n.º 4: ampliação de direitos e liberdades, Estrasburgo, 16/09/1963; P. n.º 5: emendas aos arts. 22.º e 40.º da CEDH, Estrasburgo, 20/01/1966; P. n.º 6: abolição da pena de morte; o P. n.º 7, Estrasburgo, 22/11/1984; P. n.º 8: Viena, 19/03/1985; P. n.º 11: reestruturação do mecanismo de controlo, Estrasburgo, 11/05/1994; P. n.º 12, Roma, 04/11/2000; P. n.º 13: abolição da pena de morte em todas as circunstâncias, Vilnius, 03/05/2002; P. n.º 14, nova alteração do sistema de controlo, Estrasburgo, 13/05/2004. Os 5 p., cf. Lei n.º 65/78, de 13/10; 6.º P.: Res. AR n.º 12/86, de 0/06; 7.º P.: Res. da AR n.º 22/90, de 27/09; 8.º-13.º P.: Res. da AR n.º 44/2003, de 23/05); a Carta Social Europeia, Turim, em 18/10/1961: Res. da AR n.º 21/91, de 06/08: CSE) 1 e respectivos protocolos adicionais (Res. AR n.º 37/92, de 30/12; Res. AR n.º 69/97, 06/12); a Carta Social Europeia Revista (Res. AR n.º 64-A/2001, 17/10); a Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais (Res. AR n.º 42/2001, 25/06); a Carta Europeia para as Línguas Regionais ou Minoritárias (Estrasburgo, 05/11/1981; a Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal (Res. AR n.º 23/93, 09/07); a Recomendação 1286 (1996) sobre uma estratégia europeia para as crianças (AP do CE, 24/01/1996; a Recomendação 924 (1981) relativa à discriminação contra os homossexuais (AP do CE, 01/10/1981; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 07/12/2000. Parte II do TUE: Constituição para a Europa, Roma, 29/10/2004); a Resolução sobre o Respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia (PE, 17/12/1998; a Directiva 2000/43/CE, de 29 de Junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (Lei n.º 18/2004,

de uma Bioconstituição ⁽²⁷³⁾ mundial se bem que prudentemente assumida como actualmente fragmentária e sujeita a embates com inúmeras frentes e problemas, como sejam as soberanias, as divergentes dimensões hierárquicas, as insuficiências dos instrumentos do Direito internacional ao nível institucional e legislativo; as múltiplas projecções regionais, etc., não deixa de ser um desígnio a que a sábia e exaustiva investigação de João Carlos Loureiro, reconhece uma «clara globalização», evidência a que associa um papel da saúde como «motor da cooperação internacional» enquanto bem público global; importância em relação à qual adverte contudo que não deverá alimentar a onírica projecção de uma *mítica* «vontade geral». E deixa um rol de princípios que identifica nessa construção ⁽²⁷⁴⁾.

Uma primeira atenção merece a existência de uma disciplina jurídica onde se plasma a construção da universalidade a que me referi já nos capítulos anteriores e que parece inevitável. O processamento da construção ou da mera procura do novo «nomos» a que se refere José de Faria Costa ⁽²⁷⁵⁾, e que aparece como renascença onde com optimismo se aspira a que se precipitem as comunidades, se constata uma diluição dos limites dos territórios e dos espaços, é sequela de uma aceleração comunicativa e de circulação de pessoas nunca antes vista. Já não existem novos palcos, senão um velho palco novo: as nações passam definitivamente às reminiscentes línguas de origem, e a uma ou outra nostalgia aldeã, mas a comunicação tudo internacionaliza e a tecnologia tudo traduz, tudo dissolve, quer para o ser humano, quer para as

11/05); a Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19/10, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puerperas ou lactantes no trabalho (CT); a Directiva 95/46/CE do PE e Conselho, de 24/10 (protecção das pessoas singulares quanto a tratamento de dados pessoais: Lei n.º 67/98, de 26/10); sem esgotar.

⁽²⁷³⁾ A preferência pela designação mais precisa de direito biomédico ao invés de direito da medicina para a disciplina em causa encontra-se explicada por João LOUREIRO, em *Constituição e biomedicina... cit*, I Vol., pp. pp. 381 e ss. e –julgo poder sintetizar— prende-se com os limites do que seja uma intervenção médica adentro dos limites da saúde individual o que de algum modo extravasa o conceito médico para um conceito onde pre-existam densificações éticas que lhe são prévias, concorrentes ou ulteriores, mas não exclusivas.

⁽²⁷⁴⁾ Afigura-se essencial a leitura de ID, I Vol., *Constituição e biomedicina... cit*, maxime pp. 525-549.

⁽²⁷⁵⁾ Cf. José de FARIA COSTA, *Em redor do nomos (ou à procura de um novo nomos para o nosso tempo)*, in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos filosóficos*, Coimbra Ed., 2005 (ISBN 972-32-1331-1), pp. 191-203.

clássicas estruturas estaduais, quer para as fronteiras. Ou para citar expressamente o ilustre Professor de Coimbra:

«...Por isso se ouve, de tantos lados, o sussurro ou o grito, de sabor schmittiano, de que há que repensar o novo *nomos* já não da terra mas do mundo. / Na verdade, o nosso tempo rompeu e estilhou barreiras, categorias e conceitos que, praticamente desde os alvares das comunidades humanas, orientaram o *agir* dos homens entre si e deles com as instituições que os serviam. (...) Em definitivo: o *nomos* do mundo, depois de Vestefália, exprimia-se, organizacionalmente, em unidades de sentido que se estruturavam em Estados. No entanto, bom é de ver que alguma coisa se fracturou, se quebrou.» (276)

Seguindo de perto Vanessa Oliveira Batista (277) afigura-se fulcral atar os diplomas internacionais em matéria de direitos humanos às temáticas que se pretendam aflorar quanto a uma protecção que supere as fronteiras dos Estados e das suas soberanias específicas sobre as matérias díspares que integram o Direito da Saúde e onde o Direito da Medicina se revela instrumental. Melhor é insistir sobre o que parece ser uma *soberania* circunscrita sem delimitações territoriais, nos termos próprios da pessoa humana, internacional, extraída até de uma *teoria normativa dos factos* (278) —sobre o que a solidariedade impõe em facultar cuidados de saúde adequados, especificamente em termos médicos, independentemente dos territórios e das nacionalidades— e que vai incorporar como que por via natural um corpo alargado de diplomas internacionais coligíveis. Refiro-me às declarações de direitos sociais (compreendidas no Direito Internacional dos Direitos Humanos) quanto aos actos internacionais que tratam do Direito Internacional Humanitário —aqui se incluindo as convenções sobre os refugiados— até às protecções em torno do equilíbrio ecológico ou sobre a protecção dos consumidores, e seguindo por aí em diante. Nestes termos, que parecem necessariamente dissolventes quando considerados de outro modo, será possível ultrapassar e envolver

(276) Cf. ID, *ibid*, p. 196 e s.

(277) Vanessa OLIVEIRA BATISTA sobre a *Protecção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*: (a protecção internacional do direito à saúde in www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Vanessa.doc

(278) Partilho a ideia de ser inelutável a incidência constitutiva, modificativa ou extintiva dos fenómenos de natureza empírica —e não só os da noosfera (incluindo tecnologia), mas os que da litosfera, atmosfera, biosfera, possuam repercussão naquela— na normatividade, incluindo a que é juridicamente reflectida. Melhor seria pois, com J. Baptista Machado, de uma «força normativa das convicções de facto», das que são vivenciadas com convicção vinculativa «*opinio iuris vel necessitatis*», seguindo com actualidade o que ensinou S. Tomás de Aquino sobre os «universais culturais e os universais valorativos». Para este aspecto basta-me referenciar João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...cit.*, pp. 44-49.

uma perspectiva dividida sobre as sucessivas camadas de protecção dos valores essenciais da Humanidade? É que estas necessidades foram sendo fragmentariamente beneficiadas com regulação —bens sociais salvos enquanto objecto de protecção— mediante os consensos pontuais possíveis da Comunidade Internacional. Em um primeiro momento revelam-se díspares, caóticos (a protecção do meio ambiente pode brigar com a busca do pleno emprego ou com o crescimento urbanístico; o consumo com o fisco, a liberdade religiosa com a igualdade da cidadania, etc.). A aplicação convergente, com uma exequibilidade com que são oriundas e detectáveis —positivadas— no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Direito Internacional dos Refugiados ou no Direito Internacional Humanitário. Parece ser possível afirmar que nos nossos dias se vão a fundir, por força dos planos de identidade encontrados e delimitados nesta clássica tridimensionalidade do Direito Internacional Público exposta às garantias sobre a pessoa humana.

Neste sentido unificador ⁽²⁷⁹⁾ existem Autores que pugnam (e receberam já eco no seio de legislações constitucionais de referência) pela inevitabilidade em conferir uma especificidade própria, aglutinadora (como característica) ao Direito Internacional dos Direitos Humanos ⁽²⁸⁰⁾ perspectivado com

⁽²⁷⁹⁾ Não me proponho obviamente cursar as discussões em torno das várias correntes monistas e dualistas sobre as fusões ou aproximações ou distanciamentos verificados na coexistência ou prevalência do direito internacional e do direito interno. Para ponderar essas várias vertentes acolho-me a um quadro geral esclarecedor, superiormente sintetizado por Jónatas E. M. MACHADO, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Coimbra Ed., 3.^a ed., 2006 (ISBN 978-972-32-1442-0), pp. 136-144. No mesmo sentido apontado pelo Professor de Coimbra parece óbvio retirar uma simpatia evidente pela bondade das teses monistas, convencido igualmente das dificuldades que persistem no Mundo hodierno sobre a construção de um ordenamento jurídico uniformizado ou sequer precedentemente de uma ordem jurídica mundial como espaço comum de entendimento, contudo, colhendo ali uma citação de Fernando R. TÉSON: devemos repensar e reconstruir o direito internacional de uma forma que incorpore e reconheça que o objectivo último das instituições internacionais é promover o desenvolvimento do pleno potencial de cada indivíduo como ser humano autónomo, proteger a liberdade.», cf. *A Philosophy of International Law*, Oxford, 1998, p. 26.

⁽²⁸⁰⁾ É o caso do António Augusto CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*, vol II., Porto Alegre, Ed. Sérgio Fabbris, 1999, onde (cf. cap. XI) aborda a questão sobre a «regra do esgotamento dos recursos internos» como requisito prévio habilitante da apreciação e tratamento jurisdicional por parte de um órgão internacional. Contudo, como novidade, afirma este A., demonstra que os órgãos jurisdicionais internacionais quanto ao âmbito da protecção dos direitos humanos ultrapassam a «regra do esgotamento» logo que constatem a inexistência ou a ineficácia dos meios internos. Cançado Trindade não se conforma com a perspectiva clássica decorrente das duas Convenções de Viena sobre Direito do Tratados, quanto ao que concerne às reservas aos tratados de direitos humanos.

uma inevitável autonomia crescente, isto é, enquanto fonte normativa que tutela a esfera dos deveres e dos direitos dos seres humanos, que não meramente dos Estados ⁽²⁸¹⁾, que servem a servir as «pessoas» e estas, entre si, garantidamente sem servitude (com a liberdade de não ser servo). É pois nessa perspectiva de um «sentido emergente», solução de uma metodologia já conceptualizada na doutrina sobre a interpretação jurídica, que vou encontrar inspiração para conjecturar um feixe de matérias —que generalizo por reconhecimento na sua punctação: matéria parcial assente para um *contrato* global, cf. GDLP— que se procuram, encontram-se, e aninham-se, quando sejam igualmente tutelada por uma «compreensão eminente» ⁽²⁸²⁾, confrontada

O A. coloca a protecção dos interesses em torno da dignidade humana em um patamar onde fica por admitir uma qualquer reserva de soberania por parte de um Estado face a um instrumento normativo internacional que acautele esses valores maiores. A ilegitimidade de um Estado nesta matéria resulta da sua própria ilegitimidade em assunto de interesse que o transcende, e, por força, cai do lado de fora das equiparações hermenêuticas sobre os demais assuntos. Cf. ainda ID, *O Direito Internacional em um mundo em transformação*, São Paulo-Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, ISBN: 85-7147-587-3, onde retoma como fulcrais os temas do Direito Internacional, permanentemente actualizáveis: a jurisdição internacional, a protecção internacional dos direitos humanos e dos povos e, ainda, como desafio na sua dimensão renovada as soluções pacíficas e o recurso ao «não-uso» da força.

⁽²⁸¹⁾ Pretendo aludir ao modelo clássico que perspectiva o direito internacional como sendo, sobretudo, um direito das relações a serem configuradas entre os Estados ou decorrentes da acusação destes na ordem jurídica internacional, sentido em que se patenteia, sem esgotar, o ensino de Afonso Rodrigues QUEIRÓ, *O Fundamento do Direito Internacional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXIV, pp. 299 e ss. e Luis CABRAL DE Oliveira MONCADA, *O Direito Internacional Público e a Filosofia do Direito*, in *BFDUC*, XXXI, pp. 37-71, pp. 43 e ss..

⁽²⁸²⁾ O conceito de «compreensão eminente» como recurso interpretativo foi «promessa» de proposta para solução hermenêutica, anunciada e compreensível nos textos de José Hermano SARAIVA, *A Crise do Direito*, Ed. Ordem dos Advogados (Separata da ROA), Lisboa, 1964, pp. 106 e ss., nota 13, onde se lhe refere a pretexto da «importância absolutamente decisiva (da jurisprudência) porque é ela que mantém a vitalidade do ordenamento, transformando as leis escritas em direito vivo», explicando que se trata de entender a actividade de interpretação da lei como «actividade lógica que consiste em, a partir das alterações da extensão lhe verificar o grau de compreensão.» E prossegue o A.: «Toda a lei tem extensão e compreensão: aquela coincide com o respectivo campo de aplicação e é portanto variável. Esta reveste, como toda a compreensão lógica, várias modalidades: compreensão subjectiva (é o sentido que o legislador atribuiu à lei), compreensão implícita (é o conjunto de caracteres significativos dedutíveis por análise lógica) e compreensão eminente (é o conjunto das significações reveladas ou não reveladas do preceito só descobriáveis no seu progressivo confronto com a realidade).». E é na necessária maleabilidade desta última compreensão (por oposição às duas anteriores, com moldes ostensivos) que assenta a novidade: a concretização do pensamento tópico permite assacar a realidade integral a extrair da esfera normativa (até ao limite da possibilidade de modificar dada pela extensibilidade da norma, pugna J. H. SARAIVA). Retomando João BAPTISTA MACHADO, que se lhe refere sublinhando sobretudo o

com a renovação de factos e perante conjunturas variáveis a um só tempo ou que se sucedem, sempre imprevisíveis, é certo, mas desejáveis enquanto metas práticas para as quais se impõe ao ser humano agir ainda que improvavelmente as atinja, em mundo de *incertitude* ⁽²⁸³⁾. Eis onde importará *escavar a mina*, em outro trabalho, bem entendido. Mas por ora, meramente desvelado esse trilho, devo retomar o que existe.

A multiplicidade de razões para agir e os obstáculos a ultrapassar conferem dispersão, pelo que este Direito Internacional se afirma forçosamente dúctil, ou seja, dotando-se de todas as variáveis instrumentais disponíveis para a protecção, seja em termos jurídicos (tratados, convenções, resoluções, recomendações, contratualização, etc.), seja em termos pragmáticos (meios materiais para ajuda humanitária), seja em termos de serviços ou de persuasão (organizações não governamentais, associativismo, campanhas de sensibilização e auxílio, etc.), seja até em termos de tutela preventiva, cautelar, de supervisão ou de concreto policiamento (levantamentos, relatórios, fiscalizações, divulgações, queixas, etc.). Projectando-se por via global (Nações Unidas e Uniões para União das Nações) sem descurar os caminhos que as várias regiões mundiais exigem serem prosseguidos (actuação regional) e visando detectar as fragilidades do ser humano, esta vertente do Direito Internacional oferece novidades em termos de uma pragmática inovadora e utilitarista. Os aspectos de normatividade aparecem miscigenados entre as *virtudes* clássicas e as realidades que vão sendo apelidadas como *soft law*: veículos persuasivos de opinião e de pressão; muitos detêm as características possíveis de tutela e podem ser judiciáveis... Não se desprezem, pois, os mecanismos colocados à disposição dos direitos da pessoa humana no plano internacional, não tanto pela *força* omnipresente em que se afirma a eficácia da «pressão» da opinião

que de «emergente» lhe é próprio e remetendo para a «ponte» construída por Manuel de ANDRADE (*Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, *passim*) desenvolve ser exactamente esta a franja onde o legislador não consegue prever, circunscrever e fixar esse mesmo «sentido emergente da lei» além dos seus eventuais indícios. cf. *Prefácio à Introdução ao Pensamento Jurídico*, de Karl ENGISCH, Ed. FCG, 3.^a ed., Lisboa, 1965, pp. L e ss., nota 70. A importância deste conceito de «compreensão eminente» ou de «emergência» — consoante se opte por uma designação ou por outra — situa-se em perfeita analogia dedutiva com os esforços que são ínsitos à matéria do Direito Internacional da Pessoa Humana, para onde inevitavelmente se vocacionará o campo de aplicação de um Direito da Medicina e, mais tarde, se verá os contornos disciplinares que surgirem de um Direito da Saúde.

⁽²⁸³⁾ Cf. Silvério da ROCHA CUNHA, *A Necessidade de um Novo “Daimon” na Política do Sistema Mundo*, in *BFDUC*, *Svtdia Ivridica* 90, *ad honorem*-3, separata, Coimbra Ed., pp. 431-466.

pública ⁽²⁸⁴⁾⁽²⁸⁵⁾, mas, mais concretamente, por ser tendencialmente desejável e possível quer uma progressiva outorga do cardápio de Diplomas Internacionais já existentes quer uma integração estadual nas organizações internacionais, quer, por fim, a *perda da inocência* do Direito Internacional, seja no campo judiciário, seja no campo da eficácia que o coloca no caminho de uma transformação entre a tutela da coexistência das comunidades internacionais para a tutela da reciprocidade funcional entre pessoas e instituições

⁽²⁸⁴⁾ É perfeitamente aceitável a precaução sobre o extremismo do que seja uma «tirania da opinião pública» que animou já críticas como a que John RAWLS formulou na sua *Teoria da Justiça*, seja ao Legislador, seja aos Magistrados caso prevaleçam decisões fora do campo da heteronomia e encostadas a uma lógica de tributo ao mercado, como se de produtos se tratassem em busca de pontos de vistas mais populares e mais eficazes, sem uma prioridade como promove delineada em *As Liberdades básicas e a sua prioridade*. Neste sentido cf. Catherine AUDARD, *John Rawls e o Conceito do Político*, in Prefácio a *Justiça e Democracia*, pp. VII-XXXVII, *maxime*, XXIII e ss., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, (ISBN 85-336-1207-9). Cf. ainda o cap. III, pp. 141-198 e Cap. IV, pp. 201-241.

⁽²⁸⁵⁾ Penso aqui no cepticismo que AA. consagrados, como —por todos— serve invocar Herbert HART, in *O Conceito de Direito*, (trad. de Armindo RIBEIRO MENDES), Ed. FCG, Lisboa, 1986, pp. 248-253, §§ 4.º e 5.º. Para este A. os demais motivos que vão além da tríade clássica: poder legislativo; tribunais de jurisdição obrigatória; e mecanismos eficazes de sanções, causam uma inocente convicção de paralelismos, de analogias, entre o que é Direito interno e direito internacional. Sirvam os seguintes exemplos: neste pode um Estado ser coagido a outorgar a legislação vinculante ou terá de dar o seu consentimento para ver julgada a sua responsabilização em um Tribunal Internacional... ou perdeu soberania em acto de guerra. Em nenhum caso, porém, se verifica qualquer tipo de aproximação analógica na radical diferença entre as jurisdições e eficácias dos tribunais internos frente aos internacionais. Como se verá já em seguida, a interpenetração dos princípios e das normas internacionais nos ordenamentos internos e a progressiva abertura destes últimos à legislação internacional e aos princípios gerais permite, a meu ver, reler o que sejam «normas de reconhecimento» progressivamente ampliadas, pelo que nem necessito de abandonar os terrenos do positivismo inteligente deste A. para sossegadamente confiar que estas válvulas actualistas superaram o que até ao último quartel do século passado se oferecia como um esforço cómico, permitindo vingar a *condição* colocada pelo próprio H. HART: «Se e quando esta transição estiver completa, as analogias formais que, no presente, parecem ténues e mesmo enganadoras, adquirirão substância e as últimas dúvidas dos cépticos acerca da «qualidade» jurídica do direito internacional poderão então ser enterradas.». Para situar mais concretamente um «alvo» daquelas críticas, cf. James Leslie BRIERLY, *Direito Internacional*, Trad. Maria Rosa Crucho de Almeida, 4.ª ed. /com Prefácio de Afonso QUEIRÓ), FCG, Lisboa, 1979, pp. 54 e ss.; 68-70, que, todavia, precisa não se poder olvidar não serem os Estados pessoas mas instituições, cuja submissão ao direito sofre das consequentes imperfeições: «a explicação última da obrigatoriedade de todo o direito está em que o homem, tomado individualmente quer associado com outros num Estado, é forçado a admitir, como ser racional, que é a ordem, e não o caos, o princípio que governa o mundo em que tem de viver.». Segundo este A. não será correcta a visão de Hobbes e de Austin quando negam a juridicidade do direito internacional, ancorados na ideia de que o «jurídico» carece de provir de uma autoridade política superior: tanto seria negado logo pela análise do que é a existência da *common law*...

de, por esta vias, uma tendencial comunidade internacional plural ⁽²⁸⁶⁾. Como refere Jónatas Machado, o direito internacional como *generus generalissimum*, abarca hoje domínios vastíssimos do âmbito dos direitos humanos, do criminal, do económico, do mercantil, dos transportes, da comunicação, do desporto, etc.,

«Se a isto se somar a proliferação de organizações e tribunais internacionais, com o resultante aumento exponencial da litigância internacional, torna-se evidente que a importância normativa e prática do direito internacional actualmente é uma realidade indiscutível.». ⁽²⁸⁷⁾

E absolutamente necessária, impõe-se acrescentar por força da persistência das gravíssimas assimetrias gerais ⁽²⁸⁸⁾. Assim se vão progressivamente produzindo princípios e normas que se postam perante os ordenamentos

⁽²⁸⁶⁾ A indicação de que foi o direito internacional que deu o molde aos «modelos fundamentais de direito privado» ocidental, enquanto esgrimido pelo direito natural de cariz metodológico-sistemático racionalista, e forjado nos confrontos de cariz religioso, dominial e colonial, é ensinado por Franz Wieacker, de quem solicito o empréstimo do seguinte trecho: «O direito internacional de Grócio não é, porventura, pensável sem os teólogos morais e internacionalistas espanhóis do séc. XVI. Assim, foi no domínio do direito internacional que o direito racionalista mais cedo e mais directamente se converteu num direito vigente.» Este direito vigente, positivo nos tratados que sossegavam os interesses sobre o tráfico e as parcerias comerciais —afinal com questões de propriedade ou contratuais similares às de direito privado—, é precisamente o mesmo que transcende dos corpos individuais para os corpos políticos e foi plasmado nos textos constitucionais revolucionários e na «exportação» da codificação na reorganização dos impérios até ao séc. XIX. Cf. Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, (tradução de António Hespanha), FCG, Lisboa, 1980, pp. 306 e ss., para onde remeto os convenientes desenvolvimentos.

⁽²⁸⁷⁾ Cf. Jónatas E. M. MACHADO, *Direito Internacional... cit.*, p. 96 e s.

⁽²⁸⁸⁾ De acordo com alguns números avulsos relativos ao fim do milénio, que se podem colher aleatoriamente, por ex.º, em Philippe ENGELHARD, *O Homem Mundial: Poderão as Sociedades Humanas Sobreviver*, Ed. Instituto Piaget (ISBN 978-972-771-0560), Lisboa, 1998; e em Manuel CASTELLS, *La Era de La Información: economía, sociedad y cultura*; Vol. III: *Fin de Milenio*, Madrid, Ed. Alianza, 3.ª ed., 2006 (ISBN 842-067-7205) e que nos fornecem contrastes tão surpreendentes quanto o facto de «a cidade de Nova Iorque consumir tanta electricidade quanto em toda a África subsaariana; os níveis reduzidíssimos de acesso a água potável em zonas do mundo como Madagáscar, os elementos comparativos que dobram os decessos por homicídio em relação aos de acidentes de viação no Rio de Janeiro; os 400 milhões de analfabetos indianos; os 32 milhões de cidadãos norte-americanos com uma esperança de vida inferior a 60 anos, tal como os 40 milhões que aspiram a ter garantidamente assistência médica, os 45 milhões de pobres e os 52 milhões de iletrados. A União Europeia tinha 50 milhões de pobres, e números crescentes de desempregados (fasquia em 18 milhões). As 225 maiores fortunas do planeta ultrapassam o rendimento anual de 47% dos mais pobres do mundo (2,5 biliões de pessoas), e, por fim, os índices patrimoniais das 15 maiores fortunas é superior ao PIB da África subsaariana. (Segui de perto a selecção de Silvério da Rocha Cunha, in *A necessidade de um novo Daimon... cit.*, pp. 438 e ss.).

internos reclamando o respectivo reconhecimento. E quando tanto ocorre, integram-se no rol de direitos subjectiváveis, incluindo pelas válvulas originais de alguns ordenamentos constitucionais, seja por salvaguardarem como fonte interna os princípios fundamentais (cf. art. 8.º, n.º 1, CRP), seja por preverem normas para a interpretação e integração dos respectivos ordenamentos em consonância não apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH ²⁸⁹), mas com os demais diplomas internacionais que consagram direitos fundamentais (cf. art. 16.º, n.º 1 e n.º 2, CRP, e 10.º, n. 2, da Constituição espanhola) (²⁹⁰).

No âmbito do Direito da Medicina, a legislação portuguesa é especialmente atenta e carinhosa já que na LBS expressamente se consigna e assumem as responsabilidades correspondentes no que concerne às *Relações Internacionais*. Com efeito, o nosso legislador, na Base X do diploma em referência estabelece um exposto apontamento da «indivisibilidade da saúde na comunidade internacional» por via exactamente do reconhecimento das «interdependências sanitárias a nível mundial», o que fará por via das organizações internacionais de saúde prestigiadas, designadamente a OMS. E nos números seguintes pugna igualmente pelo análogo empenho no seio da União Europeia e nas relações privilegiadas com os países africanos de língua oficial portuguesa» (²⁹¹).

(²⁸⁹) Declaração Universal dos Direitos (do Homem) Humanos (Res. AR n.º 39/2013, 08/03, in *DR*, I, n.º 65, de 03 de Abril de 2013).

(²⁹⁰) Cf. CRP: art. 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais), «n.º 1: Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional; n.º 2: Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.». E quanto à CRE: «Artículo 10: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.; 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.».

(²⁹¹) A importância do preceito leva-me a deixá-lo consignado na presente nota: LBS: Base X: «n.º 1. Tendo em vista a indivisibilidade da saúde na comunidade internacional, o Estado Português reconhece as consequentes interdependências sanitárias a nível mundial e assume as respectivas responsabilidades. / n.º 2. O Estado Português apoia as organizações internacionais de saúde de reconhecido prestígio, designadamente a Organização Mundial de Saúde, coordena a sua política com as grandes orientações dessas organizações e garante o cumprimento dos compromissos internacionais livremente assumidos. / n.º 3. Como Estado membro das Comunidades Europeias, Portugal intervém na tomada de decisões em ma-

Outra questão de maior importância reside no facto de ser profundamente desejável que as normas sobre Direito da medicina em termos mundiais se ofereçam progressivamente menos como um mero grupo disforme e sem parâmetros, a propiciar o que de arbitrário revela sempre a «desarrumação». Cabe aqui invocar o que de essencial revelou Jeremy Bentham no «movimento da codificação moderna», porquanto a organização legislativa universal se lhe ofereceu como o desenvolvimento evidente dos benefícios da utilidade, verdadeiro produto inevitável do seu «cálculo de felicidade» e que, neste aspecto do Direito Internacional, se aproxima expressamente da visão de Kant da «paz perpétua», como direito a que o cidadão do mundo pode aspirar⁽²⁹²⁾. Para o Direito Internacional a ciência do direito reserva forçosamente uma perspectiva fragmentada que resulta do reconhecimento, da receptividade e da inquestionável imperatividade dos valores e dos princípios que se cristalizam e generalizam em termos convencionais ou consuetudinários o

téria da saúde a nível comunitário, participa nas acções que se desenvolvem a esse nível e assegura as medias a nível interno decorrentes de tais decisões. / n.º 4. Em particular, Portugal defende o progressivo incremento da acção comunitária visando a melhoria da saúde pública, especialmente nas regiões menos favorecidas e no quadro de reforço da coesão económica e social fixado no Acto Único Europeu. / n.º 5. É estimulada a cooperação com outros países, no âmbito da saúde, em particular com os países africanos de língua oficial europeia.».

⁽²⁹²⁾ Sobre este aspecto cf. António M. HESPANHA, *Panorama Histórico da Cultura Jurídico Europeia*, Col. Fórum da História, Ed. Europa-América, 1997, pp. 762 e ss., tal como sobre o movimento de codificação. Neste aspecto ver ainda Jorge BACELAR GOUVEIA, *Textos Fundamentais de Direito, Internacional: Introdução*, pp. 7-17, Col. Aequitas, Ed. Notícias, 1993, ISBN 972-9485-18-6; Sobre a perspectiva do próprio Jeremy BENTHAM, cf. *The Principles of International Law: Essay I: Objects of International Law*, ensaio onde logo interroga e responde o seguinte: «If a citizen of the world had to prepare na universal interntional code, what would he propose to himself as his object? It would be the common and equal utility of all nations: this would be his inclination and hi duty», onde destaco o seu *Essay IV. A Plan for an Universal and Perpetual Peace*, (loc. 568 em diante) onde expressamente afirma como objective do ensaio: «... to submit to the world a plan for an universal and perpetual peace. The globe is the field of domination to which the author aspires —the press the engine, and the only one the employs— the cabinet of mankind the theatre of his intrigue (loc 583) in Col. Classic, Ed. John Bowring (1843): Kindle (com acesso do domínio público via Online Library of Liberty: <http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-works-of-jeremy-bentham-ii-vols>). Cf. ainda Immanuel KANT, *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita in A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Col. Grandes Pensadores, trad. Artur Morão, Ed. Planeta De Agostini, ISBN 978-989-609-945-9, 2008, pp. 317 e ss., max. 5.ª a 8.ª proposições, na sua busca de uma trajectória convergente análoga —um fio condutor de razão que substitua o ‘mais ou menos’— à que Kepler determinou as «extravagâncias» das rotas planetária e Newton «explicou estas leis —determinadas— por uma causa natural geral.».

que aquele pensador desenhou: assim presta-lhe homenagem segura a actuação da Comissão de Direito Internacional da ONU (cf. art. 13.º, n.º 1, al. a), da Carta das Nações Unidas ²⁹³). Enfim, tratando-se de regras traduzidas de princípios comuns, o regime que lhes está vocacionado é o de proteger o ser humano em qualquer lugar ou circunstância. Se assim for, como parece ser, posso aceitar existir uma convergência entre as plataformas que presidem à hermenêutica, à teleologia, ao ordenamento, por força do plano operacional da prática da medicina, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. Estas duas vertentes disciplinares e o Direito Internacional dos Refugiados encontram-se actualmente reforçadas pelas tarefas e documentos levados a cabo em intensos ciclos de conferências mundiais das Nações Unidas (²⁹⁴). Produção esta que permite encarar com optimismo o futuro do Direito da Medicina adentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, designadamente, porquanto se verificam que os respectivos princípios acabam por se encontrar reflectidos em cada um dos vários ordenamentos jurídicos nacionais, seja por *adesão* — subscrição — dos seus *diplomas* — convenções e tratados — mais importantes, seja pela aceitação progressiva das figuras e conceitos gerais em causa (universalidade; dignidade; solidariedade; autonomia, não-maleficência; beneficência; justiça).

VI. § 1.º O campo concreto do Direito da Medicina no campo dos direitos internacionais

O Direito da Medicina constitui a raiz que, com plena autonomia, recorreu a relação entre os profissionais de saúde e o paciente, como relação — relações — cuja singularidade mereceu uma evidente atenção e cuidados es-

(²⁹³) Aqui se afirma ser atribuição da Assembleia Geral da ONU, no âmbito dos estudos e das recomendações «... encorajar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a sua codificação».

(²⁹⁴) Neste sentido, Vanessa Oliveira BATISTA avança para a década de 90 do século passado um elenco de Conferências Mundiais das Nações Unidas: «Meio Ambiente, Rio de Janeiro, 1992; Direitos Humanos, Viena, 1993; População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; Desenvolvimento Social, Copenhague, 1995; Mulher, Beijing, 1995; Assentamentos Humanos, Istambul, 1996. Todas essas reuniões tiveram em comum o fato de demonstrar uma legítima preocupação de toda a comunidade internacional com as condições de vida das pessoas em todos os países.», cf. ID: *Protecção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*: (a protecção internacional do direito à saúde in www.estig.ipbeja.pt-ac_direito/Vanessa.doc).

peciais. Sucede, todavia que este primeiro núcleo, que partiu das linhas unificadoras da autonomia (com a sua plena revogabilidade e o aqui exposto *teste de recusa*) e alinhavou com o Direito Civil e o Direito Penal as linhas dogmáticas que influenciaram as especificidades que reivindicarem e obtiveram do Direito Constitucional uma benévola atenção ⁽²⁹⁵⁾, não se quedou por aqui. A realidade que a institucionalização da Medicina emprestou à relação aparentemente simples que focou alguns primeiros conflitos e a identificação de direitos e deveres entre pessoas, forneceu uma dimensão e uma massificação de questões específicas que o Direito Administrativo —com uma maleabilidade e inovação verdadeiramente notáveis— veio complexificar. A intervenção do Estado ampliou os problemas, seja pelo quadro disciplinar próprio do SNS, seja por apresentar realidades como o Direito Farmacêutico, o Direito da Segurança de Procedimentos (saúde pública e higiene, ambiente, alimentação, investigação). Perante isto, encontra-se já na feliz síntese de Maria João Estorninho: «conjunto de regras e princípios que disciplina as relações jurídicas sanitárias ou de saúde», que possui 1. Um conjunto original e fulcral de princípios próprios e diferenciados; 2. Uma variedade de segmentos (SNS, Farmácia, Investigação, Relações internacionais, ambiente, etc.) para os quais aparece como *veículo* privilegiado de interligação; 3. Participa na interdisciplinaridade própria do Direito da Medicina com os antecedentes empíricos que a intervenção do Estado na economia lhe facultou e incrementou a partir da 2.^a metade do séc. XX; 4. Possui uma natural habilitação para processar a *digestão* da imensidão de documentos normativos —e de *soft law*— já existentes em uma *terceira dimensão anunciada*: O de um direito internacional da medicina, que convive com um direito internacional da saúde.

A grande questão do direito da saúde foi forçosamente o que encontrar um *caminho de judicialização*: mais do que estabelecer elencos universais de ética densificada, reconhecida pelos vários ordenamentos jurídicos, ou de elaborar as listas *dos direitos humanos do ser humano*; o problema essencial foi o de construir ou encontrar Tribunais onde os discutir e exercitar com eficácia.

⁽²⁹⁵⁾ Sobre esta matéria, avultará seguramente o recorte e a profundidade da dedicação científica e a extensão dos cuidados de João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.* E sobre a matérias comparada dos princípios fundamentais a que a propósito se tratam. Cf. AA.VV., *Derecho Constitucional Comparado Y Derecho Político Iberoamericano*, (coord. Cayetano NÚÑEZ RIVERO: Juan Manuel GOIG MARTINEZ e Maria NÚÑEZ MARTINEZ), Universitas Ed., 2002 (ISBN 84-7991-145-X).

Um segundo problema que se torna absolutamente necessário solucionar é a de uma visão *segregacionista* entre Direito Público e Direito Privado, ditada pelos cultores clássicos das disciplinas. Essa dualidade acabará em verdadeira esquizofrenia, sufocada por fronteiras que as doenças, obviamente, não reconhecem, nem a dignidade humana supõe tolerar e, oxalá, assuma como fórmula judicial o imperativo da *Summa Theologica* de S. Tomás de Aquino: necessidade e legitimidade para combate do que seja injusto. Não são novas eras da Humanidade, mas a Humanidade que se mostra finalmente em termos gerais a reivindicar o que a dignidade sempre mostrou: a sua era. Tanto significará que a conexão será agora a de um permanente diálogo entre o que é individual e o que por força de uma solidária confiança não pode deixar de ser recorte de dever individual perante o social. Será isto, na sua singeleza, a semente do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por seu turno, como já avancei, os princípios revolucionários dos finais do séc. XVIII recebem uma revisitação por parte destas novas realidades. A liberdade individual acatará a responsabilidade social; a igualdade acarinhará na sua projecção a vulnerabilidade; e a fraternidade terá um efectivo exercício de solidariedade. Tudo em uma trindade, perante a qual a intransigência poderá ter de ser bélica: a inadmissibilidade com que as três *fatias* se afirmaram ao Mundo mediante *Carta de Direitos*, terá agora de afirmar a intolerabilidade perante o *Enunciado dos Deveres*. Trata-se de sobrevivência e não mais de alocação de interesses e de partilha de recursos segundo *mercados* de fronteiras estaduais. Os mecanismos do Direito Internacional tanto se podem revelar asfixiantes, se permanecerem com o relativismos das palavras vãs, como assumirem um *desagradável* meio para um fito vital. O de assumirem até aqui a inexistente ou inoperante função de um Tribunal: o de executar coercivamente as sentenças determinadas. Esta é —e inexistente outra— a democrática solução que terá de substituir os planos das diplomáticas relações de composição arbitral, plenas de boas intenções e virtudes amistosas ou não beligerantes. ⁽²⁹⁶⁾

⁽²⁹⁶⁾ Ponderando algum interesse em manter uniformizado o percurso que realizei no âmbito dos estudos para a elaboração do *Consentimento... cit*, sigo ora diante ora de perto o que então escrevi entre pp. 49-86, mormente no aspecto em que, historicamente existe algum interesse em visitar, ou, por confronto, insiro os *desvios* que os estudos ulteriores determinaram sobre estas matérias até às *fontes* deontológicas.

VI. § 2 O Texto Constitucional:

Parece-me essencial sublinhar que a matéria jurídica que se revela no direito da medicina e que abordo no presente trabalho decorre logo do art. 1.º da nossa Constituição onde se afirma, por um lado, a dignidade humana como um dos alicerces pelo qual se edifica a nossa República soberana, e, pelo outro, com o mesmo escopo sublinha-se o que seja a solidariedade ⁽²⁹⁷⁾. Eis aqui o cunho primeiro e axial traçado pelo compasso com que se esquivam as democracias constitucionais onde o Ocidente busca e encontra a sua influência sobre o mundo. Será certo que, como muito argutamente aponta e ensina José Manuel M. Cardoso da Costa, não consta expressamente do elenco dos direitos fundamentais um princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual se vislumbra por ex.º na lei fundamental alemã, a «inviolabilidade da pessoa humana». Mas isto apenas por vã aparência poderia fazer crer em uma suposta *desvalorização* enquanto princípio fundamental, pois, como avança o Mestre de Coimbra:

«... é mais do que isso, já que representa o «princípio de valor» que é o *fundamento* mesmo (e o 'critério') desses direitos e do respectivo catálogo ao qual confere uma 'unidade de sentido'.» ⁽²⁹⁸⁾

Tomo então a dignidade como fonte, como fundamento, de onde decorre entre o mais a correlação e o respeito pela individualidade do ser humano que ali encontra todo o vestuário com que mostra a sua genuína existência e destino voluntário, a demarcar-se como serviente da comunidade a que deve solidariedade —à qual o Professor de Coimbra dá indício do sinónimo fraternidade, como um dos referenciais da tripartição a que se associam a liberdade e a igualdade— e como pólo de atenção do Estado que o serve na institucionalização organizada dessa mesma comunidade.

⁽²⁹⁷⁾ A revisão constitucional de 1989 estabilizou a redacção deste artigo na seguinte fórmula: «Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.».

⁽²⁹⁸⁾ Cf. José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na jurisprudência Constitucional Portuguesas*, in AA.VV, *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho* (coord. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti), Ed. Dialética, São Paulo, 1999, pp. 191-199, a que tive acesso pela generosidade do A. a quem registo aqui a gratidão. Para outros desenvolvimentos cf. Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o próprio Corpo... cit.*, pp. 138 e ss. (radicalmente: 483 e ss., 498 e ss.).

Assim, a nossa CRP coloca a «dignidade da pessoa humana» em uma dimensão objectiva, visto que a assume até como critério de legitimidade do poder político estadual, seja fundacional, seja como princípio, seja como uma argamassa de todo o tecido social e organizacional ⁽²⁹⁹⁾. Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como húmus fundamental para que, universalmente, se lhe reconheça o fundamento de um cunho *bioconstitucional*. Neste sentido João Carlos Loureiro apresenta uma verdadeira definição do conceito, por si desenvolvido, de Bioconstituição, como:

“o conjunto de normas (princípios e regras), formal e/ ou materialmente constitucionais, que se centram na protecção da vida e da integridade física e psíquica e da saúde, bem como da tutela das condições naturais da existência da mesma. A bioconstituição é a constituição da vida humana (teoria personocêntrica, mas não indiferente à tutela dos animais e da natureza), dos seus pressupostos biológico-psíquicos-espirituais, bem como à condições naturais, que são pressuposto da existência e da qualidade de vida humana.” ⁽³⁰⁰⁾

A protecção da personalidade humana e da sua dignidade, liberdade e respeito encontram uma tutela alargada no texto fundamental, que, ainda assim não devo deixar de referir aqui, mesmo que sumariamente, decorrente da correlação com outros preceitos deste diploma. Nas relações externas preceitua-se o respeito e a protecção dos direitos humanos (cf. art. 7.º, n.º 1); todos os cidadãos portugueses possuem e merecem a mesma «dignidade social» (cf. art. 13.º, n.º 1); a vida humana é inviolável (cf. art. 24.º, n.º 1) tal como a integridade moral e física, aludido art. 25.º, n.º 1. Pelo art. 26.º são expressamente reconhecidos a todos os cidadãos os seguintes direitos especiais de personalidade: à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade ⁽³⁰¹⁾, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à

⁽²⁹⁹⁾ Neste sentido vai também o ensino de Maria Lúcia AMARAL, *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional*, Relatório do Tribunal Constitucional Português à 9ª Conferência Trilateral Portugal, Espanha e Itália (*Ponencia de Portugal en la IX Conferencia de Tribunales Constitucionales*), acessível via site do TC: «Biblioteca: Relatórios», in www.tribunalconstitucional.pt, tal como aponta também Jorge de MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª Ed., Almedina Ed., 2012 (ISBN 978-972-32-22010-0), p. 197: o princípio da dignidade não se oferece como direito fundamental a alimentar concretas e individualizadas pretensões subjectivas, mas antes constitui uma constelação com extrema utilidade para a «concretização e delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos», cf. Fernando CADILHA, in Ac. TC n.º 101/2009, de 03/03, viabilizando toda uma articulação, compreensão e consecução dos direitos fundamentais.

⁽³⁰⁰⁾ João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.*, Vol. I, p. 368,

⁽³⁰¹⁾ A autonomização destes direito de personalidade resultou da 4.ª revisão constitucional (Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro) e terá sido inserido «... com o objectivo de melhor den-

palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (n.º 1); abuso ou utilização contrária à dignidade humana de informações sobre pessoas e famílias (n.º 2); garantia da dignidade pessoal e identidade genética humana, face aos meios tecnológicos e à experimentação científica. No art. 27.º, n.º 1, garante-se o direito à liberdade individual, concretizada nos números e nos artigos seguintes, sobretudo com referência ao direito penal e, seguidamente, face a várias outras matérias: expressão e informação, imprensa, consciência, religião e culto, criação cultural, ensino, circulação, reunião e manifestação, associação e escolha profissional. A protecção da dignidade humana, designadamente dos direitos à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade pessoais e à capacidade civil, entre os demais, deve verificar-se mesmo perante circunstâncias excepcionais, como os casos de suspensão do exercício de direitos (estado de sítio ou estado de emergência) que os não deverão afectar (cf. art. 19.º, n.º 6), faculta o exercício de um direito individual de resistência contra qualquer ofensa ou agressão, desde que esteja comprometido o recurso à autoridade pública (cf. art. 22.º), e permite a responsabilização em termos civis, solidariamente, do Estado, demais entidades públicas e dos seus titulares, funcionários ou agentes, pela actuação no exercício das respectivas funções que viole os direitos, liberdades ou garantias. Com efeito, as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais são, de acordo com o artigo 18.º, n.º 1, deste diploma fundamental, normas preceptivas, *i.e.*, são directa e imediatamente invocáveis e aplicáveis, se necessário, junto e pelos tribunais, porque, como diz Guilherme de Oliveira: «têm a virtualidade de descer do lugar hierarquicamente mais alto em que se encontram para serem usadas no quotidiano das vulgares relações jurídicas em que nos envolvemos (...)»⁽³⁰²⁾.

sificar o quadro dos direitos pessoais»; objectivo que terá justificado neste aspecto o acordo partidário (entre o Partido Socialista e o Partido Social Democrata) que viabilizou a revisão (cf. anotações à CRP: Luís MARQUES GUEDES, *Uma Constituição moderna para Portugal...cit.*, p. 84). Sobre direitos fundamentais e direitos de personalidade, por todos, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...cit.*, pp. 372 e s. e PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade... cit.*; Sobre a liberdade religiosa, cf. Luísa NETO, *O Direito num Estado Plural*, pp. 187-210, in *Novos Direitos... cit.* João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.*, para os necessários desenvolvimentos e supressão de omissões.

⁽³⁰²⁾ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Prática Médica...*, *cit.*, p. 166. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais... cit.*, pp. 189 a 212 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria... cit.*, pp. 412 e ss.; e Paulo Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade...cit.*, pp. 229 e ss..

O artigo 8.º da CRP prevê a recepção automática ⁽³⁰³⁾ das normas de Direito Internacional — «expressão esta que abrange o costume internacional geral e os princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas, por um lado, e normas de direito internacional convencional, por outro lado» ⁽³⁰⁴⁾ —, no ordenamento jurídico interno ⁽³⁰⁵⁾.

Por esta via, após a sua publicação (cf. art. 8.º, n.º 2), entrou em vigor no direito português a Convenção para a protecção dos Direitos Humanos e da dignidade do ser humano em relação às aplicações da Biologia e da Medicina, cujo projecto é oriundo do Conselho da Europa, outorgada em Oviedo, no dia 4 de Abril de 1997, pelos dignitários representantes dos países subscritores ⁽³⁰⁶⁾. Esta Convenção, adiante designada pelas iniciais CDHBio (Convenção sobre os Direitos Humanos e da Biomedicina ³⁰⁷), traduz o resultado de quase vinte anos de trabalhos para «a construção de um instrumento jurídico comum, (...), com carácter universal, não fragmentado nem parcial, abarcando a Biomedicina e a Biotecnologia Humanas nos seus conjuntos»⁽³⁰⁸⁾.

⁽³⁰³⁾ Para o Direito Internacional Convencional, a recepção automática fica condicionada à prévia ratificação ou aprovação e à publicação, cf. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada...cit.*, pp. 83, anot. III.

⁽³⁰⁴⁾ Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...cit.*, p. 167. O artigo 8.º determina ainda a vigência directa na ordem jurídica interna das normas proferidas pelos órgãos competentes das organizações de que Portugal seja parte, desde que os respectivos tratados constitutivos o prevejam expressamente. Para outros desenvolvimentos, cf. por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria... cit.*, pp. 644 e ss., e, especialmente, 763 e ss..

⁽³⁰⁵⁾ Assim, tomando como exemplo a protecção da *integridade físico-psíquica*, cf. a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 5.º); o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (art. 7.º); e a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem (art. 3.º).

⁽³⁰⁶⁾ Portugal fez-se representar pela Ministra da Saúde, que outorgou a Convenção. Em 18 de Maio de 2000, foi deliberada em Conselho de Ministros uma resolução que aprova, para ratificação, a CDHBio, e ainda o Protocolo Adicional que proíbe a Clonagem de Seres Humanos, que havia sido aberto à assinatura em Paris, a 12 de Janeiro de 1998. Sobre estas deliberações, cf. *VJ*, 37 (Junho de 2000), pp. 19 e s..

⁽³⁰⁷⁾ A seguir a sugestão contida na Resolução da AR n.º 39/2013, o8/03, in *DR*, I, n.º 65, de 03 de Abril de 2013, será de reescrever: Convenção sobre os Direitos Humanos e da Biomedicina...

⁽³⁰⁸⁾ Cf. MARCELO PALACIOS, *Informe...cit.*, pp. 301-312.

O texto da convenção ⁽³⁰⁹⁾ dedica ao consentimento informado todo o Capítulo II, onde se define a necessidade de qualquer intervenção «no domínio da saúde» ser precedida de um consentimento informado e esclarecido, tal como o respeito pelo dissentimento (cf. art. 5.º). São estabelecidas regras gerais para as incapacidades (cf. arts. 6.º e 7.º), para o privilégio terapêutico (cf. art. 8.º), para o consentimento antecipado (cf. art. 8.º), e, ainda, regras especiais para a experimentação (cf. art. 16.º, n.º 5) e para os Transplantes de órgãos (cf. art. 19.º, n.º 2).

O trabalho do Conselho da Europa no âmbito dos esforços de uniformização do Direito biomédico, enquanto projecção de uma cooperação política e legislativa que prossegue a protecção dos direitos humanos é muito relevante, pelo que não é de admirar a importância decisiva das Convenções a que deu azo e do elevado número de recomendações produzidas nestas matérias, com influência nos ordenamentos internos da totalidade dos Estados membros da União europeia que o integram e dos Estados com estatuto de observador ⁽³¹⁰⁾.

⁽³⁰⁹⁾ O texto final do projecto, apresentado para apreciação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, encontra-se publicado no *JIB*, Junho 1996, n.º 2, vol. 7, pp. 118-121. Em língua portuguesa, cf. ainda PAULA MARTINHO DA SILVA, *CDHB, anotada...cit.*.

⁽³¹⁰⁾ O Conselho da Europa é uma organização inter-governamental, produto do direito internacional, foi constituída após a II GM, em 1949, com o escopo da defesa intransigente dos direitos humanos, sentido em que labora no sentido de produzir diplomas legislativos (convenções, recomendações, etc.) para além da escala ocidental e de leste onde predomina (47 Estados membros, onde pontificam todos os europeus, com excepção do Cazaquistão, da Bielorrússia e do Vaticano), procura atingir uma integração jurídica dos ordenamentos e práticas sociais revelantes no espectro geo-político onde se expande. Além dos Estados signatários encontram-se aceites como Estados Observadores: os EUA, o Canadá, a Santa Sé, o Japão e o México. Este estatuto permite assistir a reuniões dos órgãos bem como às reuniões dos grupos e participar em conferências (Assembleia Parlamentar e Conselho de Ministros). Uma das instituições chaves para a consecução dos objectivos do Conselho da Europa é o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), cujas sentenças possuem carácter vinculativo no âmbito da esfera dos Estados membros. Portugal foi o 19.º Estado a integrar o CE (22/09/1976). «A representação portuguesa no Comité de Ministros é assegurada pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros e pelo Representante Permanente de Portugal junto do Conselho da Europa. Na Assembleia Parlamentar Portugal tem 7 representantes. Portugal está também representado no Congresso dos Poderes Locais e Regionais e tem, ainda, um juiz no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.», cf. <http://www.dgpi.mj.pt>. Entre os diplomas fundamentais (logo o constituinte): Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1951); a Carta Social Europeia (1961); a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de carácter Pessoal (1981); a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos desumanos ou Degradantes (1987); e, sem esgotar, claro está, a CDHBio (1997). A produção de resoluções (RES) e recomendações (REC) fundamentais no campo do Direito

VI. § 3.º O texto Penal

A lei penal tutela um terreno em que se impõe um enorme rigor, por bulir com a apreciação e a censura de determinados comportamentos, pelo seu desvalor, por causarem perigo ou lesarem determinados bens jurídicos protegidos.

da Medicina (Direito Biomédico em geral), foi profícua; sem pretender esgotar: cf. Assembleia Parlamentar (AP): REC. 613 (1976) e REC. 779 (1976), sobre direitos dos doentes e dos moribundos; REC. 818 (1977) quanto aos doentes mentais; REC. 934 (1982) em matéria de engenharia genética; REC 1046 (1986) para a utilização de embriões e de fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais; REC. 1100 (1989): utilização dos embriões e fetos humanos em investigação científica; REC. 1159 (1991): regras comuns em autópsias; REC. 1160 (1991) elaboração da CDHBio; REC 1235 (1994): psiquiatria e direitos humanos; REC. 1240 (1994): protecção e patentes de material de origem humana; REC. 1399 (1999): xenotransplantação; REC 1418 (1999): protecção de direitos humanos e dignidade do paciente terminal; REC 1425 (1999): biotecnologia e propriedade intelectual; REC 1468 (2000): biotecnologia; REC. 1512 (2001): protecção do genoma humano; REC.1611 (2003): tráfico de órgãos na Europa; RES. 1352 (2003): investigação com células estaminais humanas; REC. 1726 (2005): violação dos direitos humanos na Líbia – tratamento desumano dos profissionais de saúde búlgaros.

E para o Conselho de Ministros (CE): RES.. (78) 29: harmonização das legislações dos Estados membros sobre colheita e transplantação de substâncias de origem humana; REC. R (79) 5, sobre transporte de substâncias humanas; REC. R (81) 1: regulamentação aplicável aos bancos de dados médicos automatizados; REC. R (83) 2: protecção jurídica dos pacientes com doenças mentais e os internados compulsivamente; REC. R (84) 16: medicina do trabalho (ADN); REC. R (90) 3: investigação médica em seres humanos; REC. R (90) 13: rastreio genético pré-natal; diagnóstico genético pré-natal e aconselhamento genético; REC. R (92) 3: testes genéticos e rastreio genético; REC. R (93) 4, ensaios clínicos envolvendo o uso de componentes e produtos derivados do sangue ou plasma; REC. (94) 1, bancos de tecidos humanos; REC. R (94) 11: rastreio e medicina preventiva; REC. R (97) 5: protecção de dados médicos; REC. R (97) 15: xeno-transplantação; REC. R (99) 3: autópsias médico-legais; REC. R (99) 4: protecção de adultos incapazes; REC. R (2001): listas de espera para transplante; REC. R (2002) 9: protecção de dados pessoais processados por seguradoras; REC. R (2003) 10: xenotransplantação; REC. R (2003) 24: organização de cuidados paliativos; REC. R (2004) 7: tráfico de órgãos; REC. R (2004) 8: bancos de células do cordão umbilical; REC. R (2004) 10: protecção dos direitos humanos e da dignidade dos pacientes com doença mental; REC. R (2006) 4: investigação com material biológico de origem humana; RES. AP (2007): boas práticas (distribuição de medicamentos e protecção da segurança do paciente e a qualidade dos produtos); CM RES (2008) 4: doação para transplante de fígado entre vivos adultos; CM RES (2008) 5: responsabilidade do dador e limitação da doação de sangue e de componentes sanguíneos; CM RES (2008) 6: transplante de rins de dadores vivos que não sejam geneticamente relacionados com o receptor; CM REC (2009)11: princípios relativos às DAV e procuradores de saúde; CM REC (2010) 6: «Governança» em sistemas de saúde públicos.

Como se tratam de matérias cuja *mobildade* é permanente é possível acompanhar a respectiva actualização através do endereço http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/default_en.asp »

É evidente a constatação de que a acção médica pode implicar a intrusão na esfera físico-psíquica do paciente. Sabemos também que a saúde e a integridade pessoal (a que adiante se adicionará a autodeterminação) são valores igualmente respeitáveis, necessariamente protegidos, mas eventualmente conflituantes por incompatibilidade, ou susceptíveis de se comprimirem, quando, não coincidindo a vontade do paciente com a intenção do agente médico, haja de fazer prevalecer um destes valores, conforme tem sido doutrina e jurisprudência ou, pelo contrário, ir sustentar em *balança e pesar* a correspondente convivência, como julgo visualizar dever ser feito ⁽³¹¹⁾.

⁽³¹¹⁾ Seguindo as *Lições* de Teresa QUINTELA DE BRITO in (AA.VV: *Direito Penal— Parte Especial: Lições, Estudos e Casos* /Teresa QUINTELA DE BRITO e Paulo SARAGOÇA DA MATA e João CURADO NEVES e Helena MORÃO, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1476-5), o art. 25.º da CRP (direito á integridade pessoal inclui a integridade física e a moral), ora, a necessária concordância axiológica entre a CRP e o DP «positivo» implica reconhecer que a integridade «inclui a integridade psíquica», pelo que «o equilíbrio espiritual pode ser afectado, sem que se consiga individualizar um momento prévio da lesão da integridade corporal», cf. pp. 496 e ss.. (nestes termos esta será igualmente afectada (sentido em que segue a A. invocando: Rui Pereira e Paula Ribeiro de Faria; ao contrário de Augusto de Silva Dias e Frederico da Costa Pinto). Já João CURADO NEVES, *ibid.*, pp. 522 e adiante 527, começa por excluir o consentimento do elemento objectivo do tipo, i.e., forçosamente o retira das *leges artis*, pelo que parece considerar ter sido em absoluta sede de autonomia que o legislador pretendeu salvaguardar o bem jurídico. Não deixa, contudo de considerar que: «Aqui o que se pretende evitar é o descuido no exercício das profissão, pelas consequências que tal poderia ter. Neste caso justifica-se a responsabilização em função do resultado danoso da inobservância das regras profissionais.», cf. p. 531, e, logo adiante (pág. seguinte), ao dissecar as *leges artis*, acata que estas incluem o consentimento como requisito nos termos e para os efeitos do preceituado no art. 150.º do CP, o que o leva a discorrer e a considerar que, então (sob pena de não fazer sentido a confrontação com o preceituado no art. 143.º por desvio das *leges artis*), o único raciocínio em conformidade com o pensamento legislativo é o de que o legislador pretendeu que o tipo de crime previsto no n.º 2 do art. 150.º seja susceptível de ser perpetrado com violação das *leges artis*: como tipo autónomo, destacável, das ofensas á integridade física (pp. 536 e ss.), e, digo eu então: concomitante com o tipo do art. 156.º do CP? Que pensar sobre isto, pois persisto no que já ponderei, a saber: O *concurso real* implica várias acções destinadas a vários tipos de crime, distinguindo-se do *concurso ideal* uma vez que este decorre de uma simples acção que poderá violar várias vezes a mesma norma jurídica, denominando-se então *concurso ideal homogéneo*; ou violando uma pluralidade de normas jurídicas, tomará a denominação de *concurso ideal heterogéneo*. Poderá acontecer, no entanto, que o preenchimento de vários tipos de crime surja apenas aparentemente; assim será quando as respectivas normas estejam em relação de hierarquia ou subordinação por forma a excluírem-se. Trata-se do *concurso aparente de infracções*, surgido por força de relações de *especialidade*, de *consunção*, pura ou impura, de *subsidiariedade* ou de *alternatividade*. Por outro lado, mesmo perante um único tipo legal violado, poderá ocorrer uma pluralidade de juízos de censura como resultado de uma pluralidade de resoluções do agente, circunstâncias que se reconduzem ao *concurso real* ou *ideal*; ou de uma só resolução prolongada no tempo, que abranja um ou vários tipos de crime cujo bem jurídico protegido seja fundamentalmente o mesmo, se a actuação do agente for homogénea e for enquadrada

Antecipando um pouco o *nó górdio* sobre o qual estou convencido que haverá que matutar, ensina Manuel da Costa Andrade existir um novo paradi-

numa mesma solicitação exterior que diminua consideravelmente a sua culpa. Estaremos então perante um *crime continuado* (cf. art. 30.º do Código Penal). Sobre esta questão sigo EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...cit.*, II vol. pp. 17 e ss., para onde remeto os necessários desenvolvimentos. Para a verificação da existência de concurso real de crimes tem considerado o STJ — em concordância com o critério teleológico subjacente ao art. 30.º — [como ensina o Professor Eduardo Correia: «a unidade ou pluralidade de tipos legais a que pode subsumir-se uma certa relação da vida constitui o critério decisivo para se fixar a unidade ou pluralidade de infracções» (cf. ID, *op. cit.*, II vol., p. 203). Pois é este critério de fixação que se denomina teleológico (cf. ainda ID, *ibid.*, p. 200 e s.) — que deve atender-se «aos fins visados pela incriminação das normas violadas» e não «aos fins processados pelo agente» — [Cf. Ac. de 30/11/95, *Col. Jur. — Ac. STJ*, 1995, t. III, p. 248 e ss.: decidiu-se existir concurso real de infracções entre os crimes de peculato e o de destruição de documentos, uma vez que o primeiro tipo visa proteger os bens da entidade ofendida e o segundo visa o valor probatório dos documentos.] —. Todavia, no campo oposto, devo considerar se a verificação de um concurso aparente de crimes poderá resultar, entre o mais, da apreciação em concreto — tal parece ser o significado da expressão *efectivamente cometidos* na letra da lei, cf. art. 30.º, n.º 1 — da existência de uma só resolução criminosa quanto ao preenchimento de vários tipos, mesmo que estes visem salvaguardar diferentes bens jurídicos, quer quando seja plausível a coincidência num destes tipos da protecção de mais do que um bem jurídico (exactamente existente no outro tipo com o qual se quer estabelecer o concurso), quer se puder equacionar o regime de subordinação ou hierarquia dos bens jurídicos concretamente protegidos (caso em que ao preenchimento do tipo de crime se poderá associar uma qualificação, uma maior censura pelo desvalor correspondente). Isto explica não encontrar na jurisprudência ou na doutrina quem defenda existir um concurso real entre os crimes de homicídio e de dano nos casos de homicídios perpetrados com armas perfurantes que, forçosamente, tenham implicado danos na roupa da vítima. Acontece que o fim de protecção dos bens da vítima não é despoletado pela resolução do agente, enquanto o bem jurídico correspondente não surja ameaçado com autonomia em relação ao outro bem jurídico (a vida). Mas será que a convivência da protecção de bens jurídicos num determinado tipo significa sempre a exclusão, por concurso aparente, de outros tipos que visem uma protecção autónoma de bens jurídicos protegidos igualmente naquele tipo? Pois julgo poder responder pela negativa. Assim não acontecerá quando a agressão ao bem jurídico protegido pela norma demande autonomia. — [Para este ponto da matéria é exemplar o Ac. do STJ de 14/05/97 in *Col. Jur. — Ac. STJ*, 1997, t. II, pp. 205 e ss., até pela doutrina e vasta jurisprudência citadas, que decidiu a existência de um concurso ideal por consunção de um crime de sequestro por um crime de roubo, considerando, em síntese, por um lado, que uma vez consumada a apropriação dos bens não permaneceu o ofendido privado da liberdade (não se despoletou com autonomia plena a ofensa autónoma do bem jurídico protegido pelo tipo de crime de sequestro); por outro lado, como ali se afirma — invocando o ensino do Professor Eduardo CORREIA, in *Teoria do Concurso em Direito Penal*, Coimbra, 1963, pp. 130 e s. —: «porque o crime de roubo protege igualmente a liberdade de deslocação e movimentação da vítima».]. Os crimes de «ofensas à integridade física visam», e, ainda, da liberdade da pessoa, sentido em que o consentimento surge com relevância na livre disponibilidade a que alude o art. 149.º do CP, sendo certo que este consentimento se encontra mais perto da justificação e da sua relevância (enquanto manifestação de liberdade) em relação à ilicitude de uma ofensa à integridade física.

gma emergente no *Direito Penal Médico* ⁽³¹²⁾ segundo o qual se opõem um paradigma *herdado* a que farei em seguida uma abordagem, até pela solução profundamente inovadora —e sobrevivente— com que alimentou a legislação penal portuguesa, a um novo que se vislumbra perante problemas. De acordo com aquele:

«Na sua expressão eidética e canónica (...) analisa-se em dois enunciados basilares e complementares: a) A intervenção médico-cirúrgica - medicamente indicada, realizada por médico, segundo as *leges artis* e com *animus curandi* - não preenche, qualquer que seja o seu resultado, a factualidade típica das Ofensas corporais ou do Homicídio. b) A intervenção médico-cirúrgica realizada sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, é incriminada e punida como um crime autónomo contra a liberdade. O crime de Intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (a *eigenmächtige Heilbehandlung* na linguagem germânica).» ⁽³¹³⁾

Todavia, o Mestre aponta igualmente como factos emergentes a massificação das relações (com intervenções progressivamente mais alargadas ³¹⁴), uma diluição do modelo de confiança, o silenciamento dos procedimentos em ambiente institucional a alterar todo o quadro que permitiu construir o que foi construído. A protecção individual sofrerá muito provavelmente —a assim parece ter vindo a acontecer— uma ampliação concorrente, a de um direito da medicina de braços abertos para a *segurança do paciente*, para a detecção e defesa de riscos ⁽³¹⁵⁾; para uma análise do que valem as partes do corpo humano, sejam fisiológica e biologicamente humanas, sejam incorporáveis no corpo humano (como implantes, etc.); tudo, e o mais que virá, a aduzir para que se verifique uma «*re-conformação de bens jurídicos*» onde a intervenção se pode diluir em termos axiológicos —vontade hipotética— ou,

⁽³¹²⁾ Seguirei de perto neste parágrafo os ensinamentos de Manuel da COSTA ANDRADE, *O direito penal médico em mudança*, texto acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.defensesociale.org%2F%2F11.pdf&ei=y03oU_2lN-GzoQXr6YGwDw&usg=AFQjCNHTPSx2_dGY4G5XuFRglRK2N--Png&sig2=O2eMn9M3l6f2XgHoJVjn4w&bvm=bv.73231344.d.ZGU

⁽³¹³⁾ Cf. ID, *op cit*, p. 90.

⁽³¹⁴⁾ Sobre a questão cf., sem esgotar, Sónia FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, CDBM|FDUC, n.º 13, Coimbra Ed., 2008, *passim*.

⁽³¹⁵⁾ Sobre esta matéria, cf. Paula BRUNO,; *Reporting incidentes and adverse events in legislative or not?*, in *LexMed*, N.º Especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 277-290; Sónia FIDALGO: *Team Work and Patient Safety: is the surgeon captains of the ship*, in *LexMed*, N.º Especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 153-163; Paula BRUNO,; *Registo de Incidentes e Eventos Adversos* Paula Bruno, *Registo de Incidentes... cit*.

como será mais prudente ponderar, agudizar-se já que os padrões de normalidade, tornando-se mais opacos e mais céleres, ficam objectivamente mais descartáveis, logo, a demandar da esfera social uma diligência muitíssimo superior aos dois bens em referência, cuja separação, confesso, vejo fundir-se⁽³¹⁶⁾. Neste último sentido, que me parece algo divergente do que anima o bom e sábio Mestre, partilho contudo a conclusão:

⁽³¹⁶⁾ Veja-se contudo para outros desenvolvimentos, Helena MONIZ, *Risco e negligência na prática clínica*, in *RMP*, 130, abr.-jun, 2012, pp. 81-100, que aponta certamente uma dificuldade de monta ao preceituado no art.150.º, n.º 2 do CP, uma vez reponderada de *lege ferenda* a negligência: tratando-se de um crime de perigo, existirá forçosamente que apontar a violação do dever de cuidado a, por ex.º, membro da equipa médica que intervenha e que agirá sob recíproca relação de confiança; mas, mesmo em relação ao profissional de saúde concreto, a mera violação do dever de cuidado devido terá de passar por um crivo algo apertado, a saber: «(1) o relevo do bem jurídico lesado (ou colocado em perigo) e as possibilidades de êxito do tratamento; (2) a prova de necessidade de recurso a tratamentos que se afastam dos cenários tradicionais de tratamento; (3) a urgência da intervenção, (4) o grau de complexidade da intervenção, e (5) as circunstâncias de tempo e lugar em que está a ser realizada a intervenção, 6) os meios disponíveis, o grau de especialização que aquele ato medico exige, a competência do medico que a realiza e os conhecimentos e capacidades especiais/superiores do medico», p. 92, pois é necessário imputar o resultado ao comportamento.» Neste sentido, conclui, e fora do caso especialíssimo de um profissional especializadíssimo que actua nas margens de um comportamento alternativo cuja previsibilidade sobre um aumento de perigo ainda seria conjecturável habilitaria a dispor de um tipo de crime, que, assim, fica algo *inútil*, «enquanto norma geral e abstracta». No mesmo sentido segue Andreia Raquel da COSTA ANDRADE, *Atipicidade da Conduta Médica? Tentativa de (re)compreensão* (dissertação de mestrado: aguarda publicação no CDBM|FDUC, Coimbra Ed.). assenta a A., entre outros, no seguinte pressuposto essencial: o de que o resultado no crime negligente desta natureza tem de ser consequência da criação de um perigo proibido (porque ocorreu a violação de um dever de cuidado)», colocando de fora —e assumidamente— a prática da *prestação ilícita* considerada em si, uma vez a previsibilidade seja inerente, pois é a realização do acto que preenche a necessidade da previsibilidade. E é isto, na minha humilde opinião que está sempre em causa na prestação de um profissional de saúde e à luz do que deve ser reponderado o preceito. É que, caso contrário, nunca —ou em casos raríssimos— a previsibilidade do resultado perigo é imputável a uma conduta com violação de um dever de cuidado (as rabanadas de vento anunciadas à descolagem de um avião). Na actuação dos prestadores dos cuidados de saúde existem sempre perigos concorrentes; mas a intervenção correctamente concretizada em paciente cuja idade e condições cardíacas significam risco acrescido, leva-se a considerar que este desvio vale por si só quanto ao aumento de perigo, cujo resultado se verifique, verificando-se. Esta a questão que tenho de ponderar sobre o aumento intolerável do perigo: é a sua verificação mediante contribuição adequada de um comportamento, por si só censurável, cujo desvio o potenciou. A verificação do resultado apenas despoleta a censurabilidade, tal qual o excesso de velocidade em condução perigosa sem sequela só se concretiza em tipificação, verificando-se uma fiscalização. De todo o modo, há que convir que o preceituado no art. 150.º, n.º 1, do CP pode revelar-se complicado, a um tempo pelos requisitos que integram as *leges artis*, tal como o sentido e alcance de outro conceito indeterminado: o de intuito terapêutico: o *animus curandi*. À luz do que me concerne: do teste da recusa, o tipo de crime serve, uma vez integre as *le-*

«É que, revertendo à alegoria de MERKEL, por detrás da nova folhagem com que a Primavera vai vestindo o Direito Penal Médico, persiste a mesma árvore. Ontem como hoje alimentada pela seiva dos mesmos e últimos valores: a preservação da vida e a libertação da dor no respeito pela autonomia e pela intangível dignidade da pessoa.» ⁽³¹⁷⁾

Mas como se solucionou o problema inicial? ⁽³¹⁸⁾ Construir ali uma regra geral constituiu uma dificuldade que podemos ilustrar recorrendo às seguintes palavras com que o Professor Eduardo Correia sintetizou as opções para a consagração jurídico-positiva das intervenções médico-cirúrgicas:

«Segundo uns, as intervenções médicas não cabem no tipo da ofensa da integridade física ou no de homicídio; segundo outros, as intervenções são típicas mas assiste-lhes uma causa de justificação baseada no consentimento; ainda segundo outros, as intervenções médicas estão abrangidas pelo exercício de um direito profissional dos médicos. A última solução repugna-nos, por representar uma entrega total desta matéria a critérios médicos. A segunda é insuficiente, na medida em que mantém o carácter típico das intervenções médicas. Resta-nos a primeira solução» ⁽³¹⁹⁾.

No domínio do CP de 1852, e das sucessivas alterações ao seu texto fundamental ⁽³²⁰⁾, a doutrina qualificava as intervenções médico-cirúrgicas como

ges artis ad hoc, tão logo porquanto surte efeitos na integridade pessoal, bastando-se com o respectivo incremento: que é inevitável (existe sempre) verificando-se intervenção —levada até a cabo nos demais aspectos *técnicos* de modo correcto— que nunca deixará de ser causa directa do desrespeito pela vontade a que o médico deve respeito para a sua intenção terapêutica. Sobre esta matéria cf. ainda Teresa QUINTELA DE BRITO in AA.VV: *Direito Penal— Parte Especial: Lições, Estudos e Casos* /Teresa QUINTELA DE BRITO e Paulo SARAGOÇA DA MATA e João CURADO NEVES e Helena MORÃO, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1476-5), pp. 492 e ss.; 503 e ss.

⁽³¹⁷⁾ Manuel da COSTA ANDRADE, *O direito penal médico em mudança*, texto acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.defensesociale.org%2F02%2F11.pdf&ei=y03oU_2lN-GzoQXr6YGwDw&usq=AFQjCNHTPSx2_dGY4G5XuFRglRK2N--Png&sig2=O2eMn9M3l6f2XgHoJvJn4w&bvm=bv.73231344.d.ZGU

⁽³¹⁸⁾ Sigo o que escrevi em o *Consentimento... cit.*

⁽³¹⁹⁾ Cf. as actas da 5.ª sessão da Comissão Revisora do projecto da parte especial do Código Penal, de 26 de Março de 1966, *apud* MAIA GONÇALVES, *Código Penal Anotado...cit.*, (8.ª ed.) anot. 2 ao art. 150.º, p. 592. Vejam-se alguns desenvolvimentos sobre esta questão em Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilícitude... cit.*, pp. 427 e ss., *maxime* nota 28; e cf. J. FIGUEIREDO DIAS/J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica... cit.*, pp. 67 e ss..

⁽³²⁰⁾ Refiro-me fundamentalmente à Lei de autorização legislativa de 14 de Junho de 1884, na sequência da qual se operou a revisão do Código de 1852 e foi publicado o CP de 1886. Sem curar de exaurir a indicação dos diplomas posteriores, sirvam de exemplo: o Decreto de 20 de Abril de 1911, o DL n.º 18 588, de 10 de Julho de 1930, o DL n.º 20 146, de 1 de Agosto de 1931, o DL n.º 32 832, de 7 de Junho de 1943, o DL n.º 35 015, de 15 de Outubro de 1945, o DL n.º 36 387, de 1 de Julho de 1947, o DL n.º 39 688, de 5 de Junho de 1954, o DL n.º 41 074, de

ofensas corporais justificadas «por traduzirem o exercício de um dever imposto por lei» razão pela qual seriam actos lícitos ⁽³²¹⁾. O consentimento do doente era tido como elemento necessário (para certos actos que, em outras circunstâncias, seriam ofensas corporais), mas não suficiente, na medida em que poderia ser dado para uma intervenção proibida ou violadora das *leges artis* ⁽³²²⁾, e, neste sentido, não funcionaria como causa de justificação. Mas, seria lícita a actuação médica contra a vontade do paciente? A questão foi colocada entre nós, em 1945, por José Calvet de Magalhães ⁽³²³⁾. Depois de abordar os tipos de crime previstos no CP sobre a protecção da liberdade das pessoas ⁽³²⁴⁾, concluía este A. pela impossibilidade de tipificação fora dos requisitos específicos próprios destas figuras e que transcendiam a pureza da questão prefigurada. Contudo, entendia que a actuação médica contra a vontade do paciente, ainda que processada de acordo com as regras profissionais, acarretava para o seu autor responsabilidade penal. Invocava o mecanismo do art. 368.º do CP de 1852, que punia o cometimento de homicídio involuntário (por identidade de razão seria aplicável igualmente o art. 369.º quanto a ferimentos ou de quaisquer efeitos das ofensas corporais) ⁽³²⁵⁾ por

17 de Abril de 1957, o DL n.º 41 736, de 17 de Julho de 1958, o DL n.º 44 202, de 21 de Fevereiro de 1962, o DL n.º 184/72, de 31 de Maio, o Dec-Lei n.º 193/75, de 12 de Abril, o DL n.º 594/76, de 23 de Julho, o DL n.º 625/76, de 28 de Junho, o DL n.º 371/77, de 5 de Setembro, e a Lei n.º 15/77, de 24 de Fevereiro, diplomas que, com maior ou menor profundidade, introduziram alterações ao CP. Cf. MAIA GONÇALVES, *Código Penal anotado... cit.*, 5.ª ed..

⁽³²¹⁾ Cf. BELEZA DOS SANTOS, *Lições... cit.* (coligidas por F. Gaitto), p. 150, e, por todos, Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo... cit.*, p. 451, que remete para demais bibliografia relevante sobre a matéria. A justificação constava do art. 44.º, n.º 4, do Código Penal da 1852.

⁽³²²⁾ Cf. BELEZA DOS SANTOS, *Lições... cit.* (coligidas por F. Gaitto), p. 150.

⁽³²³⁾ Cf. José CALVET MAGALHÃES, *op cit.*, p. 60 e ss.. Este A. dava notícia de que no § 281 do projecto do Código Penal alemão de 1930, se estabelecia o «tratamento curativo arbitrário» como novo delito contra a liberdade das pessoas. Todavia, o tipo de crime não chegou ao ordenamento positivo alemão: cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo... cit.*, pp. 400 e ss..

⁽³²⁴⁾ Tratavam-se dos crimes de *violências contra a liberdade* (arts. 328.º e 329.º) e de *cárcere privado* (arts. 330.º e 335.º).

⁽³²⁵⁾ A redacção destes preceitos era a seguinte: Art. 368.º: «O homicídio involuntário que alguém cometer ou de que for causa por sua imperícia, inconsideração, negligência, falta de destreza ou falta de observância de algum regulamento, será punido com a prisão de um mês a dois anos e multa correspondente. / § único: O homicídio involuntário que for consequência de um facto ilícito, ou de um facto lícito, praticado em tempo, lugar ou modo ilícito, terá a mesma pena, salvo se ao facto ilícito se dever aplicar pena mais grave, que neste caso será somente aplicada». / Art. 369.º: «Se pelos mesmos motivos, e nas mesmas circunstâncias, alguém cometer ou involuntariamente for causa de algum ferimento ou de qualquer

quaisquer actos ilícitos praticados por negligência, independentemente de estar declarada a sua punibilidade na lei. Este quadro, embora discutido na doutrina, era configurável até à reforma penal introduzida pelo DL n.º 39 688, de 5 de Junho de 1954 ⁽³²⁶⁾. Assim, afirmava Calvet de Magalhães, eram ilícitos e puníveis criminalmente actos de natureza civil. Ora, da lei civil extraía-se o reconhecimento do direito fundamental à existência, compreensivo do direito à vida e à integridade física, e do direito de liberdade, abrangendo o livre exercício do pensamento, expressão e acção (cf. arts. 360.º e 361.º do C.Civ de 1867, respectivamente); e deste livre exercício de acção resultava, como direito originário, a habilitação para praticar livremente quaisquer actos. Constatava ainda este A. que a lei não estipulava o exercício da medicina contra os direitos dos pacientes, antes pelo contrário, no CCiv colhia exactamente como essência dos contratos o consentimento das partes ⁽³²⁷⁾. Tudo ponderado, concluía pela necessidade de o médico obter o consentimento do paciente para exercer a sua profissão, pelo que todos os tratamentos efectuados contra a vontade do doente ou do seu representante legal, seriam, «... em princípio, ilícitos, podendo acarretar consigo a responsabilidade penal» ⁽³²⁸⁾. E, de seguida, equacionava alguns problemas ligados às actuações urgentes e ao privilégio terapêutico, acabando por admitir a possibilidade de intervenção contra a recusa do paciente em caso de verificação de um *estado de necessidade* ⁽³²⁹⁾. Tanto quanto apurei, esta exposição constituiu, entre nós, um pródromo doutrinário do tratamento penal do consentimento para a actividade médica. Mas seria por força do génio do Professor Eduardo Correia que

dos efeitos das ofensas corporais declarados na secção antecedente, será punido com prisão de três dias a seis meses, ou somente ficará obrigado à reparação, conforme as circunstâncias, salva a pena da contravenção, se houver lugar».

⁽³²⁶⁾ Neste sentido: cf. BELEZA DOS SANTOS, *Lições...cit.* (coligidas por J. Seabra de Magalhães e F. Correia das Neves), pp. 125 e ss., *maxime* 129. Ensinava este prestigiado Professor que a discussão até à reforma da redacção do art. 110.º pelo decreto de 1952 (que fixou a punibilidade dos crimes meramente culposos apenas «... nos casos especialmente declarados na lei»), se estabelecia entre quem defendia que a punição das infracções negligentes ocorria em termos gerais ou só nos casos especialmente indicados na lei.

⁽³²⁷⁾ O exercício da actividade médica pode ser contratado como prestação de serviços, que, no Código Civil de 1867, se encontrava regulada no art. 1409.º.

⁽³²⁸⁾ Cf. José CALVET MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 66.

⁽³²⁹⁾ ID, *ibid.*, p. 69 e ss..

esta matéria passaria a ser objecto de previsão autónoma como tipo de crime (cf. arts. 162.º e 163.º do Projecto de 1966 do CP) ⁽³³⁰⁾.

VI. § 3.1 O direito positivo actual.

A actuação dos prestadores de cuidados de saúde possui na redacção actualizada do CP português uma regulamentação integrada e complementar ⁽³³¹⁾, cujo resultado se manifesta especialmente num *triângulo* normativo constituído pelos artigos 150.º, sobre *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*; 156.º, sobre *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* e 157.º, sobre o *Dever de esclarecimento* ⁽³³²⁾. Mas esta configuração não esgota a constelação dos actos médicos susceptíveis de desencadear uma protecção penal. É o que se verá adiante, ao correr da meada. A actuação médica prosseguida com *finalidade terapêutica* e com respeito pelas *leges artis medicinae* não preenche o tipo das ofensas à integridade física ⁽³³³⁾. Com efeito, o artigo 150.º, n.º 1, do CP estabelece expressamente:

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

Em rigor, para que a intervenção médica tenha qualificação terapêutica, deverão coexistir os seguintes elementos: carência no estado da integridade

⁽³³⁰⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo... cit.*, pp. 451 e ss..

⁽³³¹⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...cit.*, § 1.º ao art. 150.º, p. 302.

⁽³³²⁾ Omito a evolução das redacções destes preceitos mercê do respectivo confronto entre o projecto do Professor Eduardo Correia (em rigor tratam-se de dois projectos: a parte geral de 1963 e a parte especial em 1966), o Código de 1982 (DL n.º 400/82, de 23 de Setembro) e as sucessivas alterações introduzidas pelos diplomas seguintes que vieram modificar o Código, entre os quais: a Lei n.º 6/84, de 11 de Maio; o DL n.º 101-A/88, de 26 de Março (ao abrigo da Lei n.º 43/87, de 28 de Fevereiro); o Dec-Lei n.º 48/95, de 15 de Março (ao abrigo da Lei n.º 35/94, de 15 de Setembro) e Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro. Sendo certo que relativamente aos preceitos em referência, avultam apenas os dois últimos diplomas.

⁽³³³⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo... cit.*, p. 450. Mas não exclusivamente, como pugna Teresa QUINTELA DE BRITO IN AA.VV: *Direito Penal— Parte Especial: Lições, Estudos e Casos... cit.*, pp. 496 e ss.;

pessoal; indicação médica; respeito pelas *leges artis ad hoc* ⁽³³⁴⁾; qualificação técnico profissional do interventor ⁽³³⁵⁾; e visar uma teleologia médico-medicamentosa ⁽³³⁶⁾.

Como já referi, a questão da tipicidade e da justificação do art. 150.º do CP constitui razão para forte ponderação em termos não apenas dogmáticos mas pragmáticos ⁽³³⁷⁾.

⁽³³⁴⁾ Existem aqui separações conceptuais: *leges artis medicae* (são as regras gerais da ciência médica); *leges artis (ad hoc)* — respeitando o que sobre este aspecto acuradamente distingue Álvaro CUNHA RODRIGUES— as regras específicas suscitadas pelo visado; indicação médica, as considerações técnicas, concretas, que o profissional de saúde entende poderem ser levadas a cabo no paciente... o que permite integrar agora, com maior latitude intervenções cuja natureza previamente terapêuticas, em termos de necessidade para *debelar um mal*, são menos nítidas.

⁽³³⁵⁾ Será óbvio pressuposto da actuação médica a qualificação técnico-profissional legalmente reconhecida para os respectivos agentes. Todavia, se pensar na variedade de actos médicos e na respectiva importância, cedo nos apercebemos da necessidade de tipificação legal autorizante para os vários agentes em relação às classes de actos. Basta imaginar um estudante do último ano de licenciatura em medicina a realizar (sob vigilância ou não de um médico) uma pequena cirurgia, o que parece aceitável, ou a concretizar um transplante de órgão vital... É possível obter uma visão geral sobre a variedade das classes e funções dos vários agentes médicos em PAULA LOBATO DE FARIA, *O Regime jurídico da saúde...cit.*, pp. 541 e ss..

⁽³³⁶⁾ Designo indiferentemente intuito terapêutico ou indicação terapêutica.

⁽³³⁷⁾ E em termos puramente pragmáticos, no esforço da concretização do direito caso concreto, curiosa é a conclusão de um Juiz se deparar frente às *leges artis* com uma emanação penal «em branco» no tipo de crime de que trato. José TOMÉ DE CARVALHO, *inspirado* na sentença proferida proc. n.º 2/02.2PBPTG (2.º Juízo do TJ de Portalegre), publicou o trabalho intitulado: *Descrição e Prova dos Factos nos Crimes por Negligência. Especificidades no domínio da Negligência Médica*, de onde retiro o seguinte trecho: «Se todos nós conhecemos minimamente o acto de conduzir e, por isso, abdicamos da soma de processos naturais que compõem o conceito, já o mesmo não sucede com o acto médico. Se é supérfluo e perfeitamente dispensável descrever todos os actos mecânicos e físicos necessários a colocar em marcha o veículo, na violação das *leges artis* devemos ser exaustivos e rigorosos na definição dos procedimentos deficientes e no anúncio do comportamento lícito alternativo e da idoneidade deste para evitar o resultado danoso. / Na avaliação da qualidade do acto médico pode assumir extrema relevância saber se o diagnóstico era sustentado, se houve uma correcta avaliação dos meios complementares de diagnóstico, se foi ordenada a repetição de exames inconclusivos, se os medicamentos prescritos revelavam eficácia para combater a situação clínica, se foram disponibilizados todos os instrumentos técnicos ou farmacológicos necessários ao sucesso do acto médico, se os tratamentos previamente adoptados eram os compatíveis com a intenção curativa, se a operação seguiu os registos protocolares, se foram esterilizados os instrumentos cirúrgicos, se o médico dispunha de formação para a avaliação e realização do acto médico, se a informação prestada pelo paciente era real. / Por isso, é indiscutível que não basta dizer que determinada conduta violou as *leges artis*. Deve ser explicitada a qualidade e o modo em que ocorreu a violação, deve ser avançado qual era o comportamento social e tecnicamente devido, deve ser demonstrado que o arguido tinha

Em termos dogmáticos clássicos *clássicos*, se a actuação (*intervenção ou tratamento*) for conduzida com intenção terapêutica, mas com desrespeito pelas *leges artis (ad hoc)*, de modo a criar *desse modo* (isto é, por força do desvio da conduta) um perigo para a vida ou *grave ofensa para o corpo ou para a saúde*, serão punidos os respectivos agentes *com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal* (cf. art. 150.º, n.º 2). Seguindo os ensinamentos de Costa Andrade, com o tipo de crime de perigo introduzido pela reforma de 1998 o legislador quis «... assumidamente alargar o arsenal de meios punitivos dos ilícitos imputáveis aos médicos»⁽³³⁸⁾. A justificação residia ainda na salvaguardada da exigibilidade do emprego de diligência na actividade.

Por seu turno, as necessidades envolvidas com os serviços de saúde implicam nos nossos dias uma progressiva complexidade que envolve meios humanos e estruturas de dimensões crescentes, o que tem efeitos na relação entre o paciente e o agente médico. Perante aquele surge cada vez menos um agente médico visível e tutelar da actuação profissional e cada vez mais uma pluralidade de pessoas que se sucedem no respectivo processo. Ao consequente distanciamento terá querido o legislador opor uma acrescida responsabilização pelos riscos inerentes para o paciente.

VI. § 3.2 A questão terapêutica e a indicação médica

Se a violação das «regras da arte» for acompanhada da ausência de intuito terapêutico, a intervenção e/ou o tratamento médico correspondentes podem, quando praticados com dolo, preencher o tipo de crime de *ofensa à integridade física: simples* (cf. art. 143.º), ou com as respectivas agravações, se concorrerem as circunstâncias qualificativas previstas nos arts. 144.º (*Ofensa*

capacidade para evitar a causação do resultado.», in *Revista do CEJ*, n.º 11, Julho, 2009 (ISSN 1645-829X).

⁽³³⁸⁾ Manuel da COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...cit.*, § 27 ao art. 150.º, pp. 312 e s.. Após a reforma de 1995 e até à reforma introduzida pela Lei n.º 65/98, de 02/09, a violação das *leges artis* só integrava um ilícito penal se se verificasse uma ofensa no corpo ou na saúde do paciente. Neste sentido, cf. Ac. RP de 11/11/98, in *BMJ* n.º 481 (1998), p. 543, no qual, muito embora se tenha considerado o tipo de crime como de resultado, se aceitou que pudesse ser praticado por omissão e que o dever do médico em actuar decorre da aceitação do doente, *independentemente de qualquer vínculo contratual*.

... grave), 145.º (*Agravação pelo resultado* — morte ou ofensa grave prevista no preceito anterior.) e 146.º (*Ofensa... qualificada*); ou privilegiada, cf. art. 147.º (que remete para a *compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa*, previstos no art. 133.º). Se a intervenção e/ou o tratamento forem praticados com negligência, podem preencher o tipo de *Ofensa à integridade física por negligência* (cf. art. 148.º). Todavia, o juiz poderá julgar dispensada a pena caso se tenha demonstrado que o médico estava «... no exercício da sua profissão e do acto médico não» — tenha resultado — «doença ou incapacidade para o trabalho por mais de oito dias» (cf. art. 148.º, n.º 2, al. a)).

O mesmo se diga para o caso em que foram respeitadas as *leges artis* mas a intervenção foi praticada sem intuito terapêutico. A questão hoje em dia está obviamente no sentido e alcance desta expressão. Deve ou não ser acompanhada de uma indicação médica? E sobretudo, não será antes em conceito a construir em torno do que seja indicação médica que pode fazer sentido o art. 150.º, n.º 1 do CP?

Na verdade, a questão não se apresenta nada simples: a experimentação pura; os transplantes mais *agressivos*, as intervenções cosméticas tidas como absolutamente fúteis; todavia, fora de um quadro positivo estrito, em qualquer situação causa impressão que existindo uma avaliação por parte de prestadores de cuidados de saúde em caso de transplante —regularmente processado— estejam a preencher um tipo de crime e a actuar simultaneamente fora de um tipo de crime (consoante a intervenção seja no dador e no beneficiado), existindo um preceito como o art. 150.º, n.º 1, do CP, destinado a excluir da esfera penal as intervenções médico medicamentosas cuja indicação é fundamental para circunscrever uma actuação em conformidade com o reduto dos bens jurídicos a proteger com superior afinco. A indicação médica pode ser premente ou longínqua —a circuncisão masculina ou a extirpação de um sinal— como pode ser directa ou indirecta —uma experimentação ou transplante agressivos dos quais beneficiarei terceiros; bondade de que me beneficio.

Como impressão faz que determinadas intervenções que se vão banalizando, no que é uma nítida recuperação das condições físico-psíquicas prévias — por mais menos bizarras que surjam a uns ou outros consoante o respectivo carácter ou feitio— sejam reputadas como intervenções de vaidade. Em rigor, se o que é pretendido é afastar dos *terrenos* do Direito Penal as espessuras

desnecessárias da moralidade volátil da actualidade, então impõe-se tão só considerar a existência de uma indicação técnica e ética de um prestador reconhecido e certificado de cuidados de saúde e uma aferição pontual do grau de necessidade de carência da intervenção para os mais diversos fins (até para efeitos do SNS). no Direito Penal seguramente os limites serão os mínimos e a intervenção igual e coerente. O demais será a responsabilidade do caso concreto com uma certificação *completa* das *leges artis ad hoc* e nos parâmetros que o grau de risco e (des)necessidade terapêutica impliquem.

VI. § 3.3. De regresso ao direito positivo

De qualquer sorte, até que tanto mereça revisão, que há-de merecer a quem pela dogmática envolvida a uma atenção acrescida, tenho o seguinte: nestes últimos casos, o consentimento terá o condão de justificar a lesão da integridade física em todas as suas manifestações, a saber: «como *direito à integridade pessoal* (não ser molestado, nem privado de nenhuma parte do corpo); *direito à saúde física e psíquica*, (i.e., não sofrer doença ou perturbação do equilíbrio fisiológico ou psicológico); *direito ao bem-estar corporal*, (i.e. a não sofrer dores ou maus tratos corporais provocados por um terceiro); *direito à aparência pessoal*, (i.e., a não sofrer deformações na sua imagem exterior provocadas por terceiro») (339).

Com efeito, segundo o n.º 1 do art. 149.º: «para efeito do consentimento a integridade física considera-se livremente disponível». Acrescentam-se de seguida no n.º 2 indicações sobre os meios de aferição dos bons costumes, relacionando-se relevantemente esta cláusula com a ofensa corporal, na justa medida em que esta não ultrapasse a valoração ético-social do bem jurídico subjacente, traçada pelo ordenamento penal em vigor. Este preceito oferece um regime complementar a par do regime geral do consentimento previsto nos arts. 38.º e 39.º da Parte Geral do CP, na precisa medida em que aponta a disponibilidade da integridade física e sugere sentido e alcance para a cláusula dos bons costumes (340). Este consentimento, para ser relevante, deve

(339) Cf. Teresa QUINTELA DE BRITO IN AA.VV: *Direito Penal— Parte Especial: Lições, Estudos e Casos... cit.*, p. 498.

(340) Sigo ainda MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...cit.*, § 1 e § 2 ao art. 149.º, pp. 276 e s. e §§ 42-43 e 55-58, pp. 293 e s. e 299 e s.: «o consentimento, enquanto exercício da autonomia sobre o próprio corpo, tem de referir-se à concreta lesão», mas isto,

igualmente ser livre e esclarecido (cf. art. 38.º, n.º 2). A autonomia em matéria de ofensa da integridade física, porém, exige critérios de aferição da capacidade e de exigência, em relação às informações e à compreensão, algo mais rigorosos do que perante as intervenções médicas de carácter terapêutico. E exige capacidade, que no campo estrito do Direito Penal se situa nos 16 anos, existindo discernimento, cf. art. 38.º, n.º 3.

O privilégio terapêutico em intervenções designadas como *puras* —menor ou escassa indicação terapêutica— pode obviamente ter lugar em termos já do decurso da intervenção verificando-se a respectiva necessidade, ora sobre um problema ulterior. Onde não exista prévio intuito terapêutico na actuação médica, pode acontecer, existindo indicação médica, ressuscitar-se a todo o tempo essa mesma indicação. Em rigor, ela surgirá tão logo se inicie, decorre e se recupere uma intervenção médico medicamentosa tida como tendencialmente pura. Será o caso do *alfaiate corporal*: assim que se inicie cada uma das reconstruções físico-psíquicas passa a intervenção a possuir um desiderato terapêutico: o da recomposição do que se vai actuando, no sentido pretendido pelos *actores*. Assim, por ex.º, na *revisão* com substituição de implantes mamários, a detecção de nódulos podem e devem merecer o alargamento da intervenção de modo a poder extrair e remeter para análise.

VI. § 3.4. Amplitude da excepção terapêutica

A amplitude do privilégio médico cobre exactamente um terreno em que as omissões informativas do médico podem, em termos pragmáticos, não ser susceptíveis de fiscalização e/ou de censura, ainda que adequadas a fundamentar um juízo de suspeita sobre a correspondente declaração de vontade esclarecida. Assim, não acontecerá em matéria de ofensas à integridade pessoal. Igual sorte terá a decisão que se encontre eivada por um engano, por ameaça ou coacção. O erro, quando provocado por dolo ou por fraude do agente, retirará eficácia ao consentimento. Este erro, aferido por referência ao bem jurídico protegido, deverá implicar para o portador da autonomia um

significa então assumir —até pela existência do preceituado no art. 156.º que o mesmo integra a delimitação negativa ínsita ao art. 150.º e que fica integrada forçosamente nas *leges artis ad hoc*, mercê do cumprimento do dever de esclarecer para obter um consentimento cuja ausência é de tal modo importante que autonomiza a *substância* violentada da *liberdade de conformação da livre disponibilidade da integridade*.

desvio — provocado ou conhecido do agente — entre o quadro prefigurado e o quadro real, em relação à lesão (sua existência, natureza e extensão) ou à gravidade da doença ⁽³⁴¹⁾.

A este respeito, ainda no campo do dolo do agente, pugnei já e mantenho ⁽³⁴²⁾ de que será de acrescentar como ineficiente o consentimento, quando prestado sem referência ao bem jurídico, mas motivado por engano sobre a finalidade altruística (pense-se no dador para um transplante ou no voluntário para um ensaio clínico); ou por engano criado sobre uma situação análoga à do direito de necessidade (que pensamos verificar-se quando, por exemplo, um menor convence o médico a uma intervenção de mera cosmética e este, aludindo intuito diagnóstico, convence o pai do menor a consentir na intervenção pela qual se lhe extraí um odiado sinal cutâneo para uma desnecessária análise). Sempre ao abrigo do ensino de Costa Andrade, acrescento por fim a irrelevância do consentimento prestado com erro espontâneo, isto é, erro do titular do bem jurídico, cometido com referência a este bem jurídico, independentemente de ter sido provocado dolosamente pelo agente, ou de que este tenha conhecimento (imagino um médico que cumpra as directrizes dos superiores hierárquicos do Hospital na colheita de uma quantidade de pele do paciente, acima da estritamente necessária ao propósito de uma intervenção cosmética, desconhecendo médico e paciente a decisão daqueles de dotar o Hospital de reservas desse tecido para lucrar em intervenções terapêuticas, sentido em que foi colhido o prévio consentimento do paciente para a utilização dos tecidos excedentários à intervenção).

Como afirma Manuel da Costa Andrade: «... quem dispõe da sua integridade física com base em *erro-referido-ao-bem-jurídico*, não exprime a sua autonomia sobre aquele bem jurídico» ⁽³⁴³⁾. Subsiste uma questão: a punibilidade pelo crime de ofensa à integridade física do agente médico que, de boa fé, desconhece o vício relevante da vontade do visado. Pois quer o dolo, quer a negligência, poderão ser excluídas, prejudicando a punibilidade do agente, se se verificar a aplicação do regime do *erro sobre as circunstâncias de facto* a

⁽³⁴¹⁾ Trata-se do conceito de erro-referido-ao-bem-jurídico da autoria de ARTZ, *apud* Manuel da COSTA ANDRADE, *ibid.*, pp. 286 e ss.. Para mais desenvolvimentos cf. ID., *Consentimento e acordo... cit.*, pp. 577 e ss. e 660 e ss..

⁽³⁴²⁾ Cf. *O Consentimento... cit.* pp. 63 e ss.

⁽³⁴³⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense... cit.*, § 31 ao art. 149.º, p. 288.

que alude o art. 16.º, n.º 1 e n.º 3, do CP ⁽³⁴⁴⁾. Deste modo, em relação ao exemplo que acabei de indicar, o médico que, desconhecendo a ineficácia do consentimento prestado pelo paciente para a intervenção de remoção de tecido cutâneo, leva a cabo a operação, verá a sua punibilidade afastada por erro sobre as circunstâncias de facto. Evidentemente que a colheita de pele em quantidade superior à necessária teria de ter, por parte da ciência médica, uma justificação objectiva, *v.g.*, prevenir a substituição do tecido no decurso da operação.

VI. § 3.5. Intervenções *puras* e intervenções *cosméticas*: a gradação do intuito terapêutico (prévio e posterior)

Importa tentar delimitar pela negativa, ainda que sumariamente, alguns casos em que a falta de verificação do intuito terapêutico e das *leges artis* possam determinar a tipificação da ofensa à integridade física, eventualmente a suscitar consequências ao consentimento-justificante (em regra será esta a causa dirimente da ilicitude). Repare-se que penso em intervenções mediante as quais, por razões várias, se admite a legitimidade de atribuir a terceiro uma actuação que concretiza uma livre disposição do próprio corpo. Aquelas razões impõem o transporte da lesão, ou melhor, da ofensa a este bem jurídico fundamental, para os terrenos da justificação da ilicitude; trilho já com o conforto da autonomia da vontade devidamente *murado* quanto à determinação social da (in)disponibilidade de certos bens. Não deixa porém de pedir cuidados, que tentarei apontar.

Costumam ser indicadas na doutrina as seguintes áreas de actuação médica onde, não existindo intuito terapêutico (ao menos directamente ou com menor intensidade), se justifica uma análise casuística: as intervenções de experimentação pura; as que sejam realizadas em pessoa com o objectivo de colher tecidos ou órgãos para transplantes para outra pessoa; as operações cosméticas; a esterilização pura, a intervenção transexual e a castração ⁽³⁴⁵⁾.

As intervenções em referência constituem temas já abundantemente abordados e debatidos. Além da necessidade de fazer preceder a intervenção de

⁽³⁴⁴⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo... cit.*, pp. 616 e s., nota 126.

⁽³⁴⁵⁾ Cf. Paula RIBEIRO DE FARIA e Manuel da COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, § 29 e ss. ao art. 144.º, pp. 235 e ss., e § 44. e ss. ao art. 149.º, pp. 294 e ss..

uma declaração —usualmente— formal de consentimento, importa sim é reflectir no que deixei exposto sobre a razão de ser, sentido e alcance do preceituado no art. 150.º do CP. Mas cai essa tarefa para outra *empreitada*, que não a assumida. Para a recusa, em direito penal, a regra é simples e clara: — existindo consentimento relevante o mesmo «pode ser livremente revogável a todo o tempo, até à execução do facto», cf. art. 38.º, n.º 2 e n.º 3, *in fine*.

E será a manifestação radical da liberdade que reivindico integrar as *leges artis*, pois não concedo que o início dos procedimentos terapêuticos recebam a revogação e os profissionais de saúde procedam à respectiva prossecução após se inteirarem que estão ao abrigo do preceituado no art. 150.º do CP (respeitando as *leges artis* e mesmo perante resultado infausto, que este seja adequado a um resultado de perigo que aquelas tenham colocado em crise, na restrição técnica que lhe vai sendo dada...). Ficam os prestadores de cuidados de saúde apenas sujeitos à decisão de interposição de queixa-crime pelo tipo previsto no art. 156º. Pois não. Não consigo convencer-me que isto tenha essas consequências.

Não deixarei contudo de dar conta de alguns aspectos eventualmente controvertidos dos parâmetros de uma intervenção curativa, perante a *alçada* do art. 150.º do CP.

VI. § 3.5.1. A experimentação.

A par da investigação curativa, em que a existência de uma finalidade terapêutica não é determinante por não estarem ainda consolidados nas *leges artis* os meios utilizados ⁽³⁴⁶⁾, a experimentação que suscita o preenchimento da factualidade típica do crime de *ofensa à integridade física* é a experimentação pura, *não terapêutica*, aquela, em termos absolutos, não implica um benefício para o próprio, mas para terceiro ou terceiros.

É o reduto do altruísmo como justificação de uma manifestação de vontade que terá de se rodear de uma liberdade absoluta. A primeira pergunta que me ocorre, como já avancei, versa sobre os limites da solidariedade: será de admitir como eticamente correcta a admissibilidade das experiências tendo

⁽³⁴⁶⁾ Cf. Paula RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense... cit.*, § 28 ao art. 144.º, p. 235. É legítimo interrogar sobre o esvanecimento da «necessidade» terapêutica tanto quanto verifico uma evolução tecnológica significativa. Basto-me pela utilidade com balanço aceitável em matéria de riscos.

por objecto um ser humano que não se apresenta nesse momento necessitado do resultado terapêutico pretendido com a experiência? A resposta, para ser afirmativa, deve oferecer em contrapartida uma limitação dos custos da lesão; os custos terão de ser aceitáveis para não despoletar a cláusula dos bons costumes limitativa da autodeterminação. Assim, será de negar eficácia ao consentimento para uma experimentação pura que implique uma lesão grave para a integridade físico-psíquica. Evidentemente que sobram questões secundárias sobre a delimitação do conceito de gravidade e sobre a graduação dos riscos de verificação de lesões. Deslocando pesos do prato da autonomia para o do proteccionismo dos critérios ético-sociais predominantes em relação à vida humana, acrescenta-se uma garantia suplementar: a de estabelecer uma ponderação positiva entre os riscos e os benefícios esperados da descoberta científica ⁽³⁴⁷⁾. Os dois critérios (limitação pela gravidade da lesão e ponderação do equilíbrio entre riscos e benefícios) podem brigar entre si. Com efeito, é possível imaginar uma experiência negada pelo critério dos riscos — basta que a experiência implique um longínquo benefício científico intercalar — e aceite pelo critério da gravidade, por força das pequenas lesões envolvidas. Creio que a solução legal, todavia, se enquadra no que Guilherme de Oliveira ensinou poder ser o sentido tolerável de um benefício que corresse a *via do meio*, i.e., que não espartilhasse a investigação no que necessita de *rédea solta*, ao burocratizar e empecilhar certificações sobre certificações, mas facultasse aos cientistas balizas e critérios —vg. mediante a actividade entidades de supervisão— que os deixe sossegados perante os desenvolvimentos dos projectos sobre os quais adquiriram confiança de um rumo ⁽³⁴⁸⁾.

A nossa lei, quanto à investigação clínica em seres humanos (cf. art. 5.º, n.º 1 da Lei n.º 21/2014, de 16/04), exige uma «avaliação prévia» cujo balanço concretizável permita concluir em termos presentes ou em termos futuros que os

⁽³⁴⁷⁾ Sobre distinção entre experimentação pura e terapêutica, cf. Pilar GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos... cit.*, pp. 74 e ss..

⁽³⁴⁸⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Direito Biomédico e Investigação...cit.*, n.º 3881, p. 229. Para este A. ensaio com benefício indirecto é aquele «... de que não puder esperar-se uma vantagem terapêutica para o doente, mas sim uma contribuição para o avanço no conhecimento da doença e da terapêutica, que eventualmente venha a servir à pessoa que se sujeita» (ID, *ibid*). In *Temas... cit.*, 2.ª ed., 2000. 199-215, que, embora reportada à legislação então em vigor possui uma actualidade notável.

benefícios que estão ali em jogo —«os benefícios potenciais»— são superiores aos riscos e aos inconvenientes igualmente conjecturáveis.

Em suma, existe relação de adequação e proporção entre os riscos e os benefícios que se postam logo no projecto de avaliação com certificáveis pelas entidades com competência para a respectiva avaliação e pronúncia: a CEC (Comissão de Ética Competente) e o INFARMED, cf. art. 5.º, n.º 2. Estas entidades têm ainda o múnus de supervisionar o estudo clínico —de acordo com as áreas de competências que lhes cabem—, cf. art. 5.º, n.º 3; como, perante uma «evidência» inesperada, determinam a revisão da avaliação, cf. art. 5.º, n.º 4. O diploma possui igualmente um glossário minucioso sobre os conceitos tidos por relevantes para o sentido e aplicação da lei. Guilherme de Oliveira, desde sempre admitiu que a possibilidade do benefício a colher pelo paciente pudesse ser futuro e eventual, na medida em que a ponderação dos riscos a prosseguir ditasse uma proporcionalidade aceitável. Anteviu este A. a vantagem de o legislador se pronunciar sobre benefícios directos e indirectos, Admitia e sublinhava a vantagem sobre a existência destes dois conceitos, como resulta, por exemplo do confronto entre «estudos clínicos sem e com intervenção», cf. art. 2.º, als. *p*) e *q*) da LIC e o mesmo sobre a viabilidade dos ensaios em menores ou incapazes, cf. arts. 7.º, n.º 2 e n.º 3 e analogamente art, 8.º, n.º 2 e n.º 4. Assim, tal como resulta da economia legislativa, parece que estando perante pessoas adultas e juridicamente capazes, é lícito fazer ensaios dos quais advenham *apenas benefícios indirectos* para o participante ⁽³⁴⁹⁾, resultado a que chego até pela confrontação com os benefícios directos exigidos para menores e ou outros incapazes, cf. arts. 7.º, n.º 2, al *b*) e 8.º, n.º 3, al *b*), respectivamente.

VI. § 3.5.2. Quanto aos transplantes,

Idênticas considerações suscita a doação de órgãos e tecidos. Para o doador, e tal qual se encontra a legislação em vigor, a intervenção médica não lhe importa mais do que uma ofensa, cuja gravidade pode ser muito significa-

⁽³⁴⁹⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Direito Biomédico e Investigação...cit.*, n.º 3881, p. 229. Para este A. ensaio com benefício indirecto é aquele «... de que não puder esperar-se uma vantagem terapêutica para o doente, mas sim uma contribuição para o avanço no conhecimento da doença e da terapêutica, que eventualmente venha a servir à pessoa que se sujeita» (ID, *ibid*).

tiva, para a sua integridade pessoal, preenchendo-se a factualidade típica do crime de ofensa à integridade física, até agravado, com a liberdade de disponibilidade do consentimento. O quadro de intervenção permitida reveste-se de excepcionalidade e, conseqüentemente, encontra-se vertido em legislação específica.

VI. § 3.5.3. As intervenções cosméticas.

A expressão operação cosmética designa, em regra, a cirurgia correctiva ou reconstitutiva, e abrange um espectro que vai desde a operação plástica que se destina exclusivamente a modificar o aspecto da pessoa, por mera vaidade, até ao transplante de olhos colhidos em cadáveres ou à intervenção para reconstituição das feições, passando pela intervenção transexual (com consciência sobre a distinção da que possua intuito que se prenda com a opção homossexual) ⁽³⁵⁰⁾. Resulta óbvia a necessidade de estabelecer a distinção entre as diferentes gradações da natureza terapêutica e do respectivo intuito e indicação médica. As dificuldades não se escondem.

VI. § 3.5.4. A transexualidade.

Se a cirurgia de alteração do sexo se mostrar essencial, ou mesmo só conveniente, para o equilíbrio ou para a auto-identificação de uma determinada pessoa, não será de integrar essa cirurgia no campo da previsão do art. 150.º do Código Penal? A solução parece ser a de retirar a questão do frágil campo dos bons (ou maus) costumes e remeter para o terreno da ciência médica. Assim, não me queda dúvida alguma em atribuir intuito terapêutico à intervenção levada a cabo sob indicação médica mediante um procedimento reconhecido como correcto e adequado à finalidade pretendida segundo o estado actual da ciência médica, e que vise *um sofrimento a debelar ou minorar*, como exige o citado art. 150.º do CP. Neste sentido será indiferente afirmar que cabe ao médico, caso a caso, estabelecer o quadro terapêutico ou cosmético ⁽³⁵¹⁾ da intervenção de alteração do sexo ou se será de generalizar como

⁽³⁵⁰⁾ Cf. Paula RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense...*, cit., § 29 ao art. 144.º, pp. 235 e s.

⁽³⁵¹⁾ A este respeito torna-se necessário distinguir a transexualidade da homossexualidade. Enquanto o transexual procura a coincidência da sua morfologia externa com a sua

terapêutica a operação correctiva do desvio entre o sexo psíquico e o sexo físico. Muito embora entre nós não tenha sido reputado necessário verter na letra da lei as condições em que seja de admitir a intervenção transexual, ao contrário de outros ordenamentos — como aconteceu na Suécia em 1972, em Itália em 1982, na Alemanha em 1980 e na Holanda em 1985 ⁽³⁵²⁾ —, a verdade é que a omissão mereceu logo em 1990 uma recomendação proferida do Provedor de Justiça à AR ⁽³⁵³⁾. E a nossa jurisprudência mostra-se pacífica sobre a matéria da plena admissibilidade ⁽³⁵⁴⁾ como resultado do exercício dos direitos à integridade e à identidade pessoal (cf. art. 25.º e art. 26.º da CRP), aos quais a doutrina, em vista da respectiva qualificação terapêutica vem adicionando o direito à saúde ⁽³⁵⁵⁾ (cf. art. 64.º da CRP) e, até por consequência, como não ofensiva dos bons costumes ⁽³⁵⁶⁾.

sexualidade psicológica, o homossexual visa a satisfação sexual com pessoas do mesmo sexo. Esta diferença foi já utilizada — cf. sentença da 1.ª instância de 10/12/91, in *Col. Jur.*, 1992, t. I, pp. 301 e ss. — para afastar a legitimidade do consentimento por ofensa aos bons costumes no caso de alteração de sexo por homossexuais prostituídos, pois neste caso o que (poderá estar) está em causa é o aumento da «clientela». Para a qualificação terapêutica da intervenção transexual será, em nossa opinião, indiferente a qualificação da pessoa como transexual ou como hermafrodita. A distinção assenta no facto de o transexual pertencer fisicamente a um sexo, ao passo que o hermafrodita é detentor de uma morfologia genital ambígua (cf. Ac. RL, de 09/11/93, in *Col. Jur.*, 1993, t. V, pp. 118 e ss.).

⁽³⁵²⁾ Cf. EDUARDO MAIA COSTA, *Comentário...cit.*, p. 162 e ss..

⁽³⁵³⁾ Desempenhava o cargo de Provedor da Justiça o Dr. Mário Raposo. A recomendação foi publicada na *RMP*, n.º 45, p. 21.

⁽³⁵⁴⁾ Reproduzo a indicação de jurisprudência colhida no ensino de REMÉDIO MARQUES, em 15.06.96, no 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Medicina, promovido pelo CDBM|FDUC: Ac. RP, de 27/06/60, in *Jurisprudência das Relações*, 1960, p. 594; Ac. S.T.J., de 03/11/61, in *BMJ*, n.º 111, p. 450; Ac. RE, de 25/10/79, in *BMJ*, n.º 293, p. 448; Ac. RE, de 18/01/80, in *BMJ*, n.º 295, p. 476; Ac. RL, de 17/01/84, in *Col. Jur.*, t. I, 1985, p. 351; Ac. RL, de 05/04/84, in *Col. Jur.*, t. II, 1984, p. 124; Ac. RL, de 06/02/86, in *Col. Jur.*, t. I, 1986, p. 123 e ss.; Ac. do S.T.J., de 16/11/88, in *BMJ*, n.º 381, pp. 579 e ss.; *supra* citada sentença da 1.ª instância, de 10/12/91; Ac. RL, de 09/11/93, in *Col. Jur.*, t. V, 1993, pp. 118 e ss., tornando-se desnecessário ulteriores investigações sobre uma questão arrumada.

⁽³⁵⁵⁾ Recorro ao ensino ministrado por REMÉDIO MARQUES na aula referida na nota anterior. Cf. ainda as recentes decisões do Tribunal de Roma, de 18/10/97 e do Tribunal de Salerno, de 05/03/98, e respectivas anotações, in *DFP*, vol. XXVII, 3, Jul./Set./1998, Giuffrè, pp. 1033 a 1044 e 1057 a 1070, respectivamente.

⁽³⁵⁶⁾ Neste sentido, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...*, cit., § 53 ao art. 149.º, p. 298 e PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibid.*, § 29 ao art. 144.º, pp. 235 e s. Sobre o assunto entendo dever deixar aqui indicação do labor de J. P. REMÉDIO MARQUES, *Transexualidade. O reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas*, in *TJ*, n.ºs. 36 a 40 (inc.) de Dezembro de 1987 a Abril de 1988; e *Mudança de sexo. O critério jurídico (o problema do paradigma corporal da identificação/identidade sexual no*

Contudo é quanto ao respeito pelos bons costumes que podem persistir problemas associados à intervenção transexual. Penso na operação levada a cabo em pessoa casada, em pessoa capaz de procriar ou em pessoa que tem filhos. Trata-se de casos que envolvem legítimos interesses de terceiros, mas que obviamente implicam esferas distintas dos direitos de personalidade e, acima, da dignidade individual, pelo que se me afigura a intromissão intolerável.

Um último problema: ainda no campo das intervenções cosméticas, sublinho as que têm por objecto alterar a morfologia de uma certa pessoa para um *melhor*, ou especial, desempenho de uma actividade profissional. Dei em tempos o ex.^o de Paganini ⁽³⁵⁷⁾, que terá efectuado uma intervenção ao nível dos tendões da mão para poder executar certas notas do violino; ou o da castração de Farinelli ⁽³⁵⁸⁾, para a manutenção do timbre da voz. No desporto, alguns *boxeurs* extraem a *cana* do nariz para evitar as lesões consequentes aos inevitáveis murros nesse órgão. No cinema, posso configurar o exemplo do actor ou da actriz, cuja predilecção profissional seja o desempenho de papéis em filmes de acção ou pornográficos e que queira submeter-se a uma intervenção para modificar determinadas partes do seu corpo, aumentando ou diminuindo volumes e características morfológicas. Estas intervenções merecem uma atenção especial uma vez que, mais do que a mera *vaidade*, poderá estar em causa um *sacrifício*, —de natureza laboral— a suscitar com autonomia problemas de adequação entre a gravidade da lesão e a autoterminação da pessoa. Também aqui, em princípio e por princípio, subsistirá a livre disponibilidade e a autonomia.

VI. § 3.5.5. Quanto à esterilização.

A lei permite a esterilização com única dependência da vontade, mesmo que não seja prosseguida com fundamento terapêutico; todavia, cabe subli-

registo civil), Coimbra, 1991 (dissertação de mestrado depositada no fundo bibliográfico da biblioteca nacional).

⁽³⁵⁷⁾ Niccoló Paganini foi um famoso compositor (nascido em Génova em 1782, faleceu em Nice, em 1840), célebre pela sua espantosa virtuosidade como violinista, cf. *DEK... cit.*, II v., p. 1454.

⁽³⁵⁸⁾ Carlo Broschi (Farinelli): Carlo e Eduardo Broschi foram contemporâneos de Georg Friedrich Händel (ou Haendel, 1685 – 1759). Carlo foi um cantor com enorme popularidade, possuindo uma voz pura, infantil e capaz de atingir timbres extraordinários. Eduardo, compositor, criou uma obra dedicada a enaltecer os dotes de seu irmão.

nhar que condiciona a intervenção ao requisito de maturidade do interessado —vinte e cinco anos— e da prestação de um consentimento informado reduzido a escrito (cf. o art. 10.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 3/84, de 24 de Março). O desígnio parece-me residir na revisão do que seja indicação médica. Não me parece que, em termos deontológicos, a questão possa merecer resposta diferente da que é dada à cessação voluntária da gravidez com total liberdade quando conduzida pela mulher até às 10 semanas (cf. 142.º, n.º 1, al e), do CP e sobre a qual a questão terapêutica não se coloca —que já não a objecção— tal como até se encontra no elenco das que merecem a intervenção do nosso SNS. Subsiste o argumento da irreversibilidade, mas este é um risco que existe naquela outra intervenção e na que agora me ocupa, acresce a idade de 25 anos, sobre cuja maturidade posso sempre apresentar interrogações mas não deixa de ser considerável como mais do que suficiente para dar projecção à autodeterminação.

VI. § 3.6. O crime sombra da recusa para as intervenções médico-medicamentosas

O consentimento informado e esclarecido pode ser qualificado como elemento integrante das *leges artis*, exactamente por ser igualmente pressuposto da actuação médica? Vimos anteriormente que a violação das *leges artis* determina a transferência da intervenção e tratamento médico correspondente, para o terreno do perigo para a vida ou para a integridade física ou para a saúde; por outro lado, tentarei convencer que a actuação médica prosseguida com êxito e de acordo com as *leges artis* poderá ser censurável quando concretizada sem o consentimento do visado. Sendo tentador incluir no conceito das *leges artis* o consentimento, por força da aferição de uma correcta actuação médica, em termos gerais, aceito contudo ser inevitável subsistir discórdia sobre a respectiva integração. Muito provavelmente por força do facto de casuisticamente se poderem verificar em terrenos do apuramento de responsabilidades, tentações para qualificar justificações sobre a ilicitude.

Estou convencido de que as *leges artis (ad hoc)* não estão reservadas para aquelas regras específicas da medicina, como corpo científico que habilita a prática da arte de curar as pessoas, isto é, sem preencher o terreno que se segue imediatamente, privativo da autodeterminação, que consiste no exer-

cício da arte de curar nas pessoas ⁽³⁵⁹⁾. Assim até se entenderá melhor o preceituado no art. 150.º, n.º 2, e no art. 156.º do CP.

De qualquer modo, a verdade é que a autodeterminação (liberdade) do paciente — que viabiliza a actividade médica dirigida à respectiva esfera de integridade físico-psíquica — constitui um bem jurídico autonomamente protegido pela lei penal. Com efeito, visando o bem jurídico em referência estabelece-se um tipo específico de crime, prevenindo e condenando a ausência do consentimento do paciente — ainda que as intervenções ou tratamentos não sejam qualificáveis penalmente como ofensa à sua integridade física — cf. art. 150.º do Código Penal. Tratam-se das **Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários** (cf. art. 156.º) ⁽³⁶⁰⁾, em que a eficácia da prestação do consentimento está submetida a um específico **dever de esclarecimento** ⁽³⁶¹⁾, cujos contornos o legislador deixou igualmente delineados ⁽³⁶²⁾ e podem ser aplicados civilisticamente ⁽³⁶³⁾.

⁽³⁵⁹⁾ Em sentido contrário, isto é, entendendo dever ser qualificado como elemento das *leges artis*, estão AA. como KRAUSS, *apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...cit.*, pp. 432 e ss., *maxime* nota 208, e Julio Cesar GALÁN CORTÉS, *op. cit.*, p. 17. Relativamente a Krauss é, contudo, necessário esclarecer que o A. pretende superar a distinção entre integridade físico-psíquica e a autonomia, pelo que aquela esfera resultaria enriquecida com esta, sentido em que afirma que a: «vontade autónoma da pessoa configura já um factor constitutivo do bem jurídico da integridade física. Remetemos a crítica a esta tese para o texto citado de COSTA ANDRADE.

⁽³⁶⁰⁾ Configura o comportamento ilícito do agente como punível com uma pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

⁽³⁶¹⁾ Na Parte Geral do Código Penal encontra-se já regulamentado o consentimento como causa justificativa da ilicitude (cf. art. 38.º, n.º 2, onde se estabelecem os requisitos relativos a uma manifestação da vontade séria, livre e esclarecida, revogável a todo o tempo). Para além deste consentimento, efectivamente manifestado, o legislador atribuiu, em determinadas circunstâncias, igual relevância ao consentimento presumido, ou seja, à vontade virtual do titular do interesse jurídico (cf. artigo 39.º).

⁽³⁶²⁾ Cf. o art. 157.º do Código Penal. De realçar que na revisão deste artigo operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, resultou incluído no dever de esclarecimento o *diagnóstico*, «(...) sobre a espécie de doença, bem como uma maior concretização das circunstâncias referidas na parte final» (cf. anot. 1, MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português, anotado... cit.*, 8.ª ed., p. 613). Foram assim consideradas as críticas proferidas pela Doutrina sobre a antiga redacção deste preceito — art. 159.º —, que omitia o dever de esclarecimento para o diagnóstico, bem como quanto ao *privilegio terapêutico*, pela amplitude que possuía (cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo... cit.*, pp. 458 e ss.). Na verdade, certas doenças, designadamente as que são comumente relacionadas com um desenvolvimento incontrolável, uma terapia dolorosa e desenlace fatal, ou seja dizer, cujo diagnóstico tem o *sabor* de uma sentença de morte — como é o caso do cancro —, determinam especiais cuidados na abordagem do paciente, porque podem desencadear reacções emocionais significativas. Sobre esta questão, cf. N. TABACK, *Doctor's Policy...cit.*, pp. 331 e ss..

É, pois, necessário informar o paciente, designadamente sobre o diagnóstico do padecimento e/ou sobre as terapias para o prevenir, debelar ou minorar, explicando-se-lhe o essencial e certificando-se o agente médico da respectiva compreensão, bem como do entendimento dos riscos inerentes e das consequências possíveis. Impõe a lei este esclarecimento como condição da eficácia do consentimento (cf. art. 157.º). Quer isto significar que a ausência do consentimento vai equivaler ao que seja prestado deficientemente, *i.e.*, cuja declaração não esteja consubstanciada numa vontade séria, livre e esclarecida (cf. art. 38.º, n.º 2). Todavia, se o agente médico se convenceu falsamente da existência de um consentimento relevante, por negligência grosseira, ou seja, sem ter usado a necessária diligência para o comprovar, então a sua actuação será punível a este título (cf. art. 156.º, n.º 3) ⁽³⁶⁴⁾. De qualquer modo, aqui, o procedimento criminal necessita de ser impulsionado por quem seja titular do interesse correspondente (cf. art. 156.º, n.º 4). As circunstâncias que impedem a punibilidade da falta de obtenção do consentimento ou as que justificam o incumprimento do dever de informar (cf. art. 156.º, n.º 2 e art. 157.º), serão tratadas adiante, a propósito da figura do «privilégio terapêutico». Para que o consentimento releve em termos justificativos da ilicitude é necessário que o comportamento em questão, ou o seu resultado, não viole a condição geral de respeito pelos bons costumes (cf. art. 38.º, n.º 2).

Sem prejuízo do que adiante tratarei sobre DAV, é evidente que este tipo de crime pode receber pela expressa desconsideração da vinculação dos desígnios prospectivos uma tipificação, que poderá até ser colocada e prosseguida pelos herdeiros do falecido.

VI. § 4.º Os textos legislativos administrativos

O Estado tem o dever de *assegurar o direito à protecção da saúde* (cf. art. 64.º, n.º 1, da CRP). Interessa-me apenas sublinhar muito topicamente estar perante um direito fundamental que, entre o mais e para este efeito, o Estado terá de dar prioridade ao acesso de todos os cidadãos aos cuidados médicos, devendo implantar em todo o país, com racionalidade e eficiência, um serviço nacional de saúde que, através de unidades de saúde públicas e privadas e

⁽³⁶³⁾ Cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 221, nota 446.

⁽³⁶⁴⁾ Estabelece uma pena até seis meses de prisão ou pena de multa até sessenta dias.

dos respectivos recursos humanos, assegure com eficiência e qualidade aquela protecção da saúde (cf. art. 64.º, n.º 3, als. *a*), *b*) e *d*), da CRP) ⁽³⁶⁵⁾. O conjunto de normas que visa este escopo tem merecido a designação de Direito da Saúde ⁽³⁶⁶⁾, ao menos para catalogar um «conjunto de preceitos cujos vínculos mútuos e inter relações obrigam o *operador jurídico* a ter presente a

⁽³⁶⁵⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *No-patient safety in Reproductive Medicine*, in *MedLex*, n.º especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 119-130, *maxime* 121 e s. A par destes deveres e garantias, estabelece ainda o preceito constitucional que incumbe igualmente ao Estado: a orientação da sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; a disciplina e a fiscalização da produção, distribuição, comercialização e do uso de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e de outros meios de tratamento e diagnóstico; e, por fim, o estabelecimento de políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência (cf. als. *c*), *e*) e *f*) do n.º 3 do art. 64.º da CRP). «8 Actualmente existem em Portugal: - o subsistema de saúde da Direcção-Geral de Protecção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública (ADSE), que abrange a maioria dos funcionários e agentes do Estado - por exemplo, os funcionários e agentes da Administração directa do Estado que não estejam abrangidos por outro subsistema de saúde público, os funcionários e agentes de organismos dotados de autonomia administrativa e financeira e o pessoal da administração regional e local -, sendo conseqüentemente o mais representativo, em termos de número de beneficiários, dos subsistemas de saúde públicos (abrangendo, actualmente, cerca de 1.363.898 de beneficiários, segundo dados de Abril de 2011 acedidos no website da ADSE em 23 de Maio de 2011 - titulares no activo, titulares aposentados e familiares); - os subsistemas de assistência na doença ao pessoal da GNR (Serviços de Assistência na Doença da Guarda Nacional Republicana - SAD/GNR) e da PSP (Serviços de Assistência na Doença da Polícia de Segurança Pública - SAD/PSP), em que cada um abrange, aproximadamente, 86.300 beneficiários (números estimados a partir de dados constantes do plano de actividades da ADSE para 2010); - o subsistema de saúde da Assistência na Doença aos Militares das Forças Armadas (ADM), do qual são beneficiários obrigatórios os militares dos quadros permanentes, os militares em regime de contrato ou voluntariado, os alunos dos estabelecimentos de ensino militar e o pessoal militarizado da Marinha e do Exército - independentemente de se encontrarem nas situações de activo, de reserva e de reforma -, e são beneficiários facultativos da ADM, entre outros, os deficientes das Forças Armadas e os beneficiários de pensões de invalidez. Em termos de número de beneficiários, o subsistema de saúde da ADM abrange um número de beneficiários que ronda os 155.400 beneficiários (segundo estimativa baseada em informações do Plano de Actividades da ADSE de 2010).», cf. relatório da ERS sobre a *Análise do Impacto da Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, Relativa ao Exercício dos Direitos dos Doentes em Matéria de Cuidados de Saúde Transfronteiriços*, Junho de 2011, acessível in https://www.google.pt/?gws_rd=ssl#q=directiva+ue+sobre+direitos+dos+pacientes+turismo

⁽³⁶⁶⁾ Por todos, cf. Maria João ESTORNINHO e Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde... cit., passim*; por contraposição à *proposta*. Direito Médico se Maria do Céu Rueff, *O Segredo... cit.*, pp. 141 e ss. e apêndice II, pp.657 e s.; o reconhecimento multidisciplinar justificado de Luísa NETO, *O Direito Fundamental... cit.*, pp. 35-45; a emancipação dogmáticamente assumida e delineada de Direito da Medicina por André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes... cit.*, sem esgotar evidentemente.

chave estrutural do complexo» (367). A postura do Estado em questões de saúde não é meramente reguladora das actividades técnicas e profissionais, senão verdadeiramente interventora, chamando a si igualmente a articulação do sistema (368). Como explica Carla Amado Gomes: «A par da vertente policial das autoridades administrativas, emerge agora uma Administração de prestação de cuidados de saúde, amparada em estruturas criadas pelo Estado com o fim de concretizarem os objectivos da política da saúde» (369). Esta foi a — progressiva — posição adoptada pelo Estado, no nosso país, em matéria de satisfação das necessidades de saúde a partir de, sensivelmente, meados do século XX (370).

Posso, pois, falar de um Direito Administrativo da Saúde, ou de um Direito da Saúde Pública (expressão mais lata), para designar todo este acervo normativo, delimitado por Sérvulo Correia como sub-ramo do Direito da Saúde: «... que regula a organização e a actividade da Administração Pública, movida pelos fins de concretizar a garantia constitucional da protecção da saúde e manter tão elevado quanto possível o nível sanitário da população» (371). O Direito da Saúde Pública abrange, pelo menos, duas grandes áreas: a da organização dos vários serviços; e, em termos funcionais, a dos direitos, deveres e competências dos sujeitos das concretas relações jurídicas estabelecidas entre os pacientes e os agentes médicos que actuam naqueles serviços (372). Adiante se verá que se encontram incluídas nas normas desta *disciplina* al-

(367) Cf. Sérvulo CORREIA, *Introdução ao Direito da Medicina... cit.*, p. 52. Este A. não confere ainda autonomia científica ao Direito da Saúde.

(368) Sobre a evolução da intervenção do Estado em matéria de saúde e a construção de um sistema administrativo público da saúde, cf. Henrique MEDINA CARREIRA, *O Estado e a Saúde... cit.*, pp. 11 a 24. Quanto aos organismos que integram o nosso sistema de saúde, cf. J. J. NOGUEIRA DA ROCHA, *Natureza Jurídica... cit.*, pp. 57 a 74; António Manuel LEAL LOPES, *Reflexão sobre as Políticas de Saúde em Portugal. Últimos 30 anos*, 2002, s.dp., pp. 29-48, 56 e ss.; 64-101; Rui NUNES, *Regulação da Saúde*, Vida Económica ed., 2005 (ISBN 972-788-141-6);, *maxime* 77-130; Cipriano JUSTO, *o Estado das Coisas da Saúde. Políticas de Saúde em Portugal*, Caminho das Letras ed., 2000 (ISBN 978-972-61-0328-8), pp. 46 e ss.; Cipriano JUSTO, *Acesso aos Cuidados de Saúde. Por que esperamos?* Campo das Letras ed., 2004 (ISBN 972-8610-39-4), pp. 49-74.

(369) Cf. Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública... cit.*, p. 9.

(370) Cf. Henrique MEDINA CARREIRA, *op. cit.*, p. 17.

(371) Cf. Sérvulo CORREIA, *Introdução ao Direito da Saúde... cit.*, p. 48.

(372) Sobre este assunto respaldo-me em Sérvulo CORREIA, *As Relações Jurídicas... cit.*, pp. 15 a 74, para onde remeto os necessários desenvolvimentos. Texto que seguirei de perto em alguns aspectos.

gumas das intervenções compulsivas prosseguidas com fundamento na protecção de um bem jurídico fundamental em termos sociais: a saúde pública. Todavia, a prevalência resultará tipificada nos casos em que assim se justifique, face à colisão entre bens jurídicos que suscitam igual qualificação fundamental: a *saúde social* e a as *liberdades individuais* de cada paciente. Importa-me apenas circunscrever a exposição a um plano da enunciação da manifestação da vontade do paciente em recusar as propostas de prestação de cuidados de saúde, isto é, ao primeiro aspecto do plano funcional do Direito da Saúde Pública.

A LBS consigna expressamente a faculdade do exercício da autodeterminação do paciente e o respectivo acatamento pelos serviços do sistema de saúde ⁽³⁷³⁾. Assim, a Base XIV deste diploma impõe o consentimento e a recusa informada como direitos dos utentes, ao estabelecer — com excepção para a eventual existência de dispositivo legal especial —, a liberdade de decidir receber, ou recusar, a prestação de cuidados proposta (cf. al. *b*) do n.º 1), sendo informados «sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado» (cf. al. *e*) do n.º 1) ⁽³⁷⁴⁾, tudo isto, pelos serviços e agentes que aqueles escolheram, *na medida dos recursos existentes* (cf. al. *a*) do n.º 1). De sublinhar, como adiante tentarei esmiuçar, a concretização e consolidação ensaiada pelo legislador ao introduzir a Lei n.º 15/2014, de 21/03, que, partindo exactamente da aludida Base XIV da LBS promove uma uniformização de conceitos, direitos e deveres do utente, a que ora diante empresta um significado mais amplo, em que tenta *incorporar* alguma indefinição terminológica: utente, paciente, doente, enfermo...

O mesmo é dizer que, tal como no regime privado das relações jurídicas de saúde, os utentes mantêm — como regra geral — alguma liberdade de escolha relativamente ao seu interlocutor. Cabe-lhes ainda o direito de serem tratados *pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correcção técnica, privacidade e respeito* (cf. al. *c*) do n.º 1). Quanto aos deveres, incumbe aos utentes: respeitar os direitos dos demais utentes, observar as regras rela-

⁽³⁷³⁾ A Base XII, n.º 1, inclui na constituição do Sistema de Saúde a globalidade das instituições, públicas ou privadas, e os profissionais liberais, que acordem com o SNS a prestação de cuidados de saúde.

⁽³⁷⁴⁾ José Manuel SÉRVULO CORREIA defende que o legislador consignou nas alíneas b) e e) em referência «os princípios do consentimento necessário e informado, respectivamente» (cf. ID, *As Relações Jurídicas...cit.* pp. 53 e ss.).

tivas à organização e funcionamento dos serviços e utilizá-los correctamente; colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação; e pagar os encargos inerentes que lhes foram solicitados (cf. Base XIV, n.º 2). Será de ponderar até que ponto é que o discurso dos deveres dos doentes não sofrerá uma agudização, seja a montante seja a jusante. Os recursos escassos, a convivência social, a realidade, mas igualmente no pólo oposto algum *decisionismo* alinham-se com argumentos crescentes.

Os profissionais de saúde respeitarão o regime delineado pela lei quanto aos seus direitos e deveres, remetendo a LBS os de natureza deontológica para a definição dada pela Ordem dos Médicos, mas sempre atendendo ao respeito pela *relevância social da sua actividade* (cf. Base XXXII, n.º 4 por força da remissão do n.º 1 da Base XV). De resto, no exercício da política de recursos humanos para a saúde deverá evitar-se o conflito de interesses entre a actividade pública e a actividade privada, facilitando a mobilidade entre os dois sectores (cf. Base XV, n.º 2). No específico campo da formação profissional, realço a necessidade de dever ser inculcado aos profissionais da saúde «... o respeito pela vida e pelos direitos das pessoas e dos doentes como o primeiro dever que lhes cumpre observar» (cf. Base XVI, n.º 3, *in fine*). Esta formação é assegurada aos profissionais do SNS (cf. Base XXXI, n.º 4). Além disso, os profissionais de saúde que trabalham no SNS devem obediência às regras da Administração Pública (cf. Base XXXI, n.º 1). Foi aparentemente no exercício destas competências que a DGS elaborou e difundiu uma *Carta dos direitos e deveres do paciente* ⁽³⁷⁵⁾, tal como elaborou uma circular informativa sobre a prestação do *consentimento livre e esclarecido*, que difundiu pelas várias instituições de saúde. E digo aparentemente porque, se bem compreendo a letra da lei, a competência da Divisão de Qualidade da DGS é apenas a de propor a regulamentação ao MS. Na *Carta dos direitos e deveres dos doentes* desenvolveram-se algumas considerações pedagógicas sobre os direitos e os deveres dos pacientes ⁽³⁷⁶⁾ extraídos dos preceitos orientadores da elabo-

⁽³⁷⁵⁾ A *Carta* foi publicada pela DGS; e pode ser encontrada, via *Internet*, no seguinte endereço: <http://www.dgsaude.pt/>.

⁽³⁷⁶⁾ Todavia, a *Carta* em referência deverá agora ser analisada por confronto com a *Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do SNS*, cf. *Lei n.º 15/2014*: transcrevo, para ultrapassar dispersões: Cap. V. Artigo 25.º (Objectivo e conteúdo) 1 — A *Carta dos Direitos de Acesso* visa garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo SNS e pelas entidades convencionadas em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente do SNS, nos termos da presente lei. 2 — A *Carta dos Direitos de Acesso* define: a) Os tempos máximos de resposta garantidos; b) O direito do utente à informa-

ração daquela, a saber: a CRP, a LBS e o EH; diplomas que foram respeitados de perto — e bem —, especialmente quanto à redacção. Interessa-me apenas apontar o direito a ser informado e o direito ao consentimento e ao dissentimento livres e esclarecidos, que foram consagrados nos seguintes termos: a informação deverá ser prestada de forma *clara* e incidir sobre o estado de

ção sobre esses tempos. 3 — A Carta dos Direitos de Acesso é publicada anualmente em anexo à portaria que fixa os tempos máximos garantidos. 4 — A Carta dos Direitos de Acesso é divulgada no portal da saúde e obrigatoriamente afixada em locais de fácil acesso e visibilidade em todos os estabelecimentos do SNS, bem como em todos os que tenham convencionado a prestação de cuidados de saúde aos seus utentes; Artigo 26.º (Tempos máximos de resposta garantidos) 1 — Para efeitos do disposto no artigo anterior, o membro do Governo responsável pela área da saúde estabelece, por portaria, os tempos máximos de resposta garantidos para todo o tipo de prestações sem carácter de urgência, nomeadamente ambulatório dos centros de saúde, cuidados domiciliários, consultas externas hospitalares, meios complementares de diagnóstico e terapêutica e cirurgia programada. 2 — Gradualmente, os tempos máximos de resposta garantidos por tipo de prestação são discriminados por patologia ou grupos de patologias. 3 — Cada estabelecimento do SNS, tomando como referência a portaria referida no n.º 1, fixa anualmente, dentro dos limites máximos estabelecidos a nível nacional, os seus tempos de resposta garantidos por tipo de prestação e por patologia ou grupo de patologias, os quais devem constar dos respectivos planos de actividades e contratos-programa; Artigo 27.º (Informação ao utente) De forma a garantir o direito do utente à informação, previsto no artigo 25.º da presente lei, os estabelecimentos do SNS e do sector convencionado são obrigados a: a) Afixar em locais de fácil acesso e consulta pelo utente a informação actualizada relativa aos tempos máximos de resposta garantidos por patologia ou grupos de patologias, para os diversos tipos de prestações; b) Informar o utente no ato de marcação, mediante registo ou impresso próprio, sobre o tempo máximo de resposta garantido para prestação dos cuidados de que necessita; c) Informar o utente, sempre que for necessário acionar o mecanismo de referência entre os estabelecimentos do SNS, sobre o tempo máximo de resposta garantido para lhe serem prestados os respectivos cuidados no estabelecimento de referência, nos termos previstos na alínea anterior; d) Informar o utente, sempre que a capacidade de resposta dos estabelecimentos do SNS estiver esgotada e for necessário proceder à referência para os estabelecimentos de saúde do sector privado, nos termos previstos na alínea b); e) Manter disponível no seu sítio da Internet informação actualizada sobre os tempos máximos de resposta garantidos nas diversas modalidades de prestação de cuidados; f) Publicar e divulgar, até 31 de Março de cada ano, um relatório circunstanciado sobre o acesso aos cuidados que prestam, os quais serão auditados, aleatória e anualmente, pela Inspeção-Geral das Actividades em Saúde; Artigo 28.º (Reclamação) É reconhecido ao utente o direito de reclamar para a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), nos termos legais aplicáveis, caso os tempos máximos garantidos não sejam cumpridos; Artigo 29.º (Regime sancionatório) O regime sancionatório por infracção ao disposto neste capítulo consta do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, Artigo 30.º (Avaliação) 1 — O membro do Governo responsável pela área da saúde apresenta à Assembleia da República, até 31 de maio, um relatório sobre a situação do acesso dos portugueses aos cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e convencionados no âmbito do sistema de saúde, bem como de avaliação da aplicação da presente lei, relativo ao ano anterior. 2 — Anualmente, a comissão especializada permanente da Assembleia da República com competência específica na área da saúde elabora, publica e divulga um parecer sobre o relatório previsto no número anterior.».

saúde, atendendo-se à *personalidade, grau de instrução e às condições clínicas e psíquicas do paciente*. Especifica-se ainda que a informação *deve conter elementos relacionados com o diagnóstico (tipo de doença), ao prognóstico (evolução da doença), tratamentos a efectuar, riscos associados e eventuais tratamentos alternativos*. Estabelece-se na Carta, sempre em sede de considerações, o direito ao dissentimento sobre a informação, a que acresce a faculdade de indicação de terceiro a quem a mesma deve ser prestada. Quanto ao consentimento para a prática de actos médicos, refere-se que aquele é prévio a estes, decorre da informação prestada e é imprescindível para a actuação pretendida. Mais se indica a possibilidade de dissentimento, quer em relação à actuação pretendida, quer como revogação do consentimento prestado.

Na *Norma 015/2013 DGS de 03/10/2013*, elaboraram-se algumas considerações no sentido de enquadrar juridicamente o direito ao consentimento informado e esclarecido do paciente; indicam-se os requisitos de eficácia do consentimento; e, por fim, atendendo ao facto de se reputar a formalização por escrito como um meio privilegiado de concretização do direito de manifestação de vontade, foi anexado um modelo genérico como proposta de trabalho e de adaptação para cada instituição de saúde. Alertaram-se as instituições para o facto de a formalização da declaração de consentimento ser importante para os casos em que as intervenções impliquem um risco sério para a vida, e de que o documento deverá fazer parte integrante do processo clínico. A finalidade a atingir foi a de construir uma uniformização dos modelos e das actuações prosseguidas nas várias instituições de saúde portuguesas, o que é de louvar. Quanto a críticas, adiante me pronunciarei, designadamente no que concerne a uma formalização documental que me parece espúria, tanto mais quanto se generaliza a acesso a plataformas informáticas que temporalmente permitem analisar os procedimentos dos serviços.

VI. 5 .º A Lei Civil

O nosso Código Civil não contém um preceito em que tenha sido vertida uma definição de «direito de personalidade», porém, o art. 70.º, n.º 1 e n.º 2 prescreve as «providências adequadas» para a protecção da integridade moral e física de todas as pessoas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa. E nos artigos seguintes surge a regulamentação de alguns direitos de personalidade especialmente previstos (direito ao nome, ao pseudónimo, ao

sigilo sobre cartas, memórias e, ainda, determinados outros escritos, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada), cuja protecção conhecemos já da esfera da lei constitucional e ficam, assim, reiterados na legislação civil.

Do artigo 70.º (cuja epígrafe é: *tutela geral da personalidade*) extrai-se uma protecção de um direito geral de personalidade, no qual se não têm de esgotar os direitos especiais seguidamente regulados. Assim, Rabindranath Capelo de Sousa, depois de demonstrar a sua existência, dinâmica, limites e articulação com os direitos especiais de personalidade, qualifica-o como um direito subjectivo privado e direito subjectivo público (atentas as respectivas tutelas civil e constitucional), pessoal e absoluto (*erga omnes*)⁽³⁷⁷⁾. Direito subjectivo privado porque «a personalidade humana é um bem unitário afectado pelo art. 70.º do C.Civ. aos fins juscivilisticamente tutelados do seu titular»⁽³⁷⁸⁾. Direito subjectivo público, entre o mais, porque no art. 16.º, n.º 1, da CRP se admite a existência de direitos fundamentais contidos em normas outras além das do texto constitucional, sendo este exactamente o caso do teor do art. 70.º do C.Civ. «... pelo acervo de bens e valores jurídicos tutelados...»; e com um regime análogo ao dos direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da Parte I da Constituição⁽³⁷⁹⁾. Direito pessoal, não patrimonial: «... na medida em que é insusceptível de ser reduzido a uma soma em dinheiro», muito embora a sua violação possa gerar um direito a uma indemnização, esta sim de natureza patrimonial⁽³⁸⁰⁾. Direito absoluto porque o seu titular pode exigir dos demais sujeitos jurídicos respeito pelo seu direito «... na medida do respectivo conteúdo», respeito que lhes determina um dever geral de não ingerência, como obrigação passiva universal «... e, excepcionalmente, (...) deveres gerais de acção ou de solidariedade social (dever positivo), abrangendo também estes últimos deveres toda e qualquer pessoa que se encontre em condições de prestar auxílio»⁽³⁸¹⁾. Dir-se-á contra esta qualificação que o direito geral de personalidade revela contornos imprecis-

(377) Cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 557 e ss. e 605 e ss..

(378) ID, *ibid.*, p. 611. O A. nas páginas em referência demonstra a «compatibilidade» do direito geral de personalidade com as mais diversas noções de direito subjectivo formuladas pela doutrina.

(379) ID, *ibid.*, pp. 620 e ss..

(380) ID, *ibid.*, p. 616.

(381) ID, *ibid.*, pp. 616 e ss..

sos, que impedem os demais sujeitos de agirem com certeza em relação ao objecto do respeito devido. Daqui decorreria, para além do mais, a necessidade de concretização do que fosse o direito geral pela tipificação dos direitos especiais que comporta. A verdade é que o direito de personalidade é inato ao ser humano, pelo que a sua dimensão e sentido são realidades de permanente convívio e percepção de, e para, cada um de nós. Trata-se de uma esfera de valores, regras e princípios de que não pode um ser humano *despir-se*, sendo exactamente o reconhecimento dessa esfera nos demais sujeitos de uma comunidade uma consequência imediata da inevitável convivência em comunidade. A esta esfera primária associam-se sucessivas esferas de valores identificativos inter-relacionais; familiares, de amizade, de identificação com outros seres humanos, etc.. É pois, fácil defender o conhecimento imediato dos limites e conteúdo da esfera «físico-psíquica-ambiental» de cada indivíduo: porque todos a possuímos e a reconhecemos como garantia essencial para cada um de nós, e, por consequência, nos restantes indivíduos. Da cláusula geral de protecção do direito de personalidade prevista no art. 70.º do C.Civ. conseguimos extrair, sem prejuízo da certeza e da segurança jurídicas, direitos de personalidade especiais, por simples identificação com o padrão de afectação da «esfera físico-psíquica-ambiental» de cada sujeito. Todavia, este carácter absoluto não retira a possibilidade de o titular do direito de personalidade modificar, na medida da licitude da respectiva actuação ou do resultado, aspectos somáticos que se prendem directamente com o conteúdo da sua personalidade (*v.g.* operação cirúrgica que modifica a aparência), ou atribuir a determinadas pessoas autorização para, confirmando-se a disponibilidade, ultrapassarem a limitação do dever de respeito. Na verdade, o consentimento proferido por quem seria lesado, retira ilicitude ao acto, desde que este não contrarie uma proibição legal ou os bons costumes (*cf.* art. 340.º, n.º 1 e n.º 2, do C.Civ.). Acresce o respeito pelos princípios da ordem pública, cuja contrariedade determina a nulidade do exercício da vontade limitativa dos direitos de personalidade, excepto se esta limitação voluntária tiver consagração legal, caso em que passa a ser livremente revogável, embora possa ser causa de responsabilidade civil (*cf.* art. 81.º, n.º 1 e n.º 2, do C.Civ.). Estas regras vêm, assim, reiterar a já referida tutela constitucional do direito à integridade física dos pacientes nas relações que se estabelecem entre os médicos e aqueles.

VI. § 6.º A regulamentação ético-profissional: o Código Deontológico da Ordem dos Médicos

«O dever de obter o consentimento para a prática de actos médicos resultou da necessidade de conferir força jurídica aos princípios de respeito pelo doente, na sua saúde e personalidade. Não espanta, pois, que entre nós as normas de carácter deontológico que regeram, e regem, o exercício da medicina ofereçam reflexos desta doutrina. Ordem dos Médicos foi a denominação dada ao Sindicato Nacional dos Médicos, aquando da sua constituição pelo DL n.º 29 171, de 24 de Novembro de 1938, que aprovou ainda os respectivos estatutos. O exercício da medicina pelos profissionais a tanto habilitados passou a carecer da prévia inscrição neste organismo corporativo (cf. art. 7.º). Previamente os estatutos a existência de normas regulamentares deontológicas, que a Ordem podia elaborar e às quais os médicos deviam pontual e escrupulosa obediência (cf. art. 4.º, n.º 5 e n.º 13 e art. 14.º, respectivamente), sob pena de responsabilidade disciplinar cuja jurisdição lhe competia igualmente (cf. art. 4.º, n.º 5). Assim, no exercício das suas competências, o Conselho Geral da Ordem dos Médicos elaborou e aprovou em 1939 (cf. art. 33.º, n.º 3) um conjunto de normas de procedimento profissional denominado «Compromisso Deontológico» (382). Entre as mesmas constava um preceito, o seu art. 18.º, que impunha a prestação do consentimento do paciente: «Nenhum doente na plena posse das suas faculdades mentais deve ser operado sem o seu consentimento» (383). Acrescentando-se de seguida nos parágrafos deste artigo deveres gerais de informação (384). Após dezoito anos de vigência, a necessidade de, a par de outras razões, «... dar a um conjunto de importantes

(382) Foi publicado com um «Regulamento disciplinar» no primeiro *BOM*, 1.º fascículo do 1.º ano (1939). Cf. EURICO SERRA e E. SILVA PICO, *Código do Médico... cit.*, 2.º vol., pp. 148 e ss..

(383) Esta redacção mereceu duras críticas de José CALVET DE MAGALHÃES, *op cit.*, pp. 71 e ss.. Entre o mais, porque encontrava a necessidade do consentimento alargada às demais intervenções médicas, que não apenas às intervenções cirúrgicas. E, a *contrario sensu* da redacção, resultava exactamente a possibilidade de uma intervenção arbitrária desde que não fosse cirúrgica. Por outro lado, entendia falaciosa a expressão «no pleno uso das suas faculdades mentais» e inaplicável, por exemplo, ao menor que as possuísse ou ao doente que repudiasse a intervenção quando esta implicasse o *estado de necessidade*.

(384) Assim: «§ 1.º: Quando uma intervenção de qualquer natureza faça correr sérios riscos à vida do doente, este, tanto quanto as circunstâncias o permitam, deve conhecê-los, e pelo menos a família não os pode ignorar. / § 2.º: Do mesmo modo se deve proceder quando se tentem operações que, embora isentas de gravidade, sejam de resultados muito duvidosos».

princípios de carácter deontológico adequada expressão jurídica»⁽³⁸⁵⁾, contribuiu para a elaboração de novas normas estatutárias, através de um diploma em que se assegura «... com firmeza o respeito pelo doente, pela vida do homem e pela sua personalidade...»⁽³⁸⁶⁾. O novo Estatuto da Ordem dos Médicos, vertido no Decreto-Lei n.º 40 651, de 21 de Junho de 1956, continha igualmente, no quadro dos deveres do médico para com os doentes, algumas regras significativas sobre o dever de respeito para com o paciente. Desde logo, o dever de o informar do prognóstico da doença⁽³⁸⁷⁾ e, para operar, o de obter o seu consentimento ou, sendo ele menor, o dos pais ou tutores⁽³⁸⁸⁾. Em matéria de experimentação e, ainda, se as actividades para diagnóstico, prognóstico ou terapia envolvessem a diminuição da consciência, ou criassem estados mórbidos, o consentimento devia ser prestado pelo paciente em termos formais após informação, ou seja, devia ser reduzido a escrito. Este nos parece ser o alcance do preceituado no art. 80.º do EOM de 1956, que dispunha: «O médico deve abster-se de qualquer tratamento não fundamentado ou experimentação temerária, sendo-lhe ainda proibido usar de processos analíticos ou terapêuticos que possam produzir alteração da consciência com diminuição da livre determinação e da responsabilidade, ou provocar estados mórbidos, salvo havendo o consentimento formal do doente, devidamente avisado dos riscos a que se expõe»⁽³⁸⁹⁾.

Aquelas regras influenciaram a posterior regulamentação da Organização Hospitalar, contida no Decreto-Lei n.º 48 357, de 27 de Abril de 1968 (Estatuto Hospitalar)⁽³⁹⁰⁾, a par de novidades, como a consagração do direito dos

(385) Cf. o ponto 1.º do preâmbulo do DL n.º 40 651, de 21 de Junho de 1956.

(386) *Ibid.*, ponto n.º 5.

(387) A *contrario sensu* do preceituado no art. 75.º do EOM de 1956: «Um prognóstico grave pode ser legitimamente ocultado pelo médico ao doente; um prognóstico fatal só lhe pode ser revelado pelo médico com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento e da sua índole moral; mas em regra, devem um e outro ser revelados à família».

(388) Cf. art. 77.º do EOM de 1956: «Antes de operar um doente, o médico **deve** obter o seu consentimento ou o dos seus pais ou tutores, se o doente for menor, salvo nos casos de extrema urgência».

(389) O sublinhado pertence-me.

(390) Assim, os n.ºs 1 e 2 do art. 82.º do E.H. de 1968 reproduziam os *supra* citados artigos 75.º e 77.º do EOM de 1956, «quanto ao discutido problema da necessidade do consentimento para execução de intervenções cirúrgicas e o questionado direito de conhecer o diagnóstico e prognóstico que lhes respeitam...» — lê-se no preâmbulo do Dec. 48 357 em

pacientes de recusarem «assistência, (...) exames ou tratamentos desnecessários ao diagnóstico e tratamento de que precisem» (391). Este alargamento das circunstâncias em que era necessário obter o consentimento (392) foi o resultado da vontade de transportar para o interior dos hospitais a liberdade que o paciente possuía nas suas relações privadas com um médico, por exemplo, no consultório deste. Parecendo confirmar o que afirmamos, a LBS acata inequivocamente os direitos de informação prévia, da necessidade de prestação do consentimento e salvaguarda a possibilidade de dissentimento do paciente, cf. Base XIV. Fica assim assegurado no âmbito do exercício da medicina nos hospitais públicos o direito à autodeterminação do paciente. Mas voltemos às normas deontológicas do exercício da medicina, pois consideramos fundamental analisar, como fonte mediata do consentimento informado, o CDOM que vigorou entre 1981 e 1985 continha regras com uma valoração jurídica algo controversa. Com efeito, o DL n.º 282/77, de 5 de Julho, que revogou e substituiu o EOM de 1956, atribuiu ao Conselho Nacional de Deontologia e Ética Médica da OM (cf. art. 80.º) a competência para elaborar o Código Deontológico. Assim aconteceu em 1981 (393). Porém, a publicação do Código foi apenas efectuada na Revista da OM e não no Jornal Oficial, o que gerou uma polémica sobre a existência jurídica do «código» (394). Independentemente de sublinhar este «processo técnico, no mínimo, pouco

referência (n.º 8) — para atingir-se «...uma uniformidade de conceitos **que evitará aos clínicos hesitações e erros**» (os sublinhados pertencem-nos).

(391) Cf. n.º 8 do preâmbulo do Decreto-Lei em referência e *infra*, sobre a matéria do dissentimento, cap. IV, pontos n.º 5 e ss..

(392) Dizia-se nos n.ºs 2 e 3 do art. 80.º do E.H. de 1968: «2. Os doentes podem recusar a assistência, salvo quando a lei dispuser o contrário. Este direito não pode ser exercido pelo representante ou tutor do assistido. / 3. Os doentes não podem ser submetidos, sem seu consentimento, a exames ou tratamentos, nem ser retidos nos serviços hospitalares, contra sua vontade, por período superior ao estritamente necessário para diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos na lei».

(393) Cf. ROM, n.º 6 (Junho) de 1981.

(394) No Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 99/82, in *BMJ*, n.º 321, pp. 193 e ss., conclui-se que o CDOM a que se refere o art. 80.º do EOM de 1977, «necessita de aprovação pelo Governo e de publicação no Diário da República para que tenha existência jurídica». Se bem que IRENEU CABRAL BARRETO, em voto de vencido, tenha defendido a existência jurídica do Código por crer que «o legislador entregou à Ordem dos Médicos a [sua] elaboração, aprovação e publicação», não tendo sido «fixada por lei qualquer forma especial de publicidade». No entanto, o preceituado no art. 5.º, n.º 1, do Código Civil e o teor do art. 112.º, n.º 5 e n.º 6, da CRP, parecem retirar toda a vitalidade a esta tese.

clássico», a verdade é que a melhor doutrina não negou todo o valor jurídico destas normas, aceitando a sua eficácia jurídica «primariamente» interna³⁹⁵.

Com o CDOM de 1985 (³⁹⁶) a metodologia repetiu-se e alguns AA. mantiveram a tese da eficácia interna (³⁹⁷), vendo as regras do CDOM como normas que vinculavam o exercício profissional da medicina, permitindo «delimitar, com bastante precisão, o conteúdo da obrigação médica» (³⁹⁸).

Para outros autores, as regras contidas no CDOM tinham «valor jurídico de regulamento administrativo visto que emanam de uma associação pública dotada de competência normativa neste domínio» (³⁹⁹). Esta tese da «autonomia normativa institucional» por devolução de um poder do Estado (⁴⁰⁰) acabou por ter algum reflexo para a Administração Pública da Saúde (⁴⁰¹) com a entrada em vigor da LBS, já que a sua Base XXXII, n.º 4, veio reconhecer à OM «a função de definição da deontologia médica (...)».

O mesmo acabou por suceder com o CDOM que se encontra actualmente em vigor, apenas com o acréscimo de se ter ultrapassado a carência de publicação em DR: está neste momento em vigor o Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro.

Estas *normas* revelam-se de primeira importância no plano concreto da conduta médica, pela *proximidade* em que se encontram em relação aos respectivos profissionais, permitindo preencher Ao menos em termos de valor a respectiva actuação. Daqui resulta uma especial apreensão quando pensamos na diversidade de diplomas que regulam as várias matérias que são objecto do CDOM e nas divergências entre as respectivas normas.» Não se justifica,

(³⁹⁵) Vejam-se os contornos desta questão, face ao «Código» de 1981 *supra* referido, em J. FIGUEIREDO DIAS/J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...cit.*, pp. 23 e ss..

(³⁹⁶) Cf. ROM, n.º 3 (Março) de 1985.

(³⁹⁷) Cf. J. A. ESPERANÇA PINA, *A Responsabilidade dos Médicos...cit.*, p. 16; LESSEPS L. REYS/RUI PEREIRA, *Introdução ao Estudo da Medicina Legal... cit.*, vol. I, pp. 12 e ss.. Neste sentido em relação ao mais recente CDOM segue André DIAS PEREIRA, *Direitos do Paciente... cit.*, pp. 45 e ss., com que concordo inteiramente

(³⁹⁸) Cf. Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o Ónus da Prova... cit.*, p. 123, onde defende estarmos perante um exemplo de costume codificado, sendo aqui que o Código «funda o seu valor jurídico», por o não poder retirar da sua forma legal.

(³⁹⁹) Cf. José Manuel SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas... cit.*, pp. 61; J.A. TELLES PEREIRA, *As novas liberdades...cit.*, p. 73, nota 5.

(⁴⁰⁰) ID, *ibid.*

(⁴⁰¹) Vem à colação, embora restringida, a doutrina contida no voto de vencido de IRENEU CABRAL BARRETO no Parecer da PGR n.º 99/82.

pois, mais do que uma análise pontual sobre algumas das facetas sobre a autonomia do paciente no CDOM ou de outras realidades que topicamente serão afluídas. Mas a respectiva qualidade normativa poderá sempre aparecer como uma projecção da aludido poder devolvido de construção normativa, cuja publicidade agora faculta algum reforço... até que os Tribunais as usem para preencher conceitos indeterminados ou projecções normativas cuja hermenêutica suscite a ordem jurídica com todos as suas fontes constituintes e despeitem o problema. Até lá, basta isto:

CDOM: Artigo 49º (Recusa de exames e tratamentos) 1. Se o doente, a família ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-lo nos termos do artigo 41.º, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 6 do artigo 46.º. 2. Em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coacções.

A indicação da família e a referência *sinlagmática* à da *recusa* da assistência do médico, onde não consigo deixar de vislumbrar um *sabor* desnecessário falam por si. Pois os deveres médicos, como resulta do preceito (e do art. 44.º do CDOM), não cessam com a recusa; antes ressuscitam a dúvida sobre se precedentemente se verificou um esclarecimento que deu azo ao senso da decisão. Eis o que me parece merecer sugestão e alerta. Como entendo que a prestação de cuidados de saúde passa pela informação e construção da relação de aliança fundada em confiança, propendo para encarar a recusa como uma 2.ª consulta... No fundo, algo como, perdoe-se a coloquialidade: — ora vamos lá começar tudo de novo: chama-se?

VI. § 6.1 A Deontologia para outros profissionais de saúde

Os demais profissionais que actuam no campo da medicina possuem, em regra, mecanismos deontológicos, aos quais deixo mera referência, pela enorme dispersão, que, já se adivinha, deve merecer possível uniformização geral, para evitar desconformidades clássicas, como sejam a prestação de informações e a obtenção de consentimento à família; protecção de dados, sigilo, etc.

É o caso do Código Deontológico dos Médicos Dentistas aprovado no âmbito do Estatuto da Ordem dos Médicos Dentistas (aprovado pela Lei n.º

110/91, de 29 /08: alterações ulteriores: Lei n.º 82/98, de 10/12; e Lei n.º 44/2003, de 22/08;

O Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, cf. DL n.º 104/98, de 21/04. Sublinho a importância da actuação dos enfermeiros enquanto parceiros privilegiados no âmbito da obtenção de consentimentos esclarecidos;

O Código Deontológico da Ordem dos Psicólogos Portugueses (reg. n.º 258/2011, in DR, II, de 20/04/2011;

O Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos (publicado em anexo ao DL n.º 288/2001, de 10/11;

A Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais (Lei n.º 45/2003, de 22/08); possui regras com carácter deontológico (remetendo até para o preceituado na lei penal);

Código de Ética e de Deontologia dos odontologistas, Portaria n.º 168/2011, de 20 de Abril ⁽⁴⁰²⁾.

Quanto aos administrativos, o art. 7.º da LPDP, determina que estes quanto ao processamento de dados, que elaborem ou a que tenham acesso, estão também obrigados ao dever de sigilo, podendo incorrer na prática do crime previsto no art. 47.º da mesma Lei. Por seu turno, o art. 17.º prescreve: “1 – Os responsáveis do tratamento de dados pessoais, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais tratados, ficam obrigados a sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções.

A Associação Portuguesa dos Técnicos de Radioterapia, Radiologia e Medicina Nuclear, possui o seu código deontológico, desde Junho de 2002, embora referenciado a Janeiro de 2011, desconhecendo se cumpriu alguma formalidade regulamentar ou outra quanto à forma de publicação que não a que consta da sua página informática ⁽⁴⁰³⁾.

Os técnicos e técnicos superiores de segurança e higiene do trabalho devem desenvolver as actividades definidas no perfil profissional de acordo com

⁽⁴⁰²⁾ Cf. <http://www.rcmpharma.com/actualidade/direito-na-saude/codigo-de-etica-e-de-deontologia-profissional-dos-odontologistas> 234

⁽⁴⁰³⁾ Cf. <http://www.atarp.pt/atarp/index.php/home/codigo-deontologico>

os seguintes princípios deontológicos, definidos no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 110/2000 ⁽⁴⁰⁴⁾.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cf. [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/AreasPrincipais/Tecnicos/deontologia/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/AreasPrincipais/Tecnicos/deontologia/Paginas/default.aspx)

Capítulo VII. O Turismo nos cuidados de saúde

A actividade *turística* em termos empresariais, no que sejam os seus rudimentos, possui contornos algo indefinidos que se perdem nos tempos, já que desde os primórdios prendeu-se tão simplesmente com a circulabilidade das pessoas. Em termos jurídicos essa circulabilidade aparece fundamentalmente tutelada por *contratos* de transporte e de hospedagem, mas foi sendo progressivamente objecto de necessidades de regulamentação geral, e posteriormente especificada, tanto quanto se foi massificando. Neste sentido, em tempos coevos ao de notícia de alguma da sua intensificação entre nós, por via do desenvolvimento dos «caminhos-de-ferro» ⁽⁴⁰⁵⁾, o enquadramento *empresarial* da actividade ancorou-se no preceituado nos arts. 230.º e 366.º e ss. do C.Com. português de 1888, que deu estatuto empreendedor e comercial a actividades onde o turismo se viria a inserir ⁽⁴⁰⁶⁾ e, quanto a hospeda-

⁽⁴⁰⁵⁾ Deixo em ligeiríssima nota a indicação do que me surge esclarecedor sobre um *esforço* português: a remissão para as magníficas páginas do *prefácio* de Raul BRANDÃO ao *Guia de Portugal* (que organizou e coordenou), cuja 1.ª edição foi publicada pela Biblioteca Nacional de Lisboa, e foi reproduzida em *fac-simile* pela FCG (org. Sant'anna Dionísio), em 1979, cf. pp. LVIX-LXIV, no volume (1.º Vol) dedicado a *Lisboa e arredores*, cf. a 3.ª reimpr. de 1991 (ISBN 972-31-0544-6). Neste volume, a p. XII, a par dos agradecimentos, ficou a seguinte nota *amarga* do que não se deseja constituir sempre um eterno estigma nacional: «Devemos deixar aqui consignada a nossa gratidão a todas as companhias de caminhos-de-ferro, que acolheram este Guia com entusiasmo e lhe deram o seu apoio material e moral. Lamentamos ter de excluir deste agradecimento a Companhia dos Caminhos de Ferro Portugueses, que, embora para isso tivesse sido três vezes solicitada, nos negou todo o auxílio nesta obra patriótica de turismo, cuja indústria ela assim explora sem lhe aceitar as responsabilidades morais e os deveres mais elementares de solidariedade. A simples enunciação do facto tornaria redundantes e tiraria a eloquência a quaisquer outras palavras de protesto, por mais duras e candentes que elas fossem.». Os minuciosos *esclarecimentos práticos* — que se revelam hoje pitorescos — sobre o serviços dos comboios podem ser lidos a pp. 136-144, dando nota do primeiro troço, entre Lisboa e o Carregado, com início de trânsito em 28 de Outubro de 1856. Para os Hotéis (incluindo estalagens e hospedarias) e *Casas de aluguer*, cf. pp. 150 e s.; para *as águas*, cf. pp. 133 e s, afirmando que: «Luso vence Évian como Vidago vence Vichy, e o Gerês Carlsbad.»; dá ainda notícia dos grandes grupos clínicos a que as estâncias de águas existentes e indicadas são havidas para alívio e remédio: «doenças da pele»; «reumatismo»; «Sífilis»; «Doenças útero-ováricas»; «Doenças dos rins»; «Litíases e cálculos das vias urinárias»; «Artrismo e doenças da nutrição»; «Diabetes»; «Doenças do fígado»; «Doenças gastro-intestinais»; e «Doenças das vias respiratórias», remetendo desenvolvimentos para «Fernando Correia, *Guia Prático das Águas minero-medicinais portuguesas*, pp. 101-105». E, por fim, indicação de «Estações de Cura», a p. 136, onde enaltece as instalações do Sanatório de Sousa Martins, sito na Guarda, por comparação às dos melhores sanatórios europeus.

⁽⁴⁰⁶⁾ Sem qualquer preocupação para além de dar mera nota para memória futura, registo que mercê da Lei n.º 1 152, de 23 de Abril de 1921 se verificou a instituição nas «estâncias

gem, cf. no âmbito do C.Civ de 1867 (Seabra), o *contrato de albergaria ou pousada*, previsto no art. 1149.º, como contrato em que «alguém presta a outrem, albergue e alimento, ou só albergue, mediante a retribuição ajustada ou costume».

A ideia de viajar —mantendo-se o domicílio— pelos mais variados motivos, incluindo exclusivamente a aventura, recebeu vários incrementos ao longo da história; tantos quanto os impulsos tecnológicos que se verificaram no domínio dos transportes. Actualmente, a actividade encontra-se quantitativamente centrada no lazer mas não se esgota nesta fórmula; dos negócios ao desporto, das viagens locais aos desígnios de um turismo em *alter space* (407), apenas tendencialmente se aceita tipificar as razões para a respectiva prática (408).

de turismo» de «comissões de iniciativa» com o escopo de «promover o desenvolvimento local». Estas estâncias de turismo foram posteriormente objecto de classificação (cf. o decreto n.º 8 714, de 14 de Março de 1923), aqui se incluindo como «estâncias hidrológicas, todas as localidades onde são exploradas uma ou mais nascentes de águas minerais e respectivo estabelecimento balnear.».

(407) Existe um projecto, até agora aquilatado como excêntrico, patrocinado pelo empresário Richard Branson (Virgin Galactic) que anuncia uma «nova geração de aviões orbitais», que, mercê da possibilidade de prosseguirem as rotas de voo fora da órbita terrestre podem atingir velocidades até 7000km/h concretizando, por ex.º, uma viagem entre a Inglaterra e a Austrália em 02h30m (viagem inaugural anunciada para 2014) e completar integralmente a órbita terrestre em 03:00h. A ambição é ainda a de concretizar voos espaciais turísticos, viagens à lua e a construção de «hotéis no espaço», cf. <http://transpoonline.com.br/2013/10/virgin-galactic-tera-aviao-orbital-viagem-7-mil-kmh/>.

(408) Sobre a definição de turismo (do sentido literal anglófilo *tour*: volta, dar uma volta) não existe qualquer consenso, nem necessidade de que tal aconteça (basta partir da ideia de que se tratam de viagens voluntárias de objectivos múltiplos, lícitos, com retorno tendencialmente previsto a um domicílio que se mantém; para distinguir do que seja emigração a OIT recomenda seja tida em conta uma *ausência* até uma limitação temporal de um ano, cf. World Tourism Organization UNTWO e Fundación ACS: *Manual de turismo accesible para todos: Alianzas público-privadas y buenas prácticas*, 2014, ISBNe 978-92-844-1568-7, acessível in <http://www2.unwto.org/publication/manual-de-turismo-accesible-para-todos-alianzas-publico-privadas-y-buenas-practicas>); trata-se de uma actividade económica internacional cuja importância recebeu um impacto forte após a revolução industrial do séc. XIX (transportes ferroviários), no período entre GM, alcançou-se as necessidades de organização em termos internacionais, dando azo às primeiras estruturas globais: Congresso Internacional de Associações Oficiais de Tráfego Turístico, Haia (1925), e posteriormente à II Guerra Mundial, a União Internacional de Organizações Oficiais de Viagens, estrutura de natureza não governamental com sede em Genebra; até que a partir de 1974 a AG da ONU delibera a sua transformação em órgão intergovernamental, designada como Organização Internacional de Turismo (OIT), convertida em agência especializada a partir de 2003, cf. NEL, vol. 22, pp. 6820 e ss. e, para mais desenvolvimentos, sugere-se a consulta do «site» da OMT: <http://www2.unwto.org/>.

O turismo higiênico, estival, enquanto fórmula sensível a actividades saudáveis que incluem ginástica, escalar, nadar ou simplesmente caminhar, respirar, etc.; do mesmo modo, o repouso, os banhos, as termas, as dietas, não constituem novidade ⁽⁴⁰⁹⁾. Por mero exemplo, as estâncias balneares na França de 1860 são estendidas, mercê do prolongamento do caminho-de-ferro até à região norte da Picardia, e daí em diante com acessibilidades e preços que *democratizam* a frequência e retiram esse *privilégio* à alta burguesia, determinando várias duplicações do número de residentes durante os períodos estivais ⁽⁴¹⁰⁾. Perfeitamente em conexão com o desenvolvimento de posturas de «bem-estar» individual, tal como uma visão económica onde as regras de oferta e de procura aparecem com naturalidade, e, sem esvair razões, a correlação com os desenvolvimentos e a disponibilidade científicas e de expoentes de prestação de serviços médico medicamentosos.

Neste sentido, não estou de acordo com uma visão em que a medicina e o turismo pertencem a conceitos populares distintos com uma relação não evidente ou até antagónica; pelo contrário, os pressupostos da medicina e do

⁽⁴⁰⁹⁾ Em Portugal, desde o livro reputado como o primeiro tratado de higiene em língua portuguesa, da autoria de Fernão SOLIS DA FONSECA, *Regimento para conservar a saúde e vida*, Lisboa, 1626 que é feito expressamente a apologia do exercício como mecanismo para atingir a saúde, por virtude do qual: «... se gastão as superfluidades e ruins humôres do corpo e se distribue o calor natural pellos membros, para lhe dar ser e força...»; e daí em diante ao longo dos sécs. XVIII, XIX, persistem os autores, médicos ou inteligentes, a apontar os exercícios, os ares, os banhos frios de mar, as caminhadas, as deslocações para ambientes amplos e saudáveis, com as respectivas disciplinas, etc.; assim João CURVO SEMEDO, in *Atalaya da Vida contra as hostilidades da morte*, Lisboa, 1720, p. 252, atribui à falta de exercício muitas das doenças e mortes; e na transição para o séc. XIX é já política pública, na sequência da que se alarga e generaliza a todos a procura dos espaços da natureza, para marchas, corridas, lançamentos, saltos e natação, como defendia Martinho de MENDONÇA E MELO, *apud* Jorge CRESPO, *A História do Corpo*, Difel Ed., Lisboa, 1990 ISBN 972-29-0022-6, pp. 545 e ss., Luís António VERNEY, *Verdadeiro Método de Estudar*, vol. IV, Lisboa, 1952; e António RIBEIRO SANCHES, *Cartas sobre a educação da mocidade*, in *Obras*, Vol. I, Coimbra, 1959, pp. 201-236. Cf. ainda, Charles-Edward A. WINSLOW: « in 1920 as, "the science and art of preventing disease, prolonging life, and promoting physical health and efficiency through organized community efforts for the sanitation of the environment, the control of community infections, the education of the individual in principles of personal hygiene, the organization of medical and nursing service for the early diagnosis and preventive treatment of disease, and the development of the social machinery which will ensure to every individual in the community a standard of living adequate for the maintenance of health.", acessível in <http://www.answers.com/topic/history-of-public-health#ixzz363XKqEAY>.

⁽⁴¹⁰⁾ Cf. Georges VIGARELLO, *História das Práticas de Saúde: a saúde e a doença desde a Idade Média* (trad. Luís Filipe Sarmiento), Editorial Notícias, 2001 (ISBN 978-972-46-1171-X), pp. 222 e ss.

turismo possuem pontos comuns, sejam experiências edificantes e vantajosas, sejam recursos saudáveis incrementados, sejam o de uma actividade viável que retira vantagens em termos económicos de regiões beneficiadas em termos biológicos, naturais, meteorológicos ou com estruturas avançadas em recursos humanos, técnicos, etc., tudo a determinar uma procura de soluções em um sector de mercado onde os benefícios falam por cima de meros interesses económicos, pelas especificidades de determinadas disponibilidades médico-medicamentosas ⁽⁴¹¹⁾. A existência de condições naturais favoráveis para atalhar problemas relacionados com gerontes; com problemas ortopédicos, com doenças neuro-degenerativas ou de pele ou pneumológicas, etc. explicam-se por si mesmas e as vantagens que oferecem chamam os interesses económicos ligados a investimentos de natureza privada, de natureza mista, tal como a atenção de serviços nacionais de saúde, que por aqui encontram respostas para problemas insolúveis ou demasiados caros. Se este discurso é apelativo e virtuoso para o escopo de uma linguagem universal de saúde: cuidados de saúde transnacionais e tanto parece constituir um reconhecimento de países da união europeia (com os seus sistemas nacionais de saúde a satisfazerem a livre circulação de pessoas inerentes ao conceito de cidadania europeia, tal como a da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços); a verdade é que ainda subsiste em países cujos sistemas de saúde são tendencialmente mais liberais, na Ásia e América. Tanto determina correntes de circulação de pessoas que buscam destinos que adquirem reputação em termos médicos como a Austrália, o Brasil, a Tailândia, etc., redeseñando uma geografia de «regiões de saúde», plenas de ultra-nacionalidade. Esta realidade vai exigir novidades, especialmente porquanto o paciente-turista determina a construção necessária de um novo perfil de *consumidor* de serviços onde a cidadania merece protecção, e os requisitos de regulação, como está bem de ver, carecem de interpenetração e de uma objectivação que retire os parâmetros mais *agressivos* de publicidade e de oferta de serviços que uma actividade competitiva como a do *turismo* intuitivamente propicia rezear.

⁽⁴¹¹⁾ Neste sentido, cf. David BOTTERILL, Tomas MAINIL e Guido PENNINGS (org.), in AA.VV, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, Palgrave| MacMillan Ed., 2013 (ISBN 978-0-230-36236-9), e-book via Kindle, Introdução (loc.179-349);

VII. § 1.º Questões em torno do turismo e da(s) medicina(s)

O direito da medicina parece construir-se com pilares distintivos como sejam as especificidades em torno da autonomia; a construção de uma relação de alteridade com respeito tendencial pela privacidade individual; a elevação da saúde como bem universal cujas carências merecem respostas altruísticas, entre o mais. Parece-me ser nítido que esta é mais uma realidade onde ficam exacerbadas as originalidades que a medicina e a saúde requerem ao direito. A explosão de *respostas* dos vários ordenamentos jurídicos, por força da multiplicação de valores éticos vigentes, os vários limites das investigações científica, os financiamentos estatais para a saúde, os graus de intervenções possíveis em várias especialidades, os parâmetros das actuações dos profissionais de saúde, os estatutos dos pacientes, são algumas das várias constatações de que a medicina se pode praticar por todo o lado, mas que, à custa dos recursos disponíveis acaba por se praticar de diversas maneiras e com graus diferentes de extensão.

§ VII § 2.º Medicina não convencional ou medicinas tradicionais

Basta pensar na acupuntura, na fitoterapia, na homeopatia, na medicina tradicional chinesa, na naturopatia, osteopatia e quiropraxia para compreender que em termos mundiais existe uma atenção especial inclusiva de outros percursos que possuem créditos em termos da protecção e prossecução de cuidados de saúde. É por força desta constatação que a ONU, exactamente ao procurar catalogar as possíveis busca não apenas o maior respeito por regras técnicas uniformizadas e, preferencialmente, com as características de generalidade, de abstracção, de responsabilidade e, espero, de universalidade. Coube à ONU formular um esforço de levantamento e congregação das várias actividades e dos respectivos requisitos e práticas mediante relatórios obtidos com a colaboração de 129 países, avultando neste esforço o contributo da milenar medicina tradicional chinesa, mas sem deixar de circunscrever outras regiões, outra geografia possível. O resultado acabou plasmado em um relatório que traça as linhas comuns da *medicina tradicional*, também designada *não convencional* cujos objectivos estratégicos passam por: construir bases uniformes de conhecimento para a formulação unívoca das políticas nacionais; reforçar os critérios de segurança, qualidade e regulamentação

análoga; promover uma cobertura mundial ao integrar os serviços da medicina não convencional nos sistemas de saúde nacionais ⁽⁴¹²⁾. Estas novas áreas

⁽⁴¹²⁾ Cf. na sequência do Relatório *WHO Traditional medicine strategy 2002-2005*, a ONU produziu agora o *WHO Traditional medicine strategy 2014-2023* que parece reflectir os benefícios já atingidos pelo cruzamento de informações e a esperança de encontrar aspectos comuns para desenvolvimento na década que se aproxima, cf. WHO Library Cataloguing-in-Publication Data; *WHO traditional medicine strategy: 2014-2023*. 1.Medicine, Traditional. 2.Complementary therapies. 3.Health planning. 4.Delivery of health care. 5.Health policy. I.World Health Organization. ISBN 978-92-4-150609-0, acessível por via do site www.who.int. (http://www.imt.pt/BO/upload/DOCS/Lei/Estrategia_oms_sobre_medicina_tradicional_2014_2023.pdf). Existem inúmeras fontes possíveis para encontrar desenvolvimentos sobre a matéria, sempre sob a alçada das investigações e resultados obtidos no seio dos esforços da ONU; assim para a Medicina Tradicional, cf. (<http://www.who.int/medicines/areas/traditional/definitions/en>); para a medicina complementar, cf. (<http://www.who.int/medicines/areas/traditional/definitions/en/>). As *guidelines* da ONU nesta matéria podem ser analisadas em (<http://apps.who.int/medicinedocs/en/ci/CL10/>), e mostram que os Estados levam a sério o investimento em investigação, formação profissional de nível superior e a prática de actividades como sejam a acupunctura, mas igualmente outras actividades médicas próprias da «Medicina Ayurveda» ou da «Medicina Unani». Os resultados em termos económicos explicam igualmente os interesses envolvidos, designadamente dos financiadores chineses, pois atingem-se fornecimentos que ascendem a 83,1 bilhões de dólares para produtos e serviços a favor da China; 4,4 bilhões de dólares para a Coreia; e «importações» de produtos naturais para os EUA avaliados em 14,8 bilhões no ano de 2008. Os números de pessoas que viajam para se submeterem a aprendizagens e ou tratamentos também ascende a cifras muito impressionantes: «*There is significant demand for T&CM practices and practitioners worldwide. In Australia, visits to complementary health professionals such as acupuncturists, chiropractors and naturopaths have been growing rapidly with an increase of over 30% between 1995 and 2005, when 750 000 visits were recorded in a two-week period (15). According to a national survey in China, the number of traditional Chinese medicine (TCM) visits was 907 million in 2009, which accounts for 18% of all medical visits to surveyed institutions; the number of TCM inpatients was 13.6 million, or 16% of the total in all hospitals surveyed (16). In the Lao People's Democratic Republic, 80% of the population lives in rural areas made up of a total of 9113 villages: each village has one or two traditional health practitioners. A total of 18 226 traditional health practitioners provide a large part of health care service for 80% of the population's health (17). In Saudi Arabia, a recent study showed that individuals pay US\$560 per annum out-of-pocket for T&CM services*», cf. p. 26 do Relatório. Existe evidentemente um lado negro, também inventariado, o dos riscos associados aos desvios conexonados com estas práticas: 1. Uso de produtos sem qualidade, adulterados ou contrafeitos; 2. Exercício da actividade por charlatães e curiosos; 3. Diagnósticos insuficientes e mal conduzidos; 4. Exposição a informação errada, insuficiente ou enganosa; 5. Exposição directa a efeitos adversos, colaterais indesejados, especialmente no que concerne a interacções perniciosas, cf. Relatório, p. 31. A resposta processa-se entre o mais por uma evolução no processo de patentes e de regulação internacional, como acontece com a medicina chinesa, desde 1999, o que pode ser consultado via: (<http://www.legislation.gov.hk/eng/home.htm>). A «importação» ocidental pode ser exemplificada com os dados recolhidos ao nível da Suíça: «*In Switzerland, the average prevalence of T&CM use (persons who have used T&CM) was 49% (47) after 1990. In 1998, the Federal Department of Home Affairs (DHA) decided that, from 1999 to 2005, five complementary therapies – anthroposophical medicine, homeopathy, neural therapy, phyto-*

médicas que se abrem e oferecem com metodologias e resultados do mundo associam-se muito naturalmente a sectores de desenvolvimento profissional com sequelas colaterais económicas e que determinam um lugar cativo nesta matéria do turismo da medicina. Um lugar simpático, diga-se de passagem. Neste aspecto do direito da saúde existe um exercício concreto da medicina cuja disciplina se mostra particular e cuja normação se revela com plena originalidade, sejam em regras gerais, seja nos seus contornos excepcionais. Muitas razões se alinham para afirmar a necessidade de legislar universalmente, o que no campo em referência das *medicinas ocidentalmente não convencionais*, acabou por ter reflexo no ordenamento legislativo português mercê dos seguintes diplomas: a Lei n.º 71/2013, de 2 de Setembro que regulamenta a Lei n.º 45/2003, de 22 de Agosto, relativamente ao exercício profissional das actividades de aplicação de terapêuticas não convencionais ⁽⁴¹³⁾. A matéria de analogia relativamente às *leges artis (ad hoc)* seja quanto à autonomia, seja quanto ao processo clínico, sigilo e responsabilidade ficaram consagradas na lei, nos arts. 9.º e 10.º da Lei n.º 71/2013 ⁽⁴¹⁴⁾, que prevê ainda que

therapy and TCM (more precisely, traditional Chinese herbal therapy) – would be covered by the compulsory health insurance program (KLV), if the service was provided by a physician certified in CAM. Meanwhile, the Swiss government also set up a comprehensive programme to evaluate CAM (PEK), which was playing an ever-increasing role in the Swiss medical system, in order to determine its role and effectiveness. According to the PEK evaluation result, CAM practitioners can be distinguished from physicians providing conventional health care in respect of the nature, location and technical resources of their practice. In 2009, more than 67% of national voters opted for a new constitutional article on CAM, with the result that certain complementary therapies have been re-instated into the basic health insurance scheme available to all Swiss citizens (48). The constitutional article on CAM is also likely to speed up compulsory lessons for medical students, standardization of training and certification in complementary therapies for both doctors and non-medical practitioners, and the availability of CAM products in Switzerland», cf. p. 38.

⁽⁴¹³⁾ As actividades terapêuticas eleitas constam do art. 2.º e são as seguintes: a) Acupuntura; b) Fitoterapia; c) Homeopatia; d) Medicina tradicional chinesa; e) Naturopatia; f) Osteopatia; g) Quiropraxia, que recebem «autonomia técnica e deontológica», carecendo de estudos superiores (licenciatura) e reconhecimento administrativo (licenciamento via ACSS).

⁽⁴¹⁴⁾ «Art. 9.º (Informação) 1 — Os profissionais das terapêuticas não convencionais devem manter um registo claro e detalhado das observações dos utilizadores, bem como dos actos praticados, de modo a que o mesmo possa servir de memória futura. / 2 — Os profissionais das terapêuticas não convencionais devem prestar aos utilizadores informação correcta e inteligível acerca do prognóstico, tratamento e duração do mesmo, devendo o consentimento do utilizador ser expressado através de meio adequado em função das boas práticas vigentes na profissão. / 3 — Por forma a salvaguardar eventuais interacções medicamentosas, o utilizador deve informar por escrito o profissional das terapêuticas não convencionais de todos os medicamentos, convencionais ou naturais, que esteja a tomar. / 4 — Os

o exercício fique tutelado por uma entidade Reguladora: o CONSELHO CONSULTIVO PARA AS TERAPÊUTICAS NÃO CONVENCIONAIS, cf. arts. 17.º e ss.; legislação esta que carece —como a anterior— de regulamentação específica que devia ter sido levada a cabo no prazo de 180 dias.

VII. § 3.º Realidades múltiplas

Existe uma realidade que decorre da livre circulação das pessoas em um Mundo globalizado e que, a par com regimes privados de seguros de saúde ou dos serviços de saúde pública generalizados como os que existem na União Europeia, ou mistos, ou perante regimes de concorrência aberta e «feroz», em espaços territoriais mais alargados, aí está nas notícias quotidianas um mercado aberto de cuidados de saúde ⁽⁴⁵⁾. A movimentação direccionada para os cuidados de saúde prendem-se ainda com inúmeras razões: sejam os regimes legais vigentes nos países de origem dos pacientes restritivos quanto a determinadas matérias; medidas de prevenção epidemiológica; PMA ou autodeterminação no campo da cessação da gravidez, por ex.º, seja a qualidade esperada dos serviços, seja pelas condições materiais, pelo preço, etc..

A possibilidade de realizar tratamentos termais ou de fisioterapia, intervenções cosméticas especializadas ou determinadas cirurgias (ortopedia, of-

profissionais das terapêuticas não convencionais não podem alegar falsamente que os atos que praticam são capazes de curar doenças, disfunções e malformações. / Art. 10.º (Seguro profissional) 1 — Os profissionais das terapêuticas não convencionais estão obrigados a dispor de um seguro de responsabilidade civil no âmbito da sua actividade profissional, nos termos a regulamentar em diploma específico. / 2 — A regulamentação prevista no número anterior deve prever, nomeadamente, o capital mínimo a segurar, o âmbito territorial e temporal da garantia, as exclusões aplicáveis, a possibilidade de estabelecimento de franquias e as condições de exercício do direito de regresso.»

⁽⁴⁵⁾ Segundo o jornal Público «on line» de 03/04/2014: 'o «turismo de saúde e bem-estar pode render mais de 400 milhões de euros por ano», acessível in <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/turismo-de-saude-e-bemestar-pode-render-mais-de-400-milhoes-de-euros-por-ano-1630767>, onde se pode ler: «São grandes as esperanças dos que acreditam que o turismo de saúde e bem-estar pode passar a ser uma importante fonte de receitas para Portugal. Um estudo encomendado pela Associação Empresarial Portuguesa (AEP) – Câmara de Comércio e Indústria e pelo Health Cluster Portugal (HCP), avança com argumentos e números que fazem sonhar: o turismo de saúde e bem-estar tem potencial para contribuir com mais de 400 milhões de euros por ano para a economia portuguesa, em 2020. / O grosso das receitas será proveniente do turismo de bem-estar (SPAs, talassoterapia e termas), projectando-se para o turismo médico uma contribuição bem mais modesta, que passará dos 19 milhões de euros em 2016, para 94,6 milhões de euros em 2020, estimam os consultores que assinam o estudo.»

talmologia, etc.) em que determinados profissionais de saúde e instituições assumiram prestígio concorrem com fundamentos de ordem dos valores; mas especialmente no «mercado reprodutivo» reside o pior que André Dias Pereira já apelidou por confronto a um «turismo bio-ético», a existência de um eventual «turismo anti-ético» ⁽⁴¹⁶⁾: uma via que pode chegar ao ilícito, como será o caso de um indesejável «turismo para transplante», decorrente do desespero de quem não encontra solução e vê precipitar-se a sua necessidade até ao ponto de recorrer a estruturas suspeitas de manipularem a obtenção de órgãos por via da pobreza ou do crime ⁽⁴¹⁷⁾.

A par rompem outros tantos: o *turismo reprodutivo* ⁽⁴¹⁸⁾, especialmente por força da fragmentação legislativa, proibições e permissões ⁽⁴¹⁹⁾ ou o da autodeterminação sexual, onde o *dumping* dos interesses individuais rompe de forma atordoante as *limitações* regionais (estaduais) legislativas; tudo em um mundo *easyjet...* ⁽⁴²⁰⁾. Uso aqui o eufemismo *limitações* para designar o aparente paradoxo de, por ex.º, no espaço europeu, coexistir uma tendencial «cidadania europeia» com múltiplos ordenamentos jurídicos onde a cessação voluntária da gravidez, a PMA, a ortotanasia, o suicídio assistido, os transplantes, etc., merecem tratamentos distintos.

⁽⁴¹⁶⁾ Cf. André Dias PEREIRA, *Um Direito da Saúde para a Europa?* In *Debater a Europa*, n. 2/3 2010..., *cit.*, Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>.

⁽⁴¹⁷⁾ Cf. Thomas D. SCHIANO e Rosamond RHODES, *Transplant Tourism*, Cap. 8 in AA.VV., *Medical Tourism and Transnational Health Care...* *cit.*

⁽⁴¹⁸⁾ Cf. João LOUREIRO, *Filho(s) de um Gâmeta menor?... cit.* p. 8.

⁽⁴¹⁹⁾ Cf. Wannes van HOOFF e Guido PENNINGS, *Cross-Border Reproductive Care Around the World: Recent Controversies*, Cap. 7 in AA.VV., *Medical tourism and Transnational Health Care...* *cit.*

⁽⁴²⁰⁾ O anglicismo justifica-se-me em virtude dos constantes anúncios de viagens disponíveis «em cima-da-hora» mediante preços muito reduzidos para viagens aéreas com destinos variados a partir de poucas dezenas de euros. E, claro, no campo reprodutivo qualquer consulta em motor de busca *www* permite respostas como a que segue: «*Les clients ayant vu cette page pourraient aussi être intéressés par ces liens commerciaux: (De quoi s'agit-il?)*»:

[Procréation Médicale-](#)
[ment](#) 

- Assistée PMA Sans Liste d'Attente. Seulement 2 Voyages à Barcelone

www.eugin.fr/

[Embryolab](#) 

- Perturbation de la fertilité – diagnostique et traitement immédiat

www.embryolab.gr/

[FIV/Fécondation en](#)
[Suisse](#) 

- Procréation médicalement assistée Prenez rendez-vous en ligne !

www.fiv-geneva.ch/

Da mesma sorte, da conjugação do preceituado no art. 6.º, n.º 1, do TUE com o art. 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ⁽⁴²¹⁾, resulta com evidência que qualquer pessoa tem direito à sua integridade físico-psíquica. Esta, no campo da medicina e da biologia, exprime-se entre o mais no respeito pela doutrina do consentimento esclarecido. Está bem de ver que a multiplicidade linguística dos cidadãos dos Estados membros levam a recear poder ser difícil cumprirem-se os requisitos de compreensibilidade entre profissionais de saúde, seja entre si seja com os pacientes no campo de uma relação que se pretende *aberta* e fortemente interactiva. E todos os interlocutores movimentam-se, estabelecem-se e prestam e recebem livremente serviços em um espaço geográfico alargado. Daqui que assuma especial relevância o cumprimento do preceituado na aludida CDFUE, em matéria de «protecção da saúde», no que concerne a um específico «direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais...», cf. art. 35.º; posto isto, consequentemente, coloco o acento tónico na garantia de uma efectiva faculdade de recusa por parte dos pacientes. A existência de uma qualquer barreira linguística, tal qual a da iliteracia, suscita uma *presunção de recusa* perante o que seja o exercício de uma natural interpretação das realidades. Tanto deverá ocorrer ao profissional de saúde como ao julgador e tanto merece ser objecto de *reserva de actuação técnica*, própria de um correcto exercício da medicina. Isto significa que os Estados membros e os prestadores de serviços hão-de munir-se de especiais cautelas em matéria de certificação de um domínio da língua e da inteligibilidade aos profissionais de saúde; e de serviços eficazes de tradução para os pacientes, e, por fim, dos mínimos de compreensibilidade das partes. Eis um empecilho natural da concretização do consentimento esclarecido: o domínio linguístico por parte dos sujeitos da relação entre profissionais de saúde e pacientes. Assegura ainda o citado art. 35.º da CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) que «... Na definição e execução de todas as políticas e acções da União é assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.». Ora,

⁽⁴²¹⁾ Cf. JOCE C 364/1, de 18 de Dezembro de 2000, acessível http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=7&ved=oCE4QFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.acidi.gov.pt%2F_cfm%2F4do2643dd6ab5%2Ffive%2F%2BCarta%2Bdos%2BDireitos%2BFundamentais%2Bda%2BUni%25C3%25A3o%2BEuropa&ei=WekvU_SfMtGToAWanIDABg&usg=AFQjCNF3pXOXYU3_4OHzBNyJEoXQvVrzKw&sig2=y881IdmFyRwRz2SvCdtotg&bvm=bv.69837884.d.bGQ

daqui decorre, a meu ver, a necessidade de ponderar seja integrada igualmente no espaço concreto da fruição de uma *cidadania europeia da saúde pública* a consecução do acesso a plataformas de registos dos elementos constantes dos processos clínicos, para a história progressa, como mecanismo alternativo complementar à anamnese por parte dos profissionais de saúde. Da mesma forma para as informações sobre quaisquer DAV. Eis uma omissão a exigir legislação que permita a troca de informação entre as bases de dados correspondentes ⁽⁴²²⁾. Uma tarefa sensível, hercúlea, mas obviamente gratificante e com graus de eficácia muito interessantes, que cabe perfeitamente no sentido e alcance do preceituado no art. 168.º, n.º 2 do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). O alerta e o precedente podem ser já constatados no ordenamento jurídico do sistema Finlandês de saúde, quer no que concerne à língua, e seguramente quanto à informação de saúde. Com efeito, o «Healthcare Act 2010», 30/12, ao regulamentar o regime de utilização de linguagem na prestação de serviços médicos, estabelece no art. 6.º:

«Language used in the provision of health care services :/ Unilingual local authorities and joint municipal authorities for hospital districts shall make their health care services available in the language of the local authority or joint municipal authority in question. Bilingual local authorities and joint municipal authorities comprising bilingual or both Finnish-speaking and

⁽⁴²²⁾ Sobre as bases de dados existentes no âmbito da União europeia, em matéria de «saúde pública», cf. http://europa.eu/publications/databases-subject/index_pt.htm#59. Existem várias BD no âmbito da droga e toxicodpendência, tal como sobre medicamentos. Será importante distinguir que as bases de dados de saúde não se confundem com as bases de dados sobre actuações médicas, sobre a questão, cf. *Electronic Medical Records vs. Electronic Health Records: «Electronic Medical Record: An application environment composed of the clinical data repository, clinical decision support, controlled medical vocabulary, order entry, computerized provider order entry, pharmacy, and clinical documentation applications. This environment supports the patient's electronic medical record across inpatient and outpatient environments, and is used by healthcare practitioners to document, monitor, and manage health care delivery within a care delivery organization (CDO). The data in the EMR is the legal record of what happened to the patient during their encounter at the CDO and is owned by the CDO»*, in <http://www.jazdhealthcare.com/healthtech/research/eHealth-Solutions-Inc.htm?contentSetId=29875&parentPageType=3&categoryPath=Electronic-Medical-Record%2FMedical-Records-Database>. Um dos sistemas com alguma incidência em ambiente hospitalar é português e designa-se «Sistema Alert» de gestão hospitalar que viabiliza um acesso informático aos procedimentos clínicos e à informação de saúde de um paciente. Sobre este sistema, com vocação expansiva, existindo notícia de que foi seleccionado pelo MS chileno para poder fornecer os Sistemas de Informação de Saúde dos serviços de saúde do Chile (desde Janeiro de 2009); que o sistema possui divulgação também em Espanha com vários países europeus; Brasil; Angola; e, mais recentemente encontra-se em análise de «interoperabilidade» nos EUA (Janeiro de 2014) cf. <http://www.alert-online.com/pt/in-the-media/software-portugues-para-gestao-hospitalar-testado-com-sucesso-nos-eua> e quanto a parcerias, cf. <http://www.alert-online.com/pt/company/partners>.

Swedish-speaking local authorities shall make their health care services available in Finnish and Swedish so that clients and patients have access to the services in the language of their choice. The right of patients and clients to use either Finnish or Swedish, to be heard, and to receive documents containing decisions concerning them in Finnish or Swedish as well as their right to interpretation when dealing with public authorities in these languages is governed by sections 10, 18, and 20 of the Language Act (423/2003). Local authorities and joint municipal authorities for hospital districts shall also ensure that citizens of the Nordic countries may, if necessary, use their own language, Danish, Finnish, Icelandic, Norwegian, or Swedish when using health care services. In such circumstances, the local authority or joint municipal authority for the hospital district in question shall strive to ensure that citizens of the Nordic countries have access to any required interpretation and translation. The right to use the Sámi language is governed by the Sámi Language Act (1086/2003).»

E no que concerne à informação sobre o paciente e os respectivos registos estabelece expressamente, no art. 9.º uma «solução de oposição»:

«(...) Any health care unit attending to the care of a patient shall have access to any records entered by another unit into the shared patient information register to the extent necessary for treating the patient in question. Sharing of patient records between the health care units that have joined the shared patient information register shall not require express consent from the patient. However, the patient has the right to prohibit the use of data entered by other health care units. The patient may impose and withdraw the prohibition at any time. In order to enable patients to exercise their right to prohibit the use of data, patients shall be informed of the shared patient information database, of practices used in handling data, and of their right to prohibit the sharing of data between health care units. The aforementioned information shall be disclosed to patients before any patient data are shared between units. A note shall be made in the patient records of the patient having been informed of his or her rights and of whether the patient imposed any prohibitions on the sharing of data...» (423)

Outro problema evidente que se encontra associado ao turismo de saúde é o que assiste sobretudo em áreas onde a ética médica exigível, os padrões elevados sobre *leges artis ad hoc*, tal como as mais apuradas regras de protecção dos pacientes entram em conflito com a permissibilidade de acesso aos mercados de estruturas privadas, viradas para o lucro. O mesmo pode acon-

(423) Cf. Health Care Act n.º 1326/2010, Helsinki on 30 December (Ministry of Social Affairs and Health, Finland N.B. Unofficial translation. Legally binding only in Finnish and Swedish), acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=9&ved=oCG8Q_xMwCA&url=http%3A%2F%2Fwww.stm.fi%2F%2Fdocument_library%2Fget_file%3FfolderId%3D5064551%26name%3DDLFE-17718.pdf&ei=Xpq3U4m5E4OeoQWf_ICYBQ&usg=AFQjCNFyhXq3h6uW3uB1G6oiL5WwqotCBQ&sig2=wAtwGTtmjxSQcV_zmioUxA

tecer face a Estados lassos ⁽⁴²⁴⁾ e/ou especialidades médicas onde se verifica uma menor peso terapêutico: penso na generalidade das intervenções cosméticas, nas intervenções dentárias (implantes, etc.), infertilidade, endocrinologia, dermatologia, etc.. Por fim, o mesmo ocorre perante a fluidez e dispersão legislativa que acontece no campo de um Direito Internacional que se reescreve quotidianamente.

Perante isto, faz sentido ste que parece ter cabimento importar para este campo o sentido e alcance de um Princípio da Precaução —que é traçado no campo da investigação científica ⁽⁴²⁵⁾—, que reduza o impacto de um «direito em rede» feito de contratação avulsa, pontual, que ainda não possui uma linguagem normativa segura, e, que, por conseguinte, surpreende e vulnerabiliza.

O turismo de saúde coloca em camada várias ordens jurídicas, jurisdições, eventuais variações sobre regras técnicas (*guidelines* com disponibilidades divergentes acerca das *leges artis medecinae* e sobre os recursos materiais concretos não apenas nos diversos países, como diferentes de unidade de saúde para unidade de saúde) adaptadas às instituições em causa e às zonas geográficas eleitas pelo consumidor. Isto significa um incremento da imprevisibilidade e uma evanescência dos parâmetros dos riscos. Estas são áreas onde se mostram facilmente as fracturas resultantes dos embates entre os redutos de um mercado liberal e o dos direitos humanos da saúde.

Por seu turno, também constitui um problema que se projecta em uma medicina universal, pois que a saúde constitui um bem com requisitos perfei-

⁽⁴²⁴⁾ Ainda que algo paradoxalmente, mercê de nos situarmos perante um regime de «planificação» da saúde e de forte intervenção estatal, a verdade é que provavelmente por via de alguma «abertura» existe notícia que aponta exactamente estas deficiências ao regime médico medicamentoso chinês após 2000, cf. Ding CHUNYAN, *Medical Negligence Law in Transitional China*, Intersentia Ed., 2012 (ISBN 978-1-78068-072-9), pp. 23 e ss.

⁽⁴²⁵⁾ Para outros desenvolvimentos sobre o princípio da precaução, decorrente do princípio da responsabilidade na ponderação entre riscos aceitáveis e riscos aceites em matéria de experimentação, cf. Carlos Maria Romeo CASABONA, *Los Desafíos Jurídicos de las Biotecnologías en el Umbral del Siglo Veintiuno*, in AA.VV, *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comares, 2003 (ISBN 84-8444-738-3, pp. 45-65, *maxime*, 60 e ss. E da mesma sorte, cf. Alexandra ARAGÃO, *Aplicação nacional do princípio da precaução*, in *Colóquios 2011-2012*, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013, pp. 159-185, acessível via: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o\(Alexandra%20Arag%C3%A3o\).pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o(Alexandra%20Arag%C3%A3o).pdf)

tamente semelhantes em termos de carência, de *procura*, mas com características bem diferentes quanto a recursos e meios, em termos de *oferta*, onde as assimetrias se mostram inequivocamente ⁽⁴²⁶⁾. Tudo mais agudizado perante uma fotografia do mundo que coloque o Norte v.º o Sul; fotografia que bem poderia ter por título: *entre a expectativa e o desaire: vida e morte* ⁽⁴²⁷⁾. A necessidade de adoção de meios legislativos próprios de um direito internacional sanitário é tão premente quanto a de um direito internacional do ambiente. E assim acontece, em perfeita analogia, com todos os grandes sectores que se encontram sob o foco da necessidade de regulamentar o que se exercita em termos transfronteiriços: trabalho, propriedade intelectual, comunicação, comércio, etc.

Basta ponderar para a saúde as crises pandémicas que desnudam agora toda a vulnerabilidade, pela velocidade que o número de pessoas em trânsito pelas mais variadas rotas e a consequente permeabilidade das fronteiras im-

⁽⁴²⁶⁾ Sobre esta matéria, chamando a atenção para a valiosa bibliografia citada e usada, cf. Deisy VENTURA: *Saúde Pública e Integração Regional: tensões entre o direito à saúde e o comércio internacional*, in AA.VV (Armin von BOGDANDY; Flávia PIOVESAN; Mariela Morales ANTONIAZZI: Org.): *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Max Planck Institute/Lumen Juris/PUC-SP, 2011, v. 1, p, acessível. 449-472, acessível http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fsaudeglobaldotorgi.files.wordpress.com%2F2012%2F12%2Fventura-integrac3a7c3a30-e-sac3bade-2011.pdf&ei=f-OrU8eiI-q2owWooHoCg&usg=AFQjCNG6HITkF8tDXudPmhzy6S_8oNq98Q&sig2=xVdHUMQ7QeCXSN_dnA07OQ&bvm=bv.69837884.d.ZGU

⁽⁴²⁷⁾ No âmbito dos Países do Sul foi criado pelo *Tratado de Assunção*, de 26/03/1991, na sequência do prévio Tratado de Buenos Aires de 1990, outorgado entre o Brasil e a Argentina o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul): organização intergovernamental que se espalhou pelos vários países da América do Sul, e que da construção de um espaço comum contra as barreiras mercantis, construiu a partir de 1995 um organismo (Decisão n. 03/95: a RMS: Reunião de Ministros da Saúde, que tem uma função consultiva de propor ao Conselho “medidas orientadas à coordenação de políticas na área da saúde...”, e neste âmbito é exemplo a «Comissão Intergovernamental de Implementação do *Regulamento Sanitário Internacional*» (CIRSI); para alguns desenvolvimentos, cf. a Ed. do MS do Brasil, *Mercosul: A Saúde no Mercosul*, 2.ª ed. Brasília – DF, 2003 (ISBN 85-334-0684-3), acessível in http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/sauade_mercosul.pdf. Existe um projecto em curso para a análise e tentativa de consolidação do «direito internacional na efectivação do direito à saúde: — permeabilidade nas ordens jurídicas nacionais, participação social e aplicação contenciosa», alargada para além dos membros do Mercosul, também aos BRIC’s (África do Sul, China, Índia e Rússia), sem descurar a França (cf. Leticia Gomes, Felipe Castellaro, Karin Kaori e Deisy Ventura), cf. «paper» in <https://uspdigital.usp.br/siicusp/cdOnlineTrabalhoVisualizarResumo>.

plicam, quer na propagação, quer nas dificuldades para a respectiva erradicação.

De todo o modo, este discurso não significa forçosamente cair na *tentação* de estabelecer linhas rígidas de um mundo rico a norte e pobre a sul. Autoridades no campo da sociologia, como Anthony Giddens afirmam constatar-se uma propensão para problemas de classe social —«sub-classes»— com fenómenos de exclusão social em processo de «fortificação» não apenas nos EUA como na Grã-Bretanha e outros países da Europa ocidental. Afirma ainda o mesmo A. que o fenómeno está em conexão com questões de raça, etnicidade e migração, pelo que cidades como Londres, Manchester, Roterdão, Frankfurt, Paris, Nápoles, etc. possuem bairros marcados por aflitivas insuficiências. Dá mesmo o exemplo de Hamburgo como a cidade com a maior amplitude: cidade mais rica da Europa quando medida em termos de rendimentos médios individuais, oferece igualmente as maiores percentagens de milionários e de pessoas que estão sob tutela da previdência e do desemprego ⁽⁴²⁸⁾. A este fenómeno associa-se evidentemente o que decorreu da integração europeia com a livre circulação de pessoas, bens e mercadorias, provocando correntes de migração entre países e que por seu turno chamam as populações em relação às quais o período de colonização criou laços culturais e linguísticos ⁽⁴²⁹⁾. Estabeleço estes parâmetros para introduzir uma conexão decorrente de dois grandes estudos ingleses —O Relatório *Black* de 1980 e o *The Health Divide* de 1987— que revelaram dados cuja interpretação fornece uma explicação de natureza sociológica para o incremento da saúde no espaço ocidental associado às classes sociais mais elevadas, não apenas por força do acesso a um serviço nacional de saúde, mas pela adopção de comportamentos mais saudáveis relacionados com a educação, alimentação, desporto, etc., tal como a localização geográfica, submissão a condições laborais específicas, qualidade ambiental, água etc. ⁽⁴³⁰⁾. Por seu turno verifica-se que a medicina se encontra perante um olhar escrutinador dos números avançados pelas investigações sociológica que não evitam questionar os modelos de «modelos biomédicos» centrados na impessoalidade da doença e do imperativo hospitalar e farmacêutico, sugerindo mecanismos de uma *culpabilização*

⁽⁴²⁸⁾ Cf. Anthony GIDDENS, *Sociologia*, FCG Ed., 4.^a ed. revista e actualizada, 2004, ISBN 972-31-1075, pp. 323 e ss.

⁽⁴²⁹⁾ Cf. ID, *ibid*, pp. 276 e ss.

⁽⁴³⁰⁾ Cf. ID, *ibid*, 146 e ss.

do paciente à medida que as doenças ganham carácter crónico e endógeno (cancro, enfartes, etc.); ora a associação do paciente em uma relação informacional mais plena pode, segundo os modelos críticos que envolvem outras áreas que não apenas as das *leges artis medicinae*, serem muito importantes porque o responsabilizariam, associando-o a modelos alternativos de comportamento (funcionalismo de Talcon Parsons). Acresce ainda que também os estdos sociológicos se encontram na base de suspeitas de que as sociedades ocidentais se encontram perante um fenómeno de envelhecimento desviante, em que a gerontologia gera movimentos contrários: inconformismo com a perda de funcionalidades físicas; perda efectiva de funcionalidades intelectuais. Este último fenómeno, associado a regimes de assistência social e de previdência (reformas) estão a contribuir para um aumento consequente da movimentação ocidental com recurso também ao *turismo médico* ⁽⁴³¹⁾.

VII. § 4.º A UE como espaço uniformizador de um direito da medicina

No âmbito do direito da União Europeia, verifica-se uma forte influência legislativa com um efeito muito relevante, sobretudo se acrescentar as políticas indirectas que ao nível do consumo, alimentar, farmacêutico, ambiental, protecção no desemprego, segurança social, etc.. A ambição é muito significativa ⁽⁴³²⁾ mas, também por aqui, se verificou apenas a partir de Maastricht (1992) ⁽⁴³³⁾. Tanto exige que se verifique progressivamente um ensejo de endosso de competências regionais (Estatais) para o foro da supranacionalidade, para as instituições legislativas europeias, no que me interessa aqui subli-

⁽⁴³¹⁾ Cf. ID, *ibid*, pp. 160-171.

⁽⁴³²⁾ Neste sentido, cf. o Livro Branco: «Juntos para a saúde: sobre estratégia sanitária da união europeia», oriundo da Comissão da UE e que contém os princípios, objectivos e as linhas estratégicas de actuação centralizada e coerente para o período 2008-2013, acessível in http://ec.europa.eu/health/archive/ph_overview/documents/strategy_wp_pt.pdf

⁽⁴³³⁾ Para explicar a proximidade das datas destas preocupações no âmbito das grandes organizações económicas mundiais não será indiferente recordar o surto de BSE («bovine spongiform encephalopathy»), popularmente vulgarizada pela designação «doença das vacas loucas», cujo auge epidémico terá ocorrido em torno dos primeiros anos da década de 90 do século passado, especialmente quando, por essa época apareceram vários casos de seres humanos com a síndrome de Creutzfeldt-Jakob, cf. http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2001/010130_bselink.shtml.

nhar ⁽⁴³⁴⁾. Porém, se assim vai acontecendo, por ex.^o, em aspectos financeiros, no âmbito do direito ambiental, ou para o direito do consumo ⁽⁴³⁵⁾, no caso da saúde o processo não se situa apenas no campo desejável da regulamentação ⁽⁴³⁶⁾ mas sobretudo no de plano imediatamente inferior, das instituições, como acontece com a *European Medicines Agency* (EMA) que centraliza e tutela as autorizações sobre a circulação de material médico e produtos farmacêuticos ⁽⁴³⁷⁾; ou ao nível da directiva, mais em linha com a característica transversal que é própria do Direito Internacional, que não de um Direito transnacional ou federativo ⁽⁴³⁸⁾.

⁽⁴³⁴⁾ Remeto os desenvolvimentos sobre esta complexa questão para a superior síntese de Sara VERA JARDIM, *Saúde Pública “Made in” União Europeia: Base legal habilitadora e limites de competência europeia em matéria de saúde pública (artigo 152.º do TCE)*, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 11, 2009, pp. 67-93 (ISSN 1646-0359).

⁽⁴³⁵⁾ Se bem que no campo «da defesa dos consumidores» o TFUE estabeleça expressamente no art. 169.º, n.º 1 (anterior art. 153.º TCE) que: «A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a protecção da saúde...», expressão que é eleita para assegurar as várias acções que tutela neste âmbito.

⁽⁴³⁶⁾ De todo o modo cf. o que ensinam Maria João ESTORNINHO e Tiago MACIEIRINHA, in *Direito da Saúde... cit.*, pp. 282-294, com expressão remissão para o elenco legislativo relevante e respectivas recorrências.

⁽⁴³⁷⁾ Para mais desenvolvimentos sobre a EMA, cf. o *site* <http://www.ema.europa.eu/ema/>. Outros organismos a nível europeu com interesse para o processo de uniformização costumam ser referenciados, como são os casos da Agência Europeia da Segurança e da Saúde no Trabalho (EU-OSHA), da Autoridade Europeia de Segurança dos Alimentos (EFSA), do Centro Europeu para Prevenção e Controle de Doenças (ECDC) e do Observatório Europeu de Drogas e Toxicomanias (EMCDDA). Contudo, a multiplicação de instituições e respectivas «muralhas burocráticas» deixam sempre um *sabor* de estarmos perante sorvedouros de esforços materiais e humanos cuja «retribuição» é fraca.

⁽⁴³⁸⁾ Neste sentido será interessante confrontar um quadro da evolução normativa, que, pelas sucessivas revisões do Tratado da União Europeia (TUE), foi sendo *oferecida* para a saúde: cf. art. 129.º, ulterior 152.º TCE e 168.º do TUE (**Maastricht: 1992**): «1. A Comunidade contribuirá para assegurar um elevado nível de protecção da saúde humana, incentivando a cooperação entre os Estados-membros e, se necessário, apoiando a sua acção. A acção da Comunidade incidirá na prevenção de doenças, principalmente dos grandes flagelos, incluindo a tóxico-dependência, fomentando a investigação sobre as respectivas causas e formas de transmissão, bem como a informação e a educação sanitária. / As exigências em matéria de protecção da saúde constituem uma componente das demais políticas comunitárias. / 2. Os Estados-membros coordenarão entre si, em articulação com a Comissão, as suas políticas e programas nos domínios a que se refere o n.º 1. A Comissão, em estreito contacto com os Estados-membros, pode tomar quaisquer iniciativas adequadas para promover essa coordenação. / 3. A Comunidade e os Estados-membros fomentarão a cooperação com os países terceiros e as organizações internacionais competentes no domínio da saúde pública. / 4. Para contribuir para a realização dos objectivos a que se refere o presente artigo, o Conselho aprovará: — deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189.º-B, e após

consulta do Comité Económico e Social e do Comité das Regiões, acções de incentivo, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros; - deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, recomendações.»; Cf. art. 152.º, § 1.º (**Amsterdã: 1997**): «1. Na definição e execução de todas as políticas e acções da Comunidade será assegurado um elevado nível de protecção da saúde. / A acção da Comunidade, que será complementar das políticas nacionais, incidirá na melhoria da saúde pública e na prevenção das doenças e afecções humanas e na redução das causas de perigo para a saúde humana. Esta acção abrangerá a luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação sobre as respectivas causas, formas de transmissão e prevenção, bem como a informação e a educação sanitária. / A acção da Comunidade será complementar da acção empreendida pelos Estados-membros na redução dos efeitos nocivos da droga sobre a saúde, nomeadamente através da informação e da prevenção. / 2. A Comunidade incentivará a cooperação entre os Estados-membros nos domínios a que se refere o presente artigo, apoiando, se necessário, a sua acção. / Os Estados-membros coordenarão entre si, em articulação com a Comissão, as suas políticas e programas nos domínios a que se refere o n.º 1. A Comissão, em estreito contacto com os Estados-membros, pode tomar todas as iniciativas adequadas para promover essa coordenação. / 3. —sem alterações—. / 4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 189.º-B e após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, contribuirá para a realização dos objectivos a que se refere o presente artigo, adoptando: / a) Medidas que estabeleçam normas elevadas de qualidade e segurança dos órgãos e substâncias de origem humana, do sangue e dos derivados do sangue; essas medidas não podem obstar a que os Estados-membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas; / b) Em derrogação do artigo 43.º, medidas nos domínios veterinário e fitossanitário que tenham directamente por objectivo a protecção da saúde pública; / c) Acções de incentivos destinadas a proteger e a melhorar a saúde humana, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros. / O Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode igualmente adoptar recomendações para os fins enunciados no presente artigo. / 5. A acção da Comunidade no domínio da saúde pública respeitará plenamente as competências dos Estados-membros em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos. Em especial, as medidas a que se refere a alínea a) do nº 4 em nada afectam as disposições nacionais sobre doação de órgãos e de sangue ou sua utilização para fins médicos.»; cf. art. 168.º (**Lisboa: 2007**): «1. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União será assegurado um elevado nível de protecção da saúde. / A acção da União, que será complementar das políticas nacionais, incidirá na melhoria da saúde pública e na prevenção das doenças e afecções humanas e na redução das causas de perigo para a saúde física e mental. Esta acção abrangerá a luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação sobre as respectivas causas, formas de transmissão e prevenção, bem como a informação e a educação sanitária e a vigilância das ameaças graves para a saúde com dimensão transfronteiriça, o alerta em caso de tais ameaças e o combate contra as mesmas. / A acção da União será complementar da acção empreendida pelos Estados-membros na redução dos efeitos nocivos da droga sobre a saúde, nomeadamente através da informação e da prevenção. / 2. A União incentivará a cooperação entre os Estados-membros nos domínios a que se refere o presente artigo, apoiando, se necessário, a sua acção. Em especial, incentiva a cooperação entre os Estados-membros a fim de aumentar a complementaridade dos seus serviços de saúde nas regiões fronteiriças. / Os Estados-membros coordenarão entre si, em articulação com a Comissão, as suas políticas e programas nos domínios a que se refere o n.º 1. / A Comissão, em estreito contacto com os Estados-membros, pode tomar todas as iniciativas adequadas para promover essa coordenação, nomeadamente iniciativas para definir orientações e indicadores, organizar o intercâmbio

Será sempre de sublinhar que nas «Declarações Relativas a Disposições dos Tratados», pontificam os três seguintes parágrafos:

«§ 1. Declaração sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que é juridicamente vinculativa, confirma os direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

A Carta não alarga o âmbito de aplicação do direito da União a domínios que não sejam da competência da União, não cria quaisquer novas competências ou atribuições para a União, nem modifica as competências e atribuições definidas nos Tratados.

§ 2. Declaração *ad* n.º 2 do art. 6.º do Tratado da União Europeia

A Conferência acorda em que a adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União. Neste

das melhores práticas e preparar os elementos necessários à vigilância e à avaliação periódicas. O Parlamento Europeu é plenamente informado. / 3. —*sem alterações*—. / 4. Em derrogação do n.º 5 do artigo 2.º e da alínea *a*) do artigo 6.º, e nos termos da alínea *k*) do n.º 2 do artigo 4.º, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, contribuirão para a realização dos objectivos a que se refere o presente artigo, adoptando, a fim de enfrentar os desafios comuns em matéria de segurança: — *a*) Medidas que estabeleçam normas elevadas de qualidade e segurança dos órgãos e substâncias de origem humana, do sangue e dos derivados do sangue; essas medidas não podem obstar a que os Estados-membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas; / *b*) Medidas nos domínios: veterinário e fitossanitário que tenham directamente por objectivo a protecção da saúde pública; / *c*) Medidas que estabeleçam normas elevadas de qualidade e de segurança dos medicamentos e dos dispositivos para uso médico. / 5. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, também podem adoptar medidas de incentivo destinadas a proteger e melhorar a saúde humana, e nomeadamente a lutar contra os grandes flagelos transfronteiriços, medidas relativas à vigilância das ameaças graves para a saúde com dimensão transfronteiriça, ao alerta em caso de tais ameaças e ao combate contra as mesmas, bem como medidas que tenham por objectivo directo a protecção da saúde pública relativamente ao tabagismo e ao alcoolismo, com exclusão da harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros. / 6. O Conselho, sob proposta da Comissão, pode igualmente adoptar recomendações para os fins enunciados no presente artigo. 7. A acção da União respeita as responsabilidades dos Estados-membros no que se refere à definição das respectivas políticas de saúde, bem como à organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos. As responsabilidades dos Estados-membros incluem a gestão dos serviços de saúde e de cuidados médicos, bem como a repartição dos recursos que lhes são afectados.

As medidas a que se refere a alínea *a*) do n.º 4 não prejudicam as disposições nacionais sobre doação de órgãos e de sangue ou utilização dos mesmos para fins médicos.». Parece ser muito evidente o alargamento das preocupações e das medidas possíveis com a ampliação de atribuições e mecanismos de actuação.

contexto, a Conferência constata a existência de um diálogo regular entre o TJUE e o TEDHomem, diálogo esse que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção; ⁽⁴³⁹⁾

§ 32. Declaração *ad* alínea c) do n.º 4 do art. 168.º do TFUE: A Conferência declara que as medidas que vierem a ser adoptadas em aplicação da al. c) do n.º 4 do artigo 168.º devem atender aos desafios comuns de segurança e ter por objectivo estabelecer normas elevadas de qualidade e segurança, quando quaisquer normas nacionais com incidência no mercado interno impeçam que se atinja de outra forma um elevado nível de protecção da saúde humana.».

De qualquer modo, trata-se de um mecanismo com eficácia relevante no campo da harmonização legislativa dos Estados membros. Os mecanismos legislativos existentes em favor da livre circulação e da liberdade de estabelecimento permitiram a reivindicação judicial de meios de protecção de cuidados específicos de saúde solicitados por cidadãos europeus e prestados no espaço europeu. Entre estes casos, decididos pelo TJUE, selecciono os seguintes ⁽⁴⁴⁰⁾: 1. Processos *Kohll* e *Decker* (1998): apreciou favoravelmente, no primeiro caso, a reivindicação de reembolso dos preços pagos pelo tratamento ambulatorio de ortodôncia prescritos por um médico luxemburguês e realizados por um médico alemão; e no segundo processo pela aquisição de óculos ⁽⁴⁴¹⁾ realizados pelos cidadãos europeus em causa em outro Estado-membro (em conformidade com os valores estipulados no país de origem); 2. *Smits Geraets e Peerboom* (2001): reembolso das prestações de cuidados hospitalares dos cidadãos litigantes, suportadas, respectivamente na Alemanha (Smits Geraets: fisioterapia; ergoterapia e sociopsicologia para doença de *Parkinson*) e na Áustria (H. Peerbooms: coma após acidente de viação sendo transferido para Innsbruck em estado vegetativo, onde recebeu tratamento tido por experimental nos Países Baixos), ao invés das soluções dos sistemas *originários* holandeses da prestação directa de cuidados médicos e da consi-

⁽⁴³⁹⁾ Eis o que alumiou André DIAS PEREIRA a apontar um «casamento» entre o esforço legislativo da UE e o esforço alargado do Conselho de Europa, in *Um Direito da Saúde...*, *cit.*

⁽⁴⁴⁰⁾ É possível aceder aos processos via <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt&parties=>

⁽⁴⁴¹⁾ Trataram-se dos processos C-120/95 e C-158/96, respectivamente (este último não publicado, cf. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&parties=decker&jge=&for=&cid=393747>).

deração sobre a «adequação terapêutica»⁽⁴⁴²⁾; 3. *Müller-Fauré* (2003): analisou e repudiou a necessidade regulamentar de obtenção de uma autorização preliminar junto das instituições competentes do Estado-membro de origem em vista dos tratamentos ambulatoriais pretendidos, uma vez estes se mostrem apropriadamente céleres⁽⁴⁴³⁾; *Doc Morris* (2003): sobre a compra e venda de medicamentos via www, sem necessidade de receita médica⁽⁴⁴⁴⁾; *Burbaud* (2004): liberdade de circulação de trabalhadores (directores de hospitais)⁽⁴⁴⁵⁾; *Watts* (2006): sobre equivalência do financiamento público da

(442) Tratou-se do processo C-157/99, com a decisão acessível in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-157/99>.

(443) Tratou-se do processo C-385/99, com a decisão acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=oCCsQFjAB&url=http%3A%2F%2Fcuria.europa.eu%2Fjuris%2FshowPdf.jsf%3Bjsessionid%3D9ea7d2dc3odbec248ae0068d4078a2fgd9e89189e281.e34KaxiLc3qMb40RchoSaxuKbNzo%3Ftext%3D%26docid%3D102160%26pageIndex%3Do%26doclang%3DEN%26mode%3Dlst%26dir%3D%26occ%3Dfirst%26part%3D1%26cid%3D45292&ei=uaetU4_nDsXVoQWNx4HQDQ&usg=AFQjCNEhgWPaY2vXGQUg8qobkoawqhrFw&sig2=gizeoUWaZOZ5KROBBoboRQ&bvm=bv.69837884.d.ZGU. Decidindo: «Os artigos 59.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE) e 60.º do Tratado CE (actual artigo 50.º CE) não se opõem à legislação de um Estado-Membro, como a em causa no processo principal, que subordina a tomada a cargo de cuidados de saúde dispensados num estabelecimento hospitalar situado noutro Estado-Membro à obtenção de uma autorização prévia da caixa de seguro de doença em que o segurado se encontra inscrito e que sujeita a concessão dessa autorização à dupla condição de, por um lado, o tratamento poder ser considerado «habitual no âmbito profissional», critério igualmente aplicado quando se trata de determinar se cuidados hospitalares dispensados em território nacional beneficiam de uma cobertura, e de, por outro, o tratamento médico do segurado assim o exigir. Todavia, isto só se verifica desde que: — a exigência relativa ao carácter «habitual» do tratamento seja interpretada por forma a que a autorização não possa ser recusada com esse fundamento quando se revele que o tratamento em causa foi suficientemente testado e validado pela ciência médica internacional, e; / — a autorização só possa ser recusada com fundamento na inexistência de necessidade médica quando o paciente possa obter tratamento idêntico ou com o mesmo grau de eficácia, em tempo oportuno, num estabelecimento que tenha celebrado um convénio com a caixa de seguro de doença em que o segurado se encontra inscrito.»

(444) Tratou-se do processo C-322/01, acessível in <http://www.bing.com/search?q=processo+C-322%2F01+Doc+Morris&form=IE10TR&src=IE10TR&pc=ASU2JS>

(445) Tratou-se do processo C-285/01, acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fcuria.europa.eu%2Fjuris%2FshowPdf.jsf%3Bjsessionid%3D9ea7d2dc3odb41460co429a04089a81ef258ed754061.e34KaxiLc3qMb40RchoSaxqTc390%3Ftext%3D%26docid%3D71438%26pageIndex%3Do%26doclang%3DPT%26mode%3Dreq%26dir%3D%26occ%3Dfirst%26part%3D1%26cid%3D427035&ei=nbWtU-iSHO_BogXS74HwCA&usg=AFQjCNE6copf7BeB9Pr4p-4oIZp6PjlvzA&sig2=meEzHwqgD1raNhCFBwP1-A

saúde nos sistemas nacionais ⁽⁴⁴⁶⁾; e *Stamatelaki* (2007): reiterou o dever de participação de um Estado-membro sobre os custos com os cuidados de saúde realizados em entidade de saúde privada estrangeira ⁽⁴⁴⁷⁾.

A Directiva 2011/24/EU do PE e do Conselho ⁽⁴⁴⁸⁾, sobre «Direitos dos Pacientes nos cuidados de saúde transfronteiriços» foi já objecto de um estudo pela ERS ⁽⁴⁴⁹⁾ e vem agora colocar problemas que, em rigor, já resultavam potencialmente da previsão contida na nossa LBS, mais concretamente na sua Base XXV, ao prescrever expressamente a reciprocidade no recurso nacional dos cuidados de saúde do nosso SNS (tendencialmente gratuito) entre cidadãos membros de um Estado membro, circunstância que, desde revisão do Tratado da União Europeia de 1992, determinou um acesso alargado por força da institucionalização da cidadania europeia. Já quanto ao plano inver-

⁽⁴⁴⁶⁾ Tratou-se do processo C-372/04, acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=oCCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fcuria.europa.eu%2Fjcms%2Fjcms%2FP_28315%2F&ei=TLatUgmYAa-eyoQWe7lDQDA&usq=AFOjCNEWxPjY7S7YkCzHvmd47PjRkRtA&sig2=OjAZBNDv8fg_9gyv5cZBXA. A saber: «A obrigação de assunção dos custos dos cuidados hospitalares dispensados noutro Estado-membro aplica-se também a um serviço nacional de saúde que os presta gratuitamente. / Para poder recusar a um paciente a autorização para se tratar no estrangeiro com base num motivo relativo à existência de um prazo de espera para um tratamento hospitalar no Estado de residência, o NHS (National Health Service britânico) deve provar que este prazo não excede um prazo clinicamente aceitável tendo em conta o estado de saúde e as necessidades clínicas do interessado.»

⁽⁴⁴⁷⁾ Tratou-se do processo C-444/04, acessível in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-444/05>.

⁽⁴⁴⁸⁾ Cf. *JOUE*, n.º 88/45, de 04 de Abril de 2011.

⁽⁴⁴⁹⁾ Cf. ERS, *Análise do Impacto da Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, Relativa ao Exercício dos Direitos dos Doentes em Matéria de Cuidados de Saúde Transfronteiriços*, Junho de 2011, acessível in https://www.google.pt/?gws_rd=ssl#q=directiva+eu+sobre+direitos+dos+pacientes+turismo: «A Directiva visa estabelecer regras para facilitar o acesso a cuidados de saúde transfronteiriços seguros e de elevada qualidade na União Europeia, para assim assegurar a mobilidade dos doentes e promover a cooperação em matéria de cuidados de saúde entre os diferentes Estados-Membros, abrangendo as situações em que o doente recebe cuidados de saúde num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de afiliação, bem como as situações de prescrição, de dispensa e de fornecimento de medicamentos e de dispositivos médicos, caso estes sejam fornecidos no âmbito de um serviço de saúde.», contudo a solução preconizada parece ser a de concretizar um «sistema de autorização prévia» e cabimento orçamental; e o reembolso das importâncias despendidas a título de custos com os cuidados de saúde suportados em outro Estado-Membro. Para mais desenvolvimentos cf. ainda: http://ec.europa.eu/health/cross_border_care/policy/index_en.htm.

so da relação (recurso de um cidadão português aos serviços de saúde de um outro Estado membro), na LBS; mais concretamente na Base XXXV, n.º 2, previa-se que o SNS apenas suportaria o tratamento determinado se o mesmo fosse impossível ser prestado em Portugal «nas condições exigíveis de segurança», podendo-o ser no estrangeiro. Sucede todavia que o Reg. n.º 883/2004 «estabelece que a autorização para recorrer a serviços de saúde de outro EM não pode ser recusada quando o tratamento em questão figure entre as prestações previstas pela legislação do Estado-Membro onde o interessado reside e onde esse tratamento não possa ser prestado dentro de um prazo clinicamente seguro, tendo em conta o seu estado de saúde actual e a evolução provável da doença.». Tanto significa que o preceito em causa recebe agora a restrição revogatória deste Regulamento.

De qualquer forma, a Directiva em causa exclui do seu âmbito de abrangência a aplicação a: cuidados de saúde continuados; acesso a órgãos para transplante; e a programas de vacinação pública circunscritos a planos de protecção de saúde de comunidades de um Estado membro (cf. art. 1.º, n.º 3). Da mesma sorte o Estado membro pode restringir o elenco de prestadores de serviços de saúde caso estes não estejam integrados no seu sistema de saúde público ou registados no elenco das entidades previstas na segurança social respectiva, (cf. art. 1.º, n.º 4). Quanto aos preços subsidiados, devem os Estados membros assegurar que as entidades que prestam serviços de saúde apliquem no respectivo território «a mesma tabela de preços para os cuidados de saúde que a aplicada aos doentes nacionais em situação médica comparável, ou cobrem um preço calculado de acordo com critérios objectivos e não discriminatórios, caso não haja preço comparável para os doentes nacionais”, muito embora seja dada a faculdade de ser legislada a fixação de preços próprios assim os mesmos se não revelem discriminatórios para os pacientes dos demais Estados membros (cfr. n.º 4 do art. 4.º).

VII. § 5.º *Saúde: Saúde Virtual sem Turismo*

A telemedicina constitui um dos expoentes da utilização da tecnologia que o Séc. XXI facultou já ao ser humano em termos do que é, em boa verdade, a materialização possível da ficção científica com acessibilidades de um *transporte instantâneo*: de uma presença visual e oral complementada com uma actuação auxiliada, seja humana, seja por via mecânica. A presença à distân-

cia, em duas dimensões, permite hoje viajar, reunir, trabalhar... e concretizar actos médicos, incluindo intervenções delicadas, processadas por poucos especialistas no Mundo, dotados dos conhecimentos, da perícia e em quem se depositaram investimentos vultuosos para o efeito. Perante recursos escassos e dispendiosos, os meios das plataformas informáticas com sofisticados recursos são muito provavelmente uma das vias em que a futura universalização da medicina receberá um dos maiores impulsos e acelerações.

Sobre a matéria, entre nós, explica Alexandre Dias Pereira ⁽⁴⁵⁰⁾ existirem dois pólos irradiantes dos serviços correspondentes, que foram expandindo as disponibilidades de um primeiro impulso nos EUA (*U.S. Department of Health and Human's Services Health Resources and Services Administration Office for the Telehealth*) fundou Centros de Investigação em Telemedicina. E em segundo momento, pela banda de cá do Oceano Atlântico, desde 2002, que a Noruega, com a colaboração da WHO, tem realizado um significativo investimento no sentido da expansão dos serviços de Telemedicina.

Em Portugal existem já 5 distritos (Guarda, Coimbra, Viseu, Aveiro e Leiria) que se encontram em conexão e laboração no campo da Telemedicina, designadamente na esfera da colaboração com os países de expressão de língua portuguesa, segundo notícias que foram já veiculadas pela comunicação social ⁽⁴⁵¹⁾. Os serviços em questão parecem ser igualmente apelativos para o mercado privado da medicina.

A questão reside uma vez mais neste último aspecto: é usualmente a tecnologia que determina as necessidades de regulação e uniformização de procedimentos. A medicina deve obediência às *leges artis*. Estas, que, como pugnarei, não podem ficar circunscritas a padrões científicos e a métodos de actuação análogos, mas respeitar ainda regras universais decorrentes dos princípios que promanam da dignidade humana —onde impera a autonomia e a liberdade. Ora as necessidades ditam simplificações. Um dos exemplos

⁽⁴⁵⁰⁾ Cf. Alexandre DIAS PEREIRA, *Patient Safety in E-Health and Telemedicine*, in *LexMed*, n.º avulso 2014 (IV EAHL Conference, pp 95-10, que sigo de perto nesta parte.

⁽⁴⁵¹⁾ Entre outras notícias que com relativa facilidade são acessíveis através dos «motores de busca www», encontrei o seguinte: «O "PEDITEL", que arrancou no dia 1 de Novembro de 2007, visa implementar uma solução integrada de Telemedicina em Angola, inicialmente centrada no âmbito da pediatria mas com capacidade de expansão para outras especialidades clínicas» Cf.

<http://www.rcc.gov.pt/Directorio/Temas/ServicosCidadao/Paginas/PEDITEL---Solu%C3%A7%C3%A3o-Integrada-de-Telemedicina.aspx>.

desta mesma realidade decorre simultaneamente ao tempo em que escrevino as presentes linhas: um súbito e preocupante surto de uma doença infecciosa, o *Ébola*, que galga fronteiras, oriundo de África, provocou o desespero de experimentação de vacinas que ainda não ultrapassaram todas as fases cautelares para a respectiva utilização em seres humanos ⁽⁴⁵²⁾. Eis um exemplo da nítida fronteira que é necessário manter presente: existe um campo de regulamentação, onde o tempo é fulcral e o Direito se oferece com garante, pugnando pela responsabilidade e pelas cautelas; e um segundo tempo de actuação, de pragmatismo, em que as regras não são bem-vindas ao exercício concreto da medicina, cuja eficácia se entrega na estrita álea do *mal menor*. Para estas duas realidades é ainda o Direito que aprende, recordando a Aristotélica *linha do meio*: com o princípio fundamental e estruturante do Direito da Medicina, de acordo com o qual a normação e a aferição de procedimentos devem conduzir à construção de uma *aliança terapêutica*, alimentada pelo *princípio da confiança*.

Mas existem mínimos. Regras construídas de sorte a que as intervenções não fiquem submetidas a mecanismos de *gravação de programas*, i.e., que se assegurem presenças, certificações sobre condições e requisitos materiais, comunicações, esclarecimentos e registos clínicos, com as garantias de que se verifiquem os pilares mínimos que o Direito *conquistou* e reclama ao exercício médico.

⁽⁴⁵²⁾ Com referência a 01 de Agosto de 2014, lê-se, em <http://www.atlasdasaude.pt/publico/content/testes-em-humanos-com-vacina-contr-o-virus-do-ebola>: «O Instituto Nacional de Saúde dos EUA anunciou que iniciará o teste em humanos da vacina contra o Ébola. Os trabalhos começarão em Setembro e os primeiros resultados já poderão ser vistos no início de 2015. A agência do governo está a trabalhar há anos no antídoto e já teve bons resultados nos testes em animais, refere o Diário Digital. Em entrevista à CNN, o director do Instituto Nacional de Alergia e Doenças Infecciosas (Niaid, na sigla em inglês), Anthony Fauci, disse que “está a trabalhar em parceria com a *Food and Drug Administration* (FDA) para terminar a primeira fase de experimentação o mais rápido possível”. A FDA é um órgão do governo norte-americano para controlar, através de testes e pesquisas, os alimentos e os medicamentos que serão comercializados no país. Essa primeira fase é fundamental para verificar se a vacina trará efeitos colaterais. Caso não seja encontrado nenhum problema, passa-se para a segunda fase, que testa a eficácia do medicamento. Desde o início da epidemia de Ébola em África, foram registados 1323 casos e 726 mortes pela doença.»

VII. § 6.º A Europa e Portugal; Portugal e a Europa

A Directiva 2011/24/EU do PE e do Conselho ⁽⁴⁵³⁾, sobre «Direitos dos Pacientes nos cuidados de saúde transfronteiriços», possui evidente aplicação aos serviços de Telemedicina, matéria que foi já objecto de atenção legislativa e jurisprudencial ⁽⁴⁵⁴⁾.

Em Portugal encontra-se no CDOM uma referência à liberdade do exercício da medicina por via da *e-saúde*, em relação ao que se dedicam três preceitos, com relevância e novidade, abrangendo dois *pilares*: o da independência (em que se aponta a responsabilidade); e o da segurança (que aponta para a ponderação dos requisitos das *leges artis*, onde inclui a autonomia do paciente; e ainda, expressamente, neste último âmbito, o sigilo e os deveres em relação ao processo clínico ⁽⁴⁵⁵⁾).

⁽⁴⁵³⁾ Cf. *JOUE*, n.º 88/45, de 04 de Abril de 2011.

⁽⁴⁵⁴⁾ Remeto os desenvolvimentos sobre esta matéria para Alexandre DIAS PEREIRA, *op cit.*, p. 97-106, que aponta os vários regimes que devem ser retirados da esfera da legislação da EU sobre esta matéria e que envolve não apenas, a directiva em referência, mas igualmente o que concerne quanto ao regime contratual da liberdade de prestação de serviços e dos mecanismos *arbitrais* da designação do ordenamento legislativo aplicável em sede de apuramento de eventuais responsabilidades, o que, atendendo à dispersão que o regime demonstra e a variabilidade do Direito da Medicina invoca é particularmente sensível. Muito provavelmente uma das áreas mais delicadas, a par com as dos cuidados com a segurança dos pacientes e a regulação de metodologias para a medicina defensiva quanto a erros e eventos adversos, designadamente os nosocomiais.

⁽⁴⁵⁵⁾ São os seguintes preceitos que não me inibo de reproduzir, pelo interesse que os mesmos revelas e para obviar um pouco à dispersão que estas matérias oferecem:

«Art. 95.º (Responsabilidade do médico) 1. O médico tem liberdade e completa independência de decidir se utiliza ou recusa a telemedicina. / 2. O médico que pede a opinião de um colega é responsável pelo tratamento e pelas decisões e recomendações por ele dadas ao doente. / 3. O médico tele-consultado não é obrigado a emitir opinião se não tem conhecimentos ou suficiente informação do doente para emitir um parecer fundamentado, mas, caso a emita, é responsável por ela. / 4. Quanto aos colaboradores não-médicos participantes na transmissão ou recepção de dados, o médico deve assegurar-se que a formação e a competência destes profissionais seja adequada, de modo a poder garantir uma utilização apropriada da telemedicina e a salvaguarda do segredo médico. / 5. O médico praticante da telemedicina esclarece o doente e obtém o consentimento, nos termos dos artigos 44.º a 48.º deste Código. / 6. O médico deve assegurar a aplicação das medidas de segurança estabelecidas para proteger a confidencialidade do doente.

Art. 96.º (Segurança) 1. O médico só deve utilizar a telemedicina depois de se certificar que a equipa encarregada da sua realização garante um nível de qualidade suficientemente alto, que funcione de forma adequada e que cumpra com as normas estipuladas. / 2. O médico deve dispor de sistemas de suporte e utilizar controlos de qualidade e procedimentos de avaliação para vigiar a precisão e a qualidade da informação recebida e transmitida. / 3.

Conclusão:

Eis um tema que explica algum do *ambiente* que é vivenciado pelas relações entre os profissionais de saúde e os pacientes e cujo desenvolvimento, que, espero, as linhas antecedentes justificam, podem permitir contribuições para a disciplina onde situo o tema da recusa. A exacerbação linguística significará esclarecimentos empobrecidos e as opções oferecidas por *mercados* ampliados em termos geográficos, institucionais e de disponibilidades médico-medicamentosas podem trazer, por um lado, o incremento de conflitos, mas, por outro, a consciencialização de que é possível alargar os padrões normativos comuns do Direito da Medicina, seja no terreno da autonomia, seja no da solidariedade.

O médico só deve utilizar a telemedicina depois de se certificar que o sistema utilizado e os seus utilizadores garantem o segredo médico, nomeadamente através da encriptação de nomes e outros dados identificadores.

Art. 97.º (História clínica) 1. O médico que utilize a telemedicina deve registar na ficha clínica os métodos de identificação do doente, as informações pretendidas e as recebidas. / 2. O médico tele-consultado deve registar em ficha clínica as opiniões que emitiu e também a informação em que se baseou. / 3. Os métodos informatizados de arquivamento e transmissão dos dados do doente só devem ser utilizados quando se tenham tomado medidas suficientes para proteger a confidencialidade e a segurança da informação registada ou permutada.»

PARTE III — AS RECUSAS SÃO CAMINHOS, QUE NÃO OBRAS (*Wege, nicht Werke*)

Nota prévia.

Capítulo VIII Ainda a delimitação jurídica da medicina

VIII. § 1.º A delimitação das *leges artis medicinae e das leges artis (ad hoc)*

Capítulo IX A recusa

IX. § 1.º Consentimento e recusa: duas faces da mesma moeda? Duas moedas?; IX. § 2.º *Uma estranha forma de... recusa*; IX. § 2.º.1. Matéria legislativa avulsa: A *Carta dos Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde (LDDUS)*; IX. § 2.º.1.1. O direito de escolha; IX. § 2.º.1.2. O direito de escolha: Consentimento ou recusa; IX. § 2.º.1.3. O direito de escolha: informação; IX. § 2.º.2. LDDUS: Dados pessoais e sigilo; IX. § 3.º O sigilo; IX. § 3.º.1. Questões em torno das excepções ao sigilo médico; IX. § 4.º De novo o processo clínico (dever de documentação); IX. § 4.º.1. Recusa na divulgação de informações e inserção de dados no processo clínico; IX. § 4.º.2. Apontamento sobre a divulgação de informações em DAV; IX. § 4.º.3. A recusa sobre informação: termos relativos ou radicais.

Capítulo X. A recusa: os intervenientes: agente médico e paciente

X. § 1.º Quanto ao agente médico; X. § 1.º.1. O tempo: sempre o tempo; X. § 1.º.2. Obstinações; X. § 1.º.3. A recusa posterior: revogação; X. § 1.º.4. O dissentimento esclarecido; X. § 1.º.5. Os primeiros formulários de autonomia; X. § 2.º As posturas dos profissionais de saúde; X. § 2.º.1. O dever dos prestadores de cuidados de saúde para com o utente/paciente: sempre o caso da recusa; X. § 2.º.2. As posturas dos profissionais de saúde: Informação: simples, suficiente e esclarecedora; X. § 2.º.2.1. Simplicidade; X. § 2.º.2.3. Esclarecida; X. § 2.º.3. Os deveres entre os agentes médicos (o processo clínico); X. § 3.º Quanto ao paciente: muito mais do que uma postura; X. § 3.º.1. A vulnerabilidade: limites; X. § 3.º.2. O paciente credor?; X. § 3.º.3. A combinação poderes/deveres da cidadania; X. § 3.º.4. A Confiança; X. § 3.º.4.1. A confiança pública; X. § 3.º.4.2. A confiança *privada*; X. § 3.º.4.3. O dissentimento propriamente dito; X. § 3.º.5. Os menores

Capítulo XI. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justificam restrições à liberdade e à autodeterminação

XI. § 1.º Quando o legislador (não?) ajuda: um esforço que não pode ser escondido; XI. § 1.º.1. A burocracia e os efeitos perniciosos da regulamentação: o caso exemplar do SIGIC; XI. § 1.º.2. Uma excepção: o regime de «*Cirurgia Segura Salva Vidas*»; XI. § 1.º.3. A afirmação dos procedimentos no sentido de uma plenitude da aplicação do consentimento: um futuro breve; XI. § 1.º.4. O papel diferenciador da recusa: *a prova dos nove*; XI. § 1.º.4.1. Os resultados.

Capítulo XII. O teste da recusa

XII. § 1.º A excepção terapêutica e as intervenções compulsivas: o teste da recusa; XII. § 1.º.1. O teste da recusa. A excepção (privilegio) terapêutica; XII. § 1.º.2. O teste da recusa. A capacidade para a recusa e os menores (emancipação; saúde mental e investigação clínica); XII. § 1.º.3. Ainda os menores: Das intervenções em menores; XII. § 2.º Em volta do teste da recusa; XII. § 2.º.1. A decisão partilhada no teste da recusa; XII. § 2.º.2. O processo clínico e o teste da recusa.

Capítulo XIII. A ineficácia ou indiferença na recusa: tratamentos compulsivos

XIII. § 1.º Saúde Pública: restrições fundamentais; XIII. § 1.º.1. A teoria da força normativa dos factos; XIII. § 1.º.2. A teoria da confiança; XIII. § 2.º A Indiferença da Recusa: outros casos: XIII. § 2.º.1. A Indiferença da recusa: Os tratamentos em detidos; XIII. § 2.º.2. A Indiferença da recusa: o internamento compulsivo de doentes afectados por anomalia psíquica; XIII. § 2.º.3. A Indiferença da recusa: decisões judiciais e decisões autorizadas a autoridades para a prossecução de finalidades judiciais; XIII. § 2.º.3.1. Indiferença da recusa: a persegui-

ção do crime e o regime adjectivo; XIII. § 2.º.3.2. Indiferença da recusa: a condução sob a influência do álcool ou de estupefacientes; XIII. § 2.º.3.3. Indiferença da recusa: Intervenções determinadas por decisão judicial: Em processo civil: a determinação da filiação; XIII. § 2.º.3.4. Indiferença da recusa: Intervenções determinadas por decisão judicial: as Perícias Médico-Legais e Forenses.

«(...) Porque a sua carta define maravilhosamente aquilo que eu sinto. É o médico expondo ao cliente toda a engrenagem minuciosa da sua enfermidade. E como nos conforta sempre sabermo-nos compreendidos, a sua carta me confortou. Feriu sobretudo o meu amigo notas que eu nunca esquecerei. E esta particularmente: 'A família, para essa doença, não é o antídoto, mas a cama.' Como isto é bem verdade, como tantas vezes, sem o exprimir, o tenho sentido!... Que eu, por mim, no 'seio da família' foi seio onde nunca me agitei...»

Mário de SÁ CARNEIRO (456)

Nota prévia

A normação que permita certas medidas compulsivas independentemente da vontade de um ser humano gravemente doente ou que coloque em risco o património ou a saúde do próprio ou a de outros justifica uma guarida constitucional. É ainda a conformidade constitucional que é inquirida para que se mantenha funcional o corpo humano onde se esvaiu a *vida* para lhe retirar órgãos, tecidos ou demais material genético. É assim! E no decurso das páginas que antecedem ficou já explícito a razão de o ser.

Pois se a condição humana é o resultado de uma projecção nos demais, forçosamente comunitária, parece algo contraditório que, perante aquela singularidade, a organização da ou das comunidades se não *atreva* —no estado civilizacional em que todos estamos— a deixar de procurar um discurso legitimador para emprestar o «mandamento da força» (457) em que resulta o Direito, especialmente quando o comando versa sobre a condição humana (458). Significa dar *corpo e força* ao que, por mera via moral, permite uma

(456) Cf. *Cartas a Fernando Pessoa*, I, (Prefácio de Urbano Tavares Rodrigues), Ed. Ática, Lisboa, 1973, p. 33.

(457) Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Memória e Método (Tempos e Lugares para uma Metodologia Jurídica)*, in *RFDUP*, I, 2004, pp. 309-323, *maxime* 311.

(458) «(...) a acção dos cientistas, que intervêm com a natureza do ponto de vista do universo e não com a textura das relações humanas, não tem o carácter revelador da acção nem a capacidade de produzir histórias e tornar-se histórica —carácter e capacidade que, juntos, constituem a própria fonte do sentido que ilumina a existência humana. Sob este aspecto,

construção aceitável em termos casuísticos e até em termos gerais e abstractos. Em rigor, o fundamento de uma construção normativa visa o que é eminentemente social. Aqui colocam-se em debate —eventualmente em rota de colisão—, os redutos individuais e as suas limitações. Assim é para a generalidade dos temas e não vejo porque há-de ser diferente para a Medicina. Está o ser humano profundamente dependente dos cuidados alheios desde a concepção até para lá do decesso (onde ainda vê respeitados corpo e memória), mas não ousa a comunidade em que vive bulir sem colocar-se a exigência prévia de recolher-lhe uma vontade expressa ou de se pôr a pensar qual seria uma vontade aceitável pelo próprio segundo os inúmeros modelos disponíveis pela inteligência. É espantoso. Mas reparo que a radicalidade dos valores assume aqui expoentes. De um lado a individualidade extrema e no outro, uma socialidade igualmente exigente.

A questão não é nova, pois já na década de 40 do século passado teve cautelas e recebeu a bonomia de reconhecimento. Por exemplo, o texto fundamental da república italiana empresta aos princípios, objectivos, parâmetros e funcionalidades relativos à saúde, e que, em bom rigor, à luz do paradoxo em referência, me inspiram o enquadramento destas páginas. Trata-se então do art. 32.º, inserido no Título II sobre Relações Ético-Sociais, da Parte Primeira: Direitos e deveres dos cidadãos:

Art. 32.: «a república tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da colectividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição da lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.».⁽⁴⁵⁹⁾

existencialmente mais importante, também a acção passou a ser uma experiência limitada a um pequeno grupo de privilegiados; e os poucos que ainda sabem o que significa agir talvez sejam ainda menos numerosos que os artistas, e a sua experiência ainda mais rara que a experiência genuína do mundo e do amor pelo mundo. Finalmente, a actividade de pensar —que, fiéis à tradição pré-moderna e moderna, omitimos a nossa reconsideração da *vida activa*— ainda é possível, e sem dúvida ocorre, onde quer que os homens vivam em condições de liberdade política. Infelizmente, e ao contrário de que geralmente se supõe quanto à proverbial torre de marfim dos pensadores, nenhuma outra capacidade humana é tão vulnerável; de facto, numa tirania, é muito mais fácil agir do que pensar.»; cf, Hanna ARENDT, *A Condição Humana... cit.*, pp. 394 e s.

⁽⁴⁵⁹⁾ Uso aqui a tradução portuguesa facultada pela «província de Milão» ao decidir comemorar o 60.º aniversário da República disponibilizando o texto da Constituição Italiana em [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20ocura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20ocura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). A redacção original é a seguinte: «Articolo 32: La

Em rigor, as condições individuais do equilíbrio físico psíquico de cada ser humano, com as respectivas idiosincrasias dizem-lhe respeito, em termos absolutos, mas não deixam de se mostrar de relevante interesse social, determinando pois uma intervenção activa pública. Tanto assim que se assume como bem social fulcral que implica a inadmissibilidade de, sendo solicitado, se recusar a respectiva acessibilidade a quem não possua recursos. Esta intervenção, todavia, abeira-se do indivíduo, como *proposta*, obrigando-se a um duplo respeito: impedir o dano social e o dano pessoal. Pela primeira retracção, hão-de ter sido discutidas e tipificadas as circunstâncias em que se admite uma intervenção compulsiva na saúde de outra pessoa; contudo, essa intervenção não ultrapassará a esfera primeira da dignidade individual da pessoa humana: e assim se delimita uma segunda retracção, cujo conteúdo será delimitado em função de uma progressiva —progressista— evolução dos valores socialmente atendíveis (que não apenas vigentes) em cada comunidade da comunidade *transestadual*.

Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.»

Capítulo VIII. Ainda a delimitação jurídica da medicina

Inquirem os prestadores de cuidados de saúde até onde pretende o legislador prosseguir quando se propõe disciplinar as suas actividades técnico-científicas, cuja teleologia em favor do bem-estar individual e colectivo possui registos históricos inequívocos com mais de 4 milénios; e ética ajuramentada em torno de 2 milénios e meio, a par de uma evolução científica e tecnológica notável. Eis uma questão mais do que legítima. Tratarei de generalizar a resposta. A medicina salva e mata; e em um caso e em outro quero eu saber e decidir se quero ser salvo ou se arrisco morrer de determinada maneira, uma e outra opções de fora do que me está fadado e é inevitável. Posto isto, será necessário legislar em torno da dignidade, da liberdade individual, da integridade físico-psíquica, do livre desenvolvimento da personalidade e das livres convicções individuais. Foi nesse sentido que se foi *traçando* o Mundo desde as Revoluções liberais dos finais do séc. XVIII. Mas concretizo.

Em primeiro lugar: uma legislação que pretenda abarcar —perpassar univocamente— as várias realidades jurídicas das disciplinas que o exercício da medicina clama, terá de identificar matrizes comuns axiológicas que tutelem a relação jurídica entre o paciente e os prestadores de cuidados de saúde, situem-se estes na esfera das instituições públicas ou nas privadas de cuidados de saúde e pratiquem ou não em equipa ou isoladamente. Assim, o exercício da actividade médico-medicamentosa decorre do ser humano para o ser humano e implica —no estado civilizacional actual— um respeito prévio pela sua dignidade ⁽⁴⁶⁰⁾. A dignidade significa que as actuações consequentes assemem em princípios, entre os quais o princípio da autonomia: autonomia privativa de um ser individualizado ou individualizável na medida da superação das suas incapacidades de decisão; e das suas esferas de intimidade e de privacidade. Tanto fará com que a intervenção careça de consentimento prévio e, mais do que isso, respeite a recusa, ocorra esta quando ocorrer, sendo ou não a resultante de opções estritamente viáveis em termos técnicos. Os deveres do paciente são, todavia, de plena colaboração; o exercício pelos profissionais de saúde preenche os requisitos da autonomia, com respeito pelas

⁽⁴⁶⁰⁾ O reconhecimento da dignidade é axiológico. A desconsideração significa acatar pelo imperativo categórico Kantiano: «age...» uma perda de respeito pela autoridade da própria dignidade de quem desconsidera, comprometendo-a, e, consequentemente, gera um litígio que desnuda uma de duas consequências: ou o caos ou a iniquidade.

opções do paciente, a que crescem os deveres de sigilo, de documentação e de actuação estritamente adequada aos meios materiais e humanos segundo as melhores notícias científicas existentes, aceites e praticáveis. Esta actuação encontrará os seus limites em uma diligência proficiente cujos resultados se sabe —e deve divulgar— possuem áleas divergentes (obrigações de meios, mais ou menos densas) e, onde se verifiquem mínimos de desígnios terapêuticos, persistirá uma indicação médica responsável com dupla delimitação: por um lado, novamente a autonomia aceitável em termos normativamente conjecturáveis; por outro a liberdade ética de objecção de consciência face aos progressos científicos e aos graus da tolerabilidade socialmente vigente (*bons costumes e ordem pública*) ⁽⁴⁶¹⁾.

Em segundo lugar e sintetizando, agora para tentar responder á questão que formulei atrás, oriunda dos profissionais de saúde: a trilogia mínima sobre a actuação de um prestador de cuidados saúde pode ser apresentada seguinte forma: o dever/deveres de tratar, de agir segundo as *leges artis* ⁽⁴⁶²⁾, de

⁽⁴⁶¹⁾ Assim explico: a medicina defensiva (que não receosa) que conduz a que, por ex.º, uma paciente com uma forte probabilidade genética para desenvolver cancro das mamas se submeta a intervenções cirúrgicas para a ablação dos seios e ulterior reconstrução cosmética; ou a experimentação não terapêutica em benefício próprio e nos limites dos benefícios alheios; os transplantes, para o doador; a cessação voluntária da gravidez realizada pela mera declaração da vontade da mulher; as intervenções cirúrgicas nos vários graus da *vaidade*, a esterilização voluntária; o auxílio viável contra a possibilidade técnica de obstinação; a eutanásia onde seja permitida e até onde seja praticada, etc.

⁽⁴⁶²⁾ Emprego o conceito de *leges artis* além do sentido recolhido em Manuel LEAL-HENRIQUES/Manuel SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado...cit.*, 2.º vol., anot. ao art. 150.º, p. 172: «de perfeição técnica do tratamento ou intervenção e também da sua oportunidade e conveniência no caso concreto e idoneidade dos meios utilizados» de acordo com o conhecimento e respectiva aplicabilidade da evolução tecnológica reconhecida por cada uma das estruturas institucionais do Estado territorial soberano. Contudo, aceito o conceito avançado por Álvaro da Cunha GOMES RODRIGUES —cf. *A Negligência Médica Hospitalar... cit.*, pp. 40-44, ao identificar este *estado geral da arte* com as *leges artis medicinae*, «complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais». A estas se acrescenta (sem necessidade sob a perspectiva do ilustre A. em referência), a indicação da adequação ao caso concreto «*ad hoc*». Esta expressão determinou expressamente, logo desde a década 80 do século passado, por exemplo, adentro do portentoso Tratado de *Derecho Medico* (dir. Luis MARTINEZ-CALCERRADA; coord. Jose-Maria MARTINEZ CALCERRADA, cf. o I. dos III volumes... cit. pp. 186-196), a sua concretização como preenchendo um *agir honesto e diligente*, uma actuação de adaptação das regras gerais e abstractas do que é consensual e viável —ao limite da temeridade— em termos científicos em vista da sua exponenciação no *paciente concreto*. Mas a primeira «manifestação» desta *leges artis ad hoc* reside logo no início da relação assistencial: no que os AA. apelidam como «o jogo do consentimento ou da autonomia profissional». Muito embora sob a alçada dogmática da

distinção entre o consentimento como elemento negocial do contrato de prestação de serviços; elemento prévio; não deixam de sublinhar e com veemência a necessidade de obtenção do consentimento para —fora dos casos da exceção— do privilégio— poderem actuar na esfera físico psíquica do paciente.

Da mesma sorte, perante a Ley 41/2002, de 14 de noviembre: *ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LBAP), José Manuel BUSTO LAGO identifica a matriz comum normativa que deíxei plasmada no texto, assente em um respeito pela dignidade que implica o princípio da autonomia, provocando o respeito pela recusa informada (cf. art. 4.1 da LBAP) e inclui expressamente «o consentimento informado como componente da *lex artis*», prosseguindo em seguida a uma exaustiva análise das sucessivas e numerosas correntes jurisprudenciais, que em Espanha acataram e reconheceram essa componente e a utilizaram para, seja por via da omissão de informação *decisional*, ressarcirem danos decorrentes de lesões fora de riscos admissíveis ou hipotéticos, seja pela mera ausência de informação ainda que com danos decorrentes de riscos permitidos ou que seriam ultrapassáveis determinarem responsabilidade civil por danos não patrimoniais [(Sala de lo Civil del TS, STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011|3279); STS de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004|456), entre outras], cf. José Manuel BUSTO LAGO, *Consentimento informado y responsabilidad civil*, in AA.VV. *Consentimento Informado*, Rev. *Julgar.*, ASJP|APM, Coimbra Ed., 2014 (ISSN 1646-6853), pp. 157-182, máx pp. 174 e ss..

Retomando o ordenamento jurídico português: é consabido que a lei coloca o consentimento sobre a livre disponibilidade, permitida pelo respeito pelos bons costumes e escopo e meios empregues (cf. art. 149.º do CP), mas se isso é assim onde o intuito terapêutico seja discutível (inexistente mesmo, como para tatuagens), não consigo vislumbrar que essa mesma disponibilidade deixe de estar inserida nas boas regras de intervenção terapêutica —nas *leges artis*— como aspecto prévio ao exercício técnico correcto invasivo da esfera, para a qual é *livremente disponível*, mas a ponto de, sendo desrespeitada dar azo a um preenchimento específico de um tipo de crime autónomo. Cf. a este respeito, além de outros AA. cf. a análise crítica que Vera Lúcia RAPOSO — cf. *do Acto médico ao acto jurídico... cit.*, p. 171 tece a respeito do Ac. TRL (de 18/12/2007, proc. n.º 5965/2007-5. Com a seguinte precisão: a ausência de um consentimento esclarecido viola as *leges artis (ad hoc)*, pelo que verificando-se o dolo —ao menos eventual— e um perigo ou mesmo o dano, tanto me basta para considerar o preenchimento do crime previsto no n.º 2 do art. 150.º (ou os que se coloquem dali decorrentes). Outra coisa é verificar-se tão só a violação das *leges artis ad hoc* pelo desprezo pela liberdade do visado, onde se discutirá se o resultado ultrapassou ou não a esfera possível da sua decisão (como a A. em referência, cf. ID, *ibid.*) dá notícia em relação à jurisprudência italiana a verificação de decisões *favor vitae*, em que a arbitrariedade é compensada pelo resultado favorável... Mas a questão pode ter matizes, como aconteceu recentemente na jurisprudência espanhola, com uma decisão sobre o sentido e alcance de um tratamento *desnecessário*, em que o alvitre do lesado não poderia conduzir à tipificação criminal e as opções discutidas não se oferecem indiferentes:

«La propia expresión típica del art. 147 del Código Penal nos permite delimitar su alcance. Así nos señala que el tratamiento médico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima. Además, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos. / De ahí que jurisprudencialmente se haya señalado que por tal debe entenderse "toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico". "Aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para

organizar um processo clínico e de observar sigilo ⁽⁴⁶³⁾, na consecução diligente dos concretos cuidados de saúde, para acompanhamento, diagnóstico,

tratar de reducir sus consecuencias, si aquella no es curable, siendo indiferente que tal actividad posterior la realiza el propio médico o la ha encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica"./ En efecto prescindiendo de la mera asistencia, el tratamiento de que habla el legislador es médico o quirúrgico. El primero es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en Medicina con finalidad curativa, el tratamiento quirúrgico es aquel, que por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea la importancia de ésta: cirugía mayor o menor, bien entendido que la curación, si se realiza con *lex artis*, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria ex ante, exploración quirúrgica, recuperación ex post, etc.) / La distinción entre tratamiento y vigilancia o seguimiento médicos no es fácil de establecer. Sin embargo, existe un punto de partida claro: teniendo en cuenta el carácter facultativo de las circunstancias agravantes del art. 148 y la flexibilidad del marco penal previsto en el art. 147, cuyo mínimo puede ser reducido de una manera muy significativa, las exigencias de tratamiento médico no pueden ser excesivas, pues de lo contrario se produciría una seria desprotección del bien jurídico que tutela este tipo penal. / En este sentido se debe considerar tratamiento aquél en el que se haya recurrido a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, siempre que el paciente pueda sufrir efectos secundarios que importan un riesgo de una perturbación no irrelevante para su salud, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala viene afirmando que la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, a que se refiere el art. 147, a añadir a la primera asistencia, ha de obedecer a razones derivadas de la naturaleza y características de la propia lesión puestas en relación con los criterios que la ciencia médica viene observando en casos semejantes. Si aplicando tales criterios médicos al caso según sus particularidades concretas, se hace necesario el tratamiento médico o quirúrgico posterior a los primeros cuidados facultativos, se está ante el delito de lesiones y no ante la falta. Y ello prescindiendo de lo que realmente haya ocurrido en el caso concreto, pues puede suceder que el lesionado prefiera curarse por sí mismo o automedicarse o ponerse en manos de persona carente de titulación, de modo tal que, aunque se hubieran producido daños en la integridad corporal o en la salud física o mental necesitados de ese tratamiento médico o quirúrgico, éste, de hecho, no se hubiera producido, (SSTS. 614/2000 de 11.4 , 1763/2009 de 14.11), de lo contrario, quedaría en manos de la víctima el considerar el hecho como falta o delito, si desoye, si oye respectivamente, la indicación medica. /2º.- Asimismo en cuanto al tratamiento quirúrgico debemos insistir que existe siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma agresiva, como ocurre cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura, es decir siempre que la curación se persigue mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesite, (SSTS. 592/99 de 15.4 , 898/2002 de 22.5 , 747/2008 de 11.11).», cf. [ROJ: STS 2901/2014](#) (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal nº Recurso: 10012/2014, 09/07/2014, [accesível in](#), <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#> .

(463) A organização do processo clínico constitui um dever integrante das *leges artis medicinae*, fulcral para a concretização da prestação de cuidados de saúde ao paciente: é o repositório de dados de informação recolhidos, cf. Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro sobre informação de saúde, arts. 2.º e ss., *maxime* art. 5.º, n.º 2, que apresenta a seguinte noção: «Entende-se por «processo clínico» qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares.». E a intensidade e escrúpulo associa-

prognóstico ou terapias, recobro e vigilância ⁽⁴⁶⁴⁾. Vejam-se por ora as *leges artis* com o seu riquíssimo conteúdo, onde não deixarei de inserir os limites da fascinante recusa; e lá mais por diante —senão ainda adentro do mesmo, os deveres de sigilo e quanto ao processo clínico.

VIII. § 1.º. A delimitação das *leges artis medicinae* e das *leges artis (ad hoc)*

Como ingredientes das *leges artis (ad hoc)* estão, pois, a prestação de informações, seja para recolher os elementos de facto que viabilizem a proposta de intromissão na esfera físico-psíquica (liberdade e auto-determinação); seja para determinar o processo de diagnóstico e posteriormente o terapêutico, e o acompanhamento que se mostre necessário ou conveniente. A distinção entre o que é pressuposto mais intenso da liberdade face à integridade física (autonomia para a intromissão na esfera individual) não deve descurar a componente de liberdade inserida em cada uma das *camadas* das fases seguintes: ainda com carácter de autodeterminação. Saber sobre os meios de diagnóstico ou sobre as opções possíveis em uma intervenção medico-medicamentosa insere-se ainda na esfera da liberdade, ora misturada com a físico-psíquica. As decisões que se tomam possuem reflexos recíprocos. Cabe ao legislador que não ao médico nem ao juiz afirmar que apenas a minha liberdade foi eventualmente afectada pela opção que devo possuir sobre se o meio de diagnóstico e a intervenção subsequente me colocou em perigo de cegueira imediata face a um período de tempo de redução de visão. As opções sob o futuro da minha visão segundo a perspectiva alheia, são muito

dos ao diligente cumprimento de registo dessas informações está explícita nos n.º 3 e n.º 4 do mesmo preceito: «Cada processo clínico deve conter toda a informação médica disponível que diga respeito à pessoa, ressalvada a restrição imposta pelo artigo seguinte»; e «A informação médica é inscrita no processo clínico pelo médico que tenha assistido a pessoa ou, sob a supervisão daquele, informatizada por outro profissional igualmente sujeito ao dever de sigilo, no âmbito das competências específicas de cada profissão e dentro do respeito pelas respectivas normas deontológicas». Evidentemente que estas informações ficam ao abrigo do segredo profissional, logo sobre alçada da LPDP, tal como no âmbito do art. 5.º e s. da LDDUS; constituindo a respectiva violação crime de «violação de segredo», p.p. pelo art. 195.º do CP e sob restrição deontológica cf. Cap. XI do CDOM, arts. 85.º-93.º, art. 85.º do CDOF.

⁽⁴⁶⁴⁾ Nesta obrigação de tratamento estão contidas as prestações de observação, diagnóstico, terapia e vigilância, cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico...*, cit., p. 107.

simpáticas mas são exactamente alheias. Uma de duas, ou a informação existe e é suficientemente forte para ser transmitida ou não o é. Se o for, passou a sua existência a constituir uma inferência lógico-dedutiva da minha decisão e da consequência. Esta consequência da minha decisão não deve ficar amputada daquela premissa anterior. Nem resta apurar se o elo é ou não adequado para a decisão no plano da prossecução hipotética da decisão, mas sim e apenas perante as ulteriores consequências (dano x ou dano y ou ausência de dano). Há que confessar que se trata tão só de um rumo de probabilidade, mas que inevitavelmente devia poder ser percorrido, e, sendo-o, permite racional e objectivamente detectar uma decisão favorável ou desfavorável. É profundamente falacioso inserir o argumento que esse vácuo pode dar azo a outras alternativas, igualmente adequadas. Existem sempre milagres e impulsos, erros e efeitos adversos. A informação dada da torre de controlo de tráfego aéreo de que a pista está visível e livre, não é análoga à informação de que a pista está apenas visível; a viabilidade insere um domínio na condução, mais do importante para quem pilota, essencial e que conduz com probabilidade a uma decisão receosa. Já a inversa: informação de pista se encontra livre, mas não visível, conduz a uma probabilidade inversa para o piloto, que assumirá a ausência de visibilidade nos termos técnicos da viabilidade da confiança. Sem prejuízo do que será desnecessário repetir sobre a matéria, sempre procederei adiante a uma revisão em súmula do que é essencial, especialmente porque se tratam de deveres intensificados para o caso da formação da vontade em recusar.

Capítulo IX. A recusa

A actividade médica é o resultado de uma ou mais *propostas* de actuação em sentido positivo ou negativo com que são confrontados aqueles que as suscitam, seja por necessidade, própria ou alheia e aqui adentro, específica ou geral, seja por mero desejo ou conveniência.

A bondade das motivações técnico-profissionais, por um lado, e a necessidade de quem se encontra *fora* das condições físico-psíquicas prévias (dando por adquirido que me refiro às condições possíveis ideais de um determinado indivíduo), por outro lado, pressionam o paciente (ou um terceiro, no caso da acção médica visar o benefício alheio) para a aceitação da intervenção ⁽⁴⁶⁵⁾.

Como dizem alguns AA.: «A própria expressão *consentimento informado* sugere muito mais a expectativa de os pacientes aceitarem ser tratados do que a de declinarem o tratamento» ⁽⁴⁶⁶⁾. Mas esta asserção decorre de uma premissa anterior: a de que a prestação médica se oferece como uma prestação adequada ao seu desiderato, que é *proposta* pelo agente médico, atendendo ao *estatuto* do proponente (conteúdo funcional profissional) e ao quadro de intervenção.

Devo deixar explanado este excurso: a intervenção médica não se demonstra equivalente quando exista indício ou indicação técnicas prévias da sua carência para debelar um desequilíbrio da saúde ou nos demais casos em que corresponda a uma intervenção meramente voluntária ou de vaidade ⁽⁴⁶⁷⁾. Se

⁽⁴⁶⁵⁾ Por todos, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Temas...*, pp. 59 e ss., e 91 e ss.

⁽⁴⁶⁶⁾ Cf. APPELBAUM *et al*, p. 190.

⁽⁴⁶⁷⁾ Penso na esterilização pura ou na cirurgia estética destinada a inverter o decurso do tempo ou a preencher as aspirações individuais de satisfação narcísica. Com a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, e a subsequente regulamentação necessária, será possível adicionar a estes exemplos um novo: a cessação voluntária da gravidez, por opção da mulher, se realizada nas primeiras 10 semanas da concepção (cf. a al. e) aditada ao n.º 1 do art. 142.º do CP). Isto com as demais condicionantes previstas no Diploma (intervenção realizada por médico; em estabelecimento tipificado; sempre antecedido de um período mínimo de 3 dias após a (pelo menos uma) consulta; fornecimento da informação relevante para a formação da vontade, mediante «decisão livre, consciente e responsável»; e com o consentimento prestado por escrito ou a rogo da interessada, com a certificação médica comprovada de que a gravidez não ultrapassou o prazo máximo previsto. Atendendo à nova redacção introduzida no n.º 6 (antigo n.º 4) do preceito em referência suscita-se uma dúvida (*se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da intervenção se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação...*), a saber: — verifica-se uma circunstância de *urgência* quando a gravidez seja comprovada em

momento, dentro das 10 semanas, em que o período de reflexão, já informado — e outras eventuais condicionantes —, já não permita a cessação da gravidez? Propendo para responder negativamente. Estando fora do campo da indicação médica prévia e explicitando a letra da lei que nada mais deve ser atendido além da pura decisão da mulher grávida, então avulta a necessidade da reflexão, como requisito sem o qual a punibilidade regressa à esfera de protecção da vida intra uterina e representando uma ofensa à integridade física da mulher assim permanece já que não funciona a cláusula de não tipicidade que a este respeito insere o preceituado no art. 150.º, n.º 1, do CP. Tanto se me oferece evidente perante a divergência das redacções das alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do art. 142.º: para as situações previstas nas als. *a*) a *d*) do n.º 1 deste preceito, o período mínimo de reflexão será cumprido «sempre que possível»; ora, foi exactamente esta frase que o legislador expressamente retirou do campo da cessação da gravidez fundada exclusivamente na decisão da mulher, cf. citada al. *b*) do n.º 4, ao prescrever: «... e sempre após...» o período de reflexão, contado «... da data da consulta destinada a facultar a informação relevante...». Assim, acresce mais um caso em que a ausência ou a deficiência dos requisitos prévios (comprovativo médico da gestação; falta de informações relevantes; ausência da documentação do consentimento) poderia em abstracto despoletar o crime que lhe subjaz no caso concreto (?). No que concerne ao registo escrito do consentimento, FIGUEIREDO DIAS propendeu para considerar (em termos gerais) que «... não se torna necessário (nem conveniente) que a (...) eficácia do — consentimento — seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos...», (cf. ID, *Direito Penal...*, pp. 452 e s.). Concordo com esta posição. Sobre a mesma, à luz da redacção anterior do preceito, pronunciei-me já: cf. *O Consentimento...*, pp. 102 e ss. (cf. especialmente a nota n.º 136 das pp. 109 e ss.) e pp. 428 e ss. Devo agora acrescentar o seguinte: a *tese*, que defendi, relativamente à eventual irrelevância da deficiência no cumprimento das formalidades para a prestação do consentimento, convive com muitas dificuldades: quer por poder despoletar o preenchimento de outros tipos de crimes, quer nos casos em que o legislador impõe expressamente a dependência da eficácia da manifestação da vontade na correspondente documentação. E estes últimos casos verificam-se normalmente densificados nas intervenções puras (v.g. esterilização, etc.), i.e., intervenções em que se verifica uma redução terapêutica à mera *indicação de viabilidade médica*. Pois parece estar perante uma *replicação* das aludidas dificuldades perante a cessação da gravidez, praticada por vontade da mulher até às primeiras 10 semanas da sua gravidez, exactamente pela natureza reduzidamente terapêutica da intervenção. Em rigor, a medida terapêutica é de ordem social negativa e visa assegurar a não verificação dos efeitos perniciosos de uma actuação não tutelada. Questão pragmática à qual se emprestam —até onde a *força normativa dos factos* exige tolerabilidade social— a *luz* aceitável da plena autodeterminação concepção. Mas é necessário *separar as águas*: se esta interrogação poderá *atormentar* a jurisprudência caso se verifique a ausência do documento, o mesmo não sucederá quando (existindo ou não prova escrita da manifestação da vontade) esta padeça do inadimplemento integral do período de reflexão, porquanto, por aqui, será impossível determinar se a ponderação da informação acarretaria uma outra decisão (e este é um dado objectivo que vicia fatalmente o consentimento). Só a *ratificação* ulterior da visada poderá ter o condão de levantar dúvidas que determinem ao juiz a aplicação casuística do princípio *in dubio pro reo*, apreciação que ficará sempre nublada pelo desvio ao comportamento insubstituível. Acrescento ainda que a expressão *urgência*, empregue na lei, levanta a questão sobre se, em sede hermenêutica, abarca o seu sentido mais geral ou se (como o elemento histórico pode indicar na *ratio* da redacção anterior do preceito) está *misturado* com a existência da *indicação médica* prévia e necessária para as demais intervenções previstas e apenas nesta óptica se delimita o seu significado de algo que não pode adiar-se (iminente). A terminar, não posso deixar de apontar uma séria censura (independentemente de outras que a solução legislativa sobre a cessação voluntária da

os primeiros enquadramentos acarretam maiores dificuldades por via dos deveres de disponibilidade subsequentes, os segundos densificam os requisitos da manifestação da vontade do *candidato* e os parâmetros da actividade do profissional requisitado.

Tudo aponta para o consentimento do paciente ⁽⁴⁶⁸⁾, isto é, para o comportamento que revele uma aquiescência relevante na intromissão na esfera fulcral de cada pessoa, último reduto da dignidade e da liberdade e da autonomia de cada um de nós (cf. arts. 1.º, 25.º, 26.º e 41.º da CRP ⁴⁶⁹). Estes valores constituem o núcleo fundamental e *fundamentante* (por oposição às reservas decorrentes da inserção social) de um ser humano, já que são o verdadeiro terreiro para o exercício da autodeterminação, onde se exige, em regra, o pleno respeito da vontade individual, embora reconhecida pela medida do discernimento do sujeito em questão ⁽⁴⁷⁰⁾. Piso terrenos «sagrados»: a faculdade de optar pelas decisões (boas ou más) que servem a racionalidade, a emoção ou, até, o mero capricho, como magistralmente sintetiza Ronald Dworkin: trata-se do direito de tomar más decisões ⁽⁴⁷¹⁾.

gravidez me suscitam, mas não cabem aqui desenvolver) ao desprezo com que o legislador ignorou os sucessivos *protestos* sobre a matéria da menoridade e decisão em representação, enunciadas no art. 142.º, n.º 5 (anterior al. *b*) do n.º 3). Sobre este aspecto, tão-pouco devo apenas reiterar o que já expus e a doutrina que citei (cf. *O Consentimento...*, pp. 105 e ss.). As soluções abertas pela conjugação deste n.º 5 com a viabilidade prevista no n.º 1, al. *e*), a que me venho referindo, adensam todas as críticas e permitem conjecturar sobre se os princípios constitucionais da dignidade, integridade físico-psíquica e outros direitos pessoais não impunham, à luz da princípio da igualdade e da não discriminação, outro desenlace. Terá este direito ficado a *tinir*, seriamente *magoadado*, senão ferido, mercê exactamente da desproporção e da desigualdade face à violação equivalente de outros (ou análogos) bens jurídicos que ficaram a coberto da autodeterminação que foi pacificamente reconhecida por via da constatação do discernimento reconhecido a um menor com 16 anos? (cf. art. 38.º, n.º 3, do CP, após a alteração que resultou das alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 04/09).

⁽⁴⁶⁸⁾ E perante o que antecede se explica a preferência pela designação do sujeito da relação jurídica de paciente. Com efeito: utente, aponta para os deveres do Estado no âmbito da saúde; enfermo, sugere o étimo redutor; doente, revela-se restritivo...

⁽⁴⁶⁹⁾ Sem esquecer o que ilumina ainda a esfera de protecção individual em sede dos demais direitos pessoais: à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, etc., cf. art. 26.º da CRP. Neste aspecto, cf. por todos, Paulo MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento...*, pp. 149-246. Querendo, cf. ainda, André DIAS PEREIRA, *O Consentimento b cit*, e João Carlos LOUREIRO, *Metáfora do Vegetal...*, pp. 57-39.

⁽⁴⁷⁰⁾ Para alguns desenvolvimentos sobre a matéria ínsita aos citados preceitos constitucionais, cf. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *CRP Anotada...*, pp. 52 e ss., 268 e ss., 282 e ss., 446 e ss.

⁽⁴⁷¹⁾ Cf. *El dominio de la vida...*, p. 290.

Mas o que me proponho discorrer neste ponto da exposição é, outrossim, sobre alguns aspectos suscitados pelo eventual repúdio parte do paciente, agora sob a lupa de uma abordagem autónoma que revele eventualmente não apenas a originalidade das suas consequências como um verdadeiro teste à funcionalidade plena da autonomia da pessoa humana na relação medico-medicamentosa. E, neste recanto, tão-somente descrever algumas dúvidas, que, a seu tempo, justifiquem outras incursões adentro do tema que me seduziu, pese embora a incompletude com que, temo, acabe por revelar-se.

A recusa pode surgir, ao invés do consentimento, perante as propostas de informação, de intervenção para diagnóstico, ou para prognóstico, ou para terapia ⁽⁴⁷²⁾; e, após o consentimento, como revogação dessa vontade manifestada. Nesta sede, como liberdade essencial, terá o condão de, independentemente da forma que revista ⁽⁴⁷³⁾, *destruir* o consentimento prestado. E daí? A inversa também pode ocorrer, *construindo* a relação. Uma desperta enquanto a outra a extingue.

Mas será mesmo assim? Será difícil afirmar que a *revogação* possui o condão de fazer cessar os efeitos da relação médica. Não persiste o profissional de saúde com os deveres de prestar informações? De ministrar eventualmente cuidados alternativos adequados ao escopo diagnóstico ou terapêutico ou

⁽⁴⁷²⁾ Cf. APPELBAUM *et al*, pp. 191. Afirnam estes AA. que os casos de «recusa informada» sob apreciação judicial se prendem sobretudo: com a alegação de deficiências de informação no processo de formação da vontade; e com o direito de os doentes recusarem tratamento: no caso de serem doentes terminais, praticamente não existem exceções na jurisprudência americana (desde o caso *Quinlan* cuja sentença foi tomada pelo Tribunal Supremo de *New Jersey* em 1976) no sentido de se aceitar a autodeterminação. Usualmente a fundamentação assenta na doutrina do consentimento informado. Porém, os casos em que a recusa é apresentada por pacientes não terminais deram azo a decisões de tratamento compulsivo, seja por razões religiosas (*v.g.*: recusa dos pais quanto a transfusões de sangue nos filhos), seja por motivos familiares (a morte previsível, por força de uma recusa de tratamento, de uma pessoa que tenha um filho dependente). Chegaram já os tribunais americanos a fundamentar o tratamento compulsivo, decidido sobre a recusa do paciente, por considerarem que este desejava intimamente o contrário do que afirmou. Estes últimos casos levam os AA. citados a afirmar que os Tribunais divergem, em matéria dos tratamentos compulsivos, da qualificação *supra* aludida do direito a dissentir como corolário do direito a ser informado. Adiante referem que alguns tribunais levaram às últimas consequências as implicações da doutrina do consentimento informado, aceitando as consequências da recusa, mesmo em relação à perda da vida dos pacientes (*ibid.* pp. 192 *in fine* a 194).

⁽⁴⁷³⁾ É curioso constatar que o legislador, exactamente nas matérias onde convocou a formalização dos procedimentos para a prestação do consentimento (em benefício da garantia de uma superior certificação da integridade físico-psíquica dos envolvidos), consignou igualmente a manutenção da regra da *consensualidade* do dissentimento posterior.

de recuperação? Não terá de providenciar a manutenção dos deveres de registo no processo clínico? Não terá de comunicar a existência de uma doença infecto-contagiosa de elenco obrigatório? De diligenciar meios de transporte ou de vigilância? Ou simplesmente de ignorar a recusa, dispensando-a —no caso de ser confrontado com a mesma— no caso das excepções em que consistem os privilégios?

Logo daquela afirmação parece resultar uma fronteira entre as duas realidades. Se a revogação destrói o consentimento prestado, então isso significa, pelo menos, que as duas decisões possuem idêntica intensidade e que podem ser opostas. Esta primeira premissa convenceu-me a afastar o *labéu* de me confrontar com uma singela miragem na tentativa da *construção* de um conceito, fruto de uma qualquer ilusão analítica, e de prosseguir os raciocínios sobre a temática ⁽⁴⁷⁴⁾.

É fulcral alertar desde já para a constelação de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e pelo Direito Civil. Neste último, pontificam o direito geral de personalidade: a autodeterminação nos cuidados de saúde (cf. art. 70.º e 483.º do C.Civ.) e pressupõem a constitucional protecção da integridade física e moral das pessoas. Nos *terrenos* do Direito Penal, os crimes contra a vida — aqui em sentido amplo, a incluir a vida intra-uterina — (cf. arts. 133.º e ss.), contra a integridade física (cf. arts. 143.º e ss., onde avulta com autonomia a responsabilidade decorrente da violação das *leges artis*, cf. art. 150.º, n.º 2) e, muito especialmente, em torno da liberdade individual, designadamente os que se suscitam sobre as *intervenções médico cirúrgicas arbitrarias*, a saber: o discurso em torno do tipo de crime previsto no nosso CP (cf. arts. 156.º e s.) que permite punir (pena de prisão até três anos ou multa) o agente médico que despreze a necessidade de colher o prévio consentimento esclarecido do paciente em relação à intervenção que tecnicamente se mostre adequada para o intuito da medicina. E isto (recordo) independentemente de a actuação se revelar eficaz ou não; independentemente de o agente médico poder até salvar o paciente.

Os tempos em que o cirurgião Jean Louis Faure escreveu: «Eu penso que há até o direito de se operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito (...). Operei-os e salvei-os. Foram mais tarde os próprios os

⁽⁴⁷⁴⁾ Cf. João Vaz RODRIGUES, *Consentimento...*, pp. 353 e ss.

primeiros a agradecer a minha violência...» (475), parecem estar mais longe do que a mera consulta do calendário indica (1929).

Mas será mesmo assim? Estamos perante uma aparente esquizofrenia: agradecido por lhe ter sido *devolvida a saúde*, o paciente pode accionar o médico pelas responsabilidades decorrentes da lesão à sua liberdade, onde se sinta inconformado com a lesão efectivada a este bem jurídico.

A questão não é ainda hoje pacífica em todas as ordens jurídicas. Sirvam de exemplo algumas notícias oriundas da jurisprudência americana que considerou legítimo actuar compulsivamente perante a recusa do paciente, exactamente por se ter entendido que este desejava intimamente o contrário do que afirmou; e na mesma fonte apurei a existência de decisões judiciais em que a doutrina do consentimento informado foi respeitada até à morte (em princípio desnecessária na sua dimensão temporal) do doente (476).

E na ordem jurídica portuguesa pode-se colocar a situação paradoxal de uma intervenção arbitrária —com respeito pelas regras técnicas— que obtenha um resultado infausto, encontrar alguma resistência judicial em justificar o dano consequente —em termos de causalidade adequada— à recusa inicial (muito embora aquele se não verificasse caso esta fosse cumprida). Dir-se-á que o resultado infausto teve como razão de ser um efeito adverso que não foi sequela da técnica prosseguida, quedando fora a conexão com a lesão do dano da liberdade repudiada, que aparece sem adequação directa.

Por seu turno, uma intervenção arbitrária, com respeito pelas regras técnicas, com um resultado benéfico dará muito provavelmente azo à tentação de não resultar em dano outro que não seja o putativo dano da liberdade violada, ou seja, será de ponderar sobre se o paciente, avançando com a pretensão judicial, não estará a incorrer processualmente numa contradição? Se for conjecturável que a liberdade individual possui como substracto a sua integridade físico-psíquica, então um benefício nesta esfera não terá repercussão naquela, isto é, não se verificará uma *compensação do dano* (liberdade) *com o lucro* (integridade física)? Temo que a tentação judicial propenda para uma resposta positiva. Isto significa que os fluxos recíprocos conduzem sempre a uma afirmação espúria da autonomia quando radicalmente desprezada.

(475) *Apud* JOSÉ CALVET DE MAGALHÃES, *A Responsabilidade...*, p. 65.

(476) Cf. APPELBAUM *et al.*, pp. 192 e ss. Sobre a questão ver ainda, por todos, ANDRÉ PEIREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e ss.

Em suma, terei a liberdade de tomar más decisões mas não o benefício da liberdade de que as mesmas sejam responsabilmente respeitadas.

Estão em causa, por banda do Direito, doutrinas relativamente recentes com normas jurídicas dispersas para serem ajustadas a mecanismos elaborados para tempos em que as separações eram binárias: internacional/nacional; público/privado; responsabilidade civil/responsabilidade criminal; responsabilidade civil contratual/responsabilidade civil extracontratual; em direito administrativo/em direito civil, etc.. E tudo congeminado quando o sistema rodava *com limites de velocidade* em instituições e por força de conceitos profundamente positivistas.

E por banda das relações humanas da Medicina, verificam-se o resultado de incompreensões? Neste caso, a resposta estará na informação e no esclarecimento do paciente? É provável que sim. Muitos profissionais de saúde portugueses afirmam, de viva voz (aqui e ali misturada com alguma indignação), que, mesmo para além dos casos das excepções médicas de silêncio ou de actuação substituída ou de actuação sobre incapaz, é absurda a condição (refiro-me quer à recusa quer ao consentimento), como absurda é a premissa (falo do esclarecimento). Eis um argumento *pesado* até pela força, por exemplo, das consequências das premissas de Mohan Monasingue sobre um esgotamento de recursos caso se desprezem os *objectivos* de um global *desenvolvimento sustentável*: «sustainnomics», que corre desde a cimeira de 1992 da ONU (Rio de Janeiro) até à de 2002 (Joanesburgo) e que desafiam propostas para evitar as notórias notícias de desequilíbrios com impactos massivos⁽⁴⁷⁷⁾. Adentro desta realidade centro-me apenas nas necessidades de protecção na saúde que são incomensuráveis. E aqui, não me devo furtar a formular uma interrogação já reiteradamente ouvida: para que se há-de complicar o que é simples? Está em causa um bem cuja prossecução é um imperativo inquestionável: a vida e a saúde; do outro lado, existem pessoas que estão profundamente habilitadas a protegê-la. Nada mais natural do que entregar essa tarefa nas *mãos* que estão preparadas para o fazer. O demais pode e deve ser afas-

(477) Cf Mohan MUNASINGHE e Rob SWART, *Primer on Climate Change and Sustainable Development: Facts, Policy Analysis and Applications*. Cambridge University Press, 2005, (ISBN 9780521008084), *ebook* pode ser solicitado via <http://www.ebooks-share.net/primer-on-climate-change-and-sustainable-development-facts-policy-analysis-and-applications-1/>; e ID., M. MUNASINGHE, *Making Development More Sustainable: Sustainable Framework and Practical Applications*, 2.^a ed. MIND Press, 2010, ISBN 978-955-0317-00-4 (cf. <http://www.mindlanka.org/sustain-omics.html>).

tado!? Será nefasto acalentar outros desígnios... Será? Mais: o agente médico tem o dever de actuar e beneficentemente (cf. o dever de garante: art. 10.º, n.º 2; em termos gerais: a omissão de auxílio: o art. 200.º, mas especialmente o art. 284.º: *recusa de médico*, todos do CP); condicionado sobretudo pela contingência das reacções imprevistas, indesejadas, do próprio organismo onde intervém. Já basta isto como empecilho ⁽⁴⁷⁸⁾.

Contudo, no outro prato da balança reside esta verdade: a vontade do beneficiado é um imperativo maior, categórico. Assim deve ser. Parto de um axioma: a humanidade assenta em uma individualidade onto-axiológica liberal: a dignidade, com projecção em um âmbito de liberdade exercitada nos limites *convivenciais* recíprocos onde seja acatada ou onde não provoque lesão. As excepções hão-de ser tipificadas e debatidas.

O direito a expressar o consentimento habilitante para o acto médico resulta forçosamente da faculdade de o visado expressar relevantemente a sua recusa: o seu dissentimento ⁽⁴⁷⁹⁾.

É a faculdade de recusa e a livre revogabilidade do consentimento que servem de prova de esforço e de teste para que a dignidade individual não seja consumida pelas boas intenções que coloquem o ser humano em permanente estado de incapacidade: em servidão da inteligência alheia.

⁽⁴⁷⁸⁾ De acordo com outras análises, oriundas das estruturas e balanços substantivos à prestação concreta que está em apreciação, devem igualmente ser levadas em conta divergentes necessidades e requisitos. Penso em questões de natureza organizacional e de recursos escassos. Sobre o assunto, entre outros, cf. Manuel J. ANTUNES, *A Doença da Saúde...*

⁽⁴⁷⁹⁾ A expressão dissentimento — encontra-se aqui como o *negativo* do consentimento, sentido em que vi já o termo utilizado por Jorge FIGUEIREDO DIAS, cf. *O Problema...*, p. 428, nota 28, bem como por Eduardo CORREIA, *Direito Criminal...*, II, pp.: 19 e 25 — foi introduzida por José de FARIA COSTA para apelidar um modelo cuja aplicação foi traçada para a matéria das transplantações (cf. *O valor do silêncio...*, pp. 125 e ss.). Tomem-se ainda em consideração, entre outros, Nuno Manuel PINTO DE OLIVEIRA, cf. *O Direito Geral de Personalidade...*, e André Gonçalo DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e ss.. Esta noção, segundo creio, pode ser ampliada para abarcar toda a declaração informada e esclarecida mediante a qual se recusa a prestação de um tratamento médico proposto, ou já iniciado (revogação). Em sentido mais amplo, até por ser *problematizante*, cf. Luísa NETO, *O Direito Fundamental...*, de onde destaco os textos de pp. 867 a 883.

IX § 1.º Consentimento e recusa: duas faces da mesma moeda? Duas moedas?

Tudo indica estar perante duas faces da mesma moeda? (e se assim for, a diferença das faces será significativa?); ou será que estou perante duas moedas? A resposta positiva a qualquer uma das questões justifica-me o presente trabalho. Não é indiferente repudiar a inserção social em que necessariamente existo. A recusa ao auxílio médico medicamentoso pode significar um *desaire* com repercussão a montante e a jusante, afectando outros em relação aos quais me situo como fonte de garantias. Os seres humanos são interdependentes.

Uma vez mais um terrível dilema: o exercício da minha liberdade trará consequências nos elos das correntes que integro; mas o desprezo pela minha autonomia significará que a corrente me retira a liberdade. E se a minha liberdade não é preciosa, as dos demais perdem significado.

Eis os limites que atormentam médicos e juristas, no raciocínio partilhado. Justifico assim a *ronda* em torno das *respostas (in)esperada(s) do paciente: o repúdio*.

Se me bastar pelo raciocínio de que o consentimento ou o dissentimento constituem um dos resultados do mesmíssimo processo de propor uma intervenção médica, então será eventualmente indiferente que o paciente, a final, a recuse ou a aceite. A coincidência parece ser integral e, consequentemente, permitirá evitar ulteriores comentários. Mas se adicionar outra hipótese nesta asserção os planos deixam de coincidir: se após ter sido dado o consentimento se verificar uma alteração da vontade do paciente e este repudiar a intervenção? É que a inversa não é verdadeira: o consentimento faz progredir o procedimento sem grandes percalços, ao menos até à próxima interrogação.

A resposta a esta inquirição necessita de ser antecedida por um curto esclarecimento: a aproximação à qualificação contratual da relação entre o médico e o paciente (independentemente de aquele estar ou não inserido numa estrutura maior, por exemplo: um Hospital), não é mais do que o mesmo: uma aproximação. O *sinlagma* aqui designa-se *aliança* e não presta homenagem à vetusta regra *res inter alios acta*, exactamente por não ser possível *reificar* a projecção dos direitos de personalidade nem esvaziar, por princípio, o bem

jurídico que se extrai da liberdade individual atendível. ⁽⁴⁸⁰⁾. Eis o que, radicalmente, explica Joaquim de Sousa Ribeiro, permitindo inspirar o profundo raciocínio de Orlando de CARVALHO:

«Poder de autodeterminação não é, portanto, o mesmo que autonomia da vontade, como esta não é o mesmo que liberdade contratual, pelo que as estratégias de despublicização e de privatização —*private is beautiful*— que argumentam *propter naturalem ordinem*, com a terceira não fazem senão mentir e lograr os cidadãos. Poder de autodeterminação não é autonomia da vontade porque, como se provou, a defesa daquela repousa, em grande parte, na negação desta autonomia, exigindo, ao invés, uma composição autoritária. E autonomia da vontade não é liberdade contratual, porque se o contrato é formalmente a imagem o veículo preferido dessa autonomia, facilmente se degrada em negação da igualdade de posições e da equivalência de prestações que deve considerar-se o *quid minimum* da justiça contratual.» ⁽⁴⁸¹⁾

O regime geral do contrato pode auxiliar o desenvolvimento prático de alguns aspectos da relação entre os profissionais de saúde e o paciente (algumas das suas prestações que rondam os limiares da esfera da Pessoa: tempo, honorários, local, medicamento, até materiais ou aspectos algo intrusivos como a qualidade ou a dimensão do silicone, etc.) mas em momento diferente ao da estruturação jurídica do acto médico-medicamentoso de que trato agora. A relação entre os prestadores de cuidados de saúde vai muito mais além, pois retira do espectro das partes efeitos próprios da renúncia de direitos —que são o cerne das declarações negociais, unilaterais ou sinalagmáticas—, como ocorre, por exemplo, em um fenómeno de dupla revogação por parte do paciente: consentimento—revogação—consentimento: intervenção inicialmente pretendida e ulteriormente reiterada após recusa intermédia e *arrependimento*.

Retomo a primeira premissa colocada: se puder revogar livremente o consentimento anterior, então as duas manifestações de vontade opõem-se e posso até extrair que o dissentimento possui densidade mais intensa, pelo menos enquanto persistir, já que reduz ou aniquila arbitrariamente a decisão anterior. Depois disto, deixo de constatar a *coincidência* entre o consenti-

⁽⁴⁸⁰⁾ Cf. Joaquim de SOUSA RIBEIRO: *O problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual* (dissertação de doutoramento) Almedina Ed. (1999) ISBN 978-972-40-1176-1 cf. autodeterminação e auto responsabilidade); e ID, *Direito dos Contratos — Estudos*, Coimbra Ed. (2007) ISBN 978-972-32-1469-0: cf. neste âmbito os seguinte temas: «constitucionalização do direito civil; o contrato, hoje: funções e valores.

⁽⁴⁸¹⁾ ID, *O problema do contrato*, pp. 35 e ss. e 99 e ss. (usei as paráfrases de Orlando de CARVALHO in *por Uma Teoria da Pessoa Humana, in TGDC...* (2012) cit., p. 262 e s.)

mento e o dissentimento. Uma das primeiras consequências ocorre logo no que concerne aos deveres que persistem: os de informação; os de assistência, enquanto perdurar a *tutela* de facto do prestador de saúde em relação ao utente; os de registo no processo clínico; os de comunicação de factos para protecção de terceiros cuja decisão afecte (contaminação; perigos, etc.).

Antes ainda de me debruçar sobre as consequências que esta realidade transmitirá ao processo dialógico de formação da vontade e conformação das prestações entre o agente médico e o paciente, devo acrescentar, pelo menos, um dos reflexos das inúmeras consequentes.

E se consentir apenas parcialmente, recusando esta ou aquela intervenção, aceitando contudo outras alternativas? Por exemplo: face a uma neoplasia recuso a intervenção cirúrgica, mas aceito uma terapia invasiva com radiações. Ou em outro exemplo: repudio apenas determinada actuação médico medicamentosa em fase de recobro pós-operatório? O que expus permite-me defender que a autonomia do paciente merece aqui ser igualmente protegida: se posso recusar o *bolo inteiro*, posso recusar *uma ou várias das suas fatias*.

A culminar o que assumo como uma *apresentação* inquisitiva do tema, constato não ser despiciendo delimitar o cerne de todas as interrogações, de sorte a assumi-lo já como fonte essencial da maioria das controvérsias: como aponta Costa Andrade: «... na sua expressão canónica e paradigmática, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos abrem um conflito que tende a esgotar-se na ponderação entre: por um lado, a vida e a saúde: e, por outro lado, a liberdade ou a autonomia do paciente. Trata-se, noutros termos, da antinomia entre o velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex esto* e o mais recente *voluntas aegroti suprema lex esto*, de étimo liberal-humanista.»⁽⁴⁸²⁾.

Responder positivamente à questão essencial subjacente terá as suas consequências, como serve desde já o exemplo das insuficiências reveladas no mecanismo tipificado do triângulo penal delineado entre os arts. 150.º; 156.º e 157.º do Código Penal. A intenção terapêutica afasta a ilicitude no campo da integridade física; muda-se de campo para o da protecção da liberdade e prossegue-se uma linha de censura até à intervenção levada a cabo sem o consentimento do paciente ou perante um consentimento deficiente (não esclarecido). Eis o que, por ora delimitado em termos grosseiros, se encontra

⁽⁴⁸²⁾ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 20.

tipificado. A questão natural será a seguinte: — seguindo esta linha de raciocínio, para as intervenções com carácter terapêutico, a intervenção prosseguida perante a recusa do paciente, i.e., prosseguida contra a sua vontade, ainda que em seu benefício, queda-se sobre a tutela benigna do preceituado no art. 150.º do CP?

Parece que sim, mas talvez não seja bem assim. Temo que as decisões dos tribunais portugueses não contrariem este *beneficio ao infractor*, como aconteceu já na jurisprudência italiana, gerando contudo controvérsia ⁽⁴⁸³⁾. Eis a resposta à questão da compensação do dano liberdade com o benefício causado e que se torna excludente ou não. A pergunta é simples: se a recusa for oposta a quem promove uma intervenção cirúrgica que respeita em termos gerais e abstractos a indicação médica e as *leges artis medecinae* para aquelas circunstâncias, significa ou não um crime não apenas na liberdade, mas retirando a capa protectora da medicina?

Em Itália divide-se doutrina e jurisprudência ⁽⁴⁸⁴⁾. O *resultado favorável* indesejado transforma o bom senso em senso comum e os §§ 1.º e 2.º do art. 32.º da Lei Fundamental italiana ficam assim em confronto: pelo primeiro se protege a vida como direito fundamental do individuo que, contudo, pelo 2.º,

⁽⁴⁸³⁾ Sobre a questão cf. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico... cit.*, p. 171, onde dá conta de uma decisão da *Cassazione Italiana* de 21/09/2009 (processo n.º 2437/2009) e, ainda, AA.VV *Progetto di Riforma in Materia di Responsabilità Penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico* (Coord. Gen. Gabrio FORTI), *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell'Università Cattolica del S.C. di Milano* (CSGP), pp. 40 e ss. onde, em anotação à proposta de introdução de um preceito com uma solução análoga à prevista no art. 150.º do CP português e, ainda, um «programa de justiça de reparação —«riparativa»— de danos», cf. art. 5.º, específica para a matéria *sanitária*, cf. arts. 8.º e ss., instituindo uma comissão interdisciplinar com competência para dirimir eventual litigância, estabelecer a mediação e sanar dúvidas cujo *corpo* possui uma intervenção do CSM italiano e visa sanar a eventual responsabilidade penal. A teleologia é a de evitar que um crescendo de procedimentos penais incrementa uma prática de medicina receosa (defensiva). O texto e o projecto encontram-se acessíveis in
http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.collegiochirurgi.it%2Fpublic%2Flegislazion%2FProgetto_Riforma_Responsabilita_Penale_Prof_Forti.pdf&ei=iSTqU4zlFoyAPZfMgcAB&usq=AFQjCNH8dD2EjABZ9dijboa7HaOz8Nkghw&sig2=BL6lrrFE-AhEgwcncq-XcwQ&bvm=bv.72676100,d.ZWU. Mais desenvolvimentos em AA.VV: *Il problema della medicina defensiva. Una proposta di riforma in materia di respnsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contanzioso legato al rischio clinico* (FORTI, Gabrio; CATINO, Maurizio; D'ALESSANDRO, Francesco; MAZZUCATO, Claudia; VARRASO, Gianluca, ETS Ed., 2010, Pisa, (ISBN 978-884-467-2597-3);

⁽⁴⁸⁴⁾ Cf. ID, *ibid*, pp. 39 e ss., n. 2-6.

se salvaguarda a sua autonomia em receber um tratamento. A resposta afigura-se-me evidente. Se é verdade a prevalência do primeiro sobre a do segundo fora das medidas excepcionais tipificadas em lei, então o direito de autonomia não tem qualquer valia, excepto no plano de facto.

Em Espanha existe doutrina que começa a afirmar que a jurisprudência constitucional deu abertura à consideração de que a prática de um acto médico arbitrário —sobre uma proposta que mereceu a recusa do visado—, implica —por força— a vulnerabilidade do direito da integridade física. E esta integridade físico-psíquica é exactamente o bem jurídico e o interesse que subjaz a um tipo de crime específico, pelo que «o princípio da autonomia conduz à adopção de um conceito subjectivo de saúde no qual, no âmbito sanitário, é possível considerar os actos médicos não consentidos pelo paciente, como factos constitutivos de um crime contra a integridade física». Tanto afirma Sergio Romeo Malanda ⁽⁴⁸⁵⁾ que acrescenta a inserção dos deveres de informação na actuação técnica, nas *leges artis* dos prestadores de cuidados de saúde, e cita jurisprudência e doutrina, designadamente Ángel Pelayo GONZÁLEZ-TORRE:

«La *lex artis* no se limita ahora a una correcta aplicación de las técnicas a partir de unos determinados y exigibles conocimientos técnico científicos, sino que incluye también unos concretos contenidos éticos que implican una determinada forma de relación del personal sanitario con el paciente (...) la *lex artis* podría ser definida entonces como el conjunto de conocimientos técnico-científicos y también de comportamientos éticos, que el sujeto debe aplicar en el campo de su ejercicio profesional.» ⁽⁴⁸⁶⁾

Isto é, a actuação de acordo com as *leges artis* deverá incluir a vontade —no caso português livremente disponível onde não exista finalidade terapêutica, cf. art. 149.º, n.º 1 do CP—, i.e., a componente da partilha sobre o «estado dos conhecimentos e da experiência da medicina» que «se mostrarem indicados», cf. o n.º 1 do art. 150.º do CP, sob pena de constituir uma tautologia ter o legislador mencionado em seguida «e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*». Constitui esta, pois, uma correcta forma de agir em conformidade, não podendo o prestador de serviços agir desse modo sem o material adequado, como sem conhecimentos, como sem consentimento, como

⁽⁴⁸⁵⁾ Cf. Sergio ROMEO MALANDA, *Consentimiento Informado Y Responsabilidad Penal*, in AA.VV., *Consentimiento Informado, Ver. Julgar... cit.*, pp. 183 e ss.

⁽⁴⁸⁶⁾ Cf. Ángel PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares ed., 2009, p. 34 n. 19 (*apud* Sergio Romeo Malanda *supra cit.*).

sem descanso...», e se o realizar não podendo deixar de —em termos de avaliação objectiva— conjecturar a possibilidade de «criar perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde», conformando-se, preencherá o tipo de crime previsto no n.º 2 do mesmo preceito.

Exactamente porque não concebo o preconceito de reputar o exercício da medicina como uma actividade ilícita, ulteriormente justificada seja por indicação terapêutica, seja por consentimento justificante, —pecha a que a doutrina que defenda solução contrária ou em decisões a tomar em demais ordenamentos sempre terá de se reinventar em justificações, que, quanto mais elaboradas, mais afirmam a singeleza eficaz e abrangente da solução portuguesa e austríaca— mais latente fica a omissão sobre a previsão da censura que se me oferece ingente por maioria de raciocínio. E no que concerne à liberdade —apenas a esta— fica a solução nas mãos do lesado... E da jurisprudência algo mais, se algo mais algum dia chegar a suscitar discussão judicial. Mas perante o desrespeito por uma DAV a questão coloca-se inequivocamente.

De mesma sorte, ora para direito a constituir, no que concerne ao tipo de crime de perigo, introduzido pela Lei n.º 65/98, de 02/09, no n.º 2 do art. 150.º do CP, fica igualmente um sabor amargo quanto à restrição promovida quanto à mera conduta dolosa ⁽⁴⁸⁷⁾. Está bem de ver que muito dificilmente uma intervenção médica —e escolho entre estas as cirúrgicas, por serem as mais agressivas e conseqüentemente aquelas onde o dever de cuidado exorta a densificação do perigo por escrúpulo e se verifica diluição pelas competências compartimentadas dos vários intervenientes— deixará de se verificar candente na negligência grosseira. Exigir o dolo (como decorre do preceituado no art. 14.º em conjugação com o teor do 150.º, n.º 2, ambos do CP) será o mesmo que colocar o preceito sem consequência prática de relevo.

Em termos de direito civil a questão também não é isenta de dúvidas, uma vez mais, se o resultado for infausto. Caso se verifique, como afirma Vera Lúcia Raposo um insucesso que provoque danos cujo ressarcimento seja reclamado, não pela actuação técnica mas pela «concretização de um risco inevitável. Ainda assim constata-se que o acto médico resulta de uma violação das *leges artis*, desta feita não relacionada com a execução do acto em si, mas sim

⁽⁴⁸⁷⁾ Neste sentido, cf. Ac. TRE de 08/04/2010, Proc. n.º 883/05.5TAPTG (Rel. CORREIA PINTO), in www.dgsi.pt.

com a informação e com o consentimento para o mesmo, uma vez que o paciente não —como deveria ter sido— informado daquele risco.»⁽⁴⁸⁸⁾ A questão coloca-se acerca da possibilidade da responsabilização por perda de *chance* a que, para o caso, opõe Vera Lúcia Raposo o exagero de dar como adequada a causalidade com o dano fundado em um deficiente consentimento «quando na verdade não se cometeu qualquer falta médica na execução do acto, ou, se existiu, não foi ela a dar causa (em termos denexo causal) ao efeito nefasto.»⁽⁴⁸⁹⁾ Pois o problema retoma-se novamente: como não assumir como falta médica a ausência de uma prévia obtenção de um consentimento esclarecido adequado? E se o assumo, porque tudo o diz: da moral à ética e desta ao direito, como hei-de eu levar a sério uma decisão de risco em que impera a omissão desse mesmo risco, quando relevante? Se não me informarem de que os serviços em que tenho de depositar uma exposição, na cidade de destino encerram inevitavelmente pelas 15:00h, de que me serve a informação de que o único meio de transporte disponível não chega antes das 14:50h? Deixo de poder decidir convenientemente, porque a decisão implica ela própria riscos específicos que devem —que têm de ser ponderados.

O teste da recusa, i.e., da faculdade de se opor, recoloca a interrogação fora do campo meramente hipotético: sempre que em Tribunal se afigure que uma informação possui conexão essencial para a formação da vontade —avaliada equitativamente— e constitui elemento essencial para a decisão. Em suma, uma informação que deve ser e foi revelada com a probabilidade própria das que podem ocorrer em situações análogas, e que uma pessoa razoável toma por essencial para determinar a decisão⁽⁴⁹⁰⁾.

Reponho a questão em termos hipotéticos: segue um veículo para *revisão em inspecção obrigatória* que não revela o mau estado dos pneus, não susci-

⁽⁴⁸⁸⁾ Sigo Vera Lúcia RAPOSO, *Do acto médico...*, cit, pp. 158 e ss., e, Rute TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, CDBN|FDUC, 15, Coimbra Ed., 2009 (ISBN 978-972-32-1636-3), pp. 265-270.

⁽⁴⁸⁹⁾ Não deixa todavia Vera Lúcia RAPOSO de colocar a hipótese de existir um dano reportado à violação da autodeterminação.

⁽⁴⁹⁰⁾ No fundo faço a leitura do que Vera Lúcia RAPOSO ensina nas pp. seguintes da obra a que me venho reportando, cf. ID, *ibid.*, pp. 160 e s., retirando as longínquas causas hipotéticas mas acatando as que, muito evidentemente, o caso concreto estabeleça como causa adequada a uma violação das *leges artis ad hoc*, sem descurar as cautelas em que, como avisadamente aponta: «se perdem de vista a realidade dos factos». Em matéria de PMA a questão volta a ser retomada.

tando o responsável o facto; levantado o veículo verifica-se um acidente em que os pneus rebentaram. Para determinar responsabilidade pela omissão de informação é necessário questionar se o condutor ainda assim conduziria o veículo? É certo que se impõem outras perguntas: a distância da viagem, os requisitos das motivações para a realizar, etc., mas, pensadas as respostas convenientes, será sofisticado de mais estabelecer um nexo de causalidade adequada entre um dano e a informação omitida? Se alguém, por liberdade de convicção religiosa, se opuser a uma intervenção determinada porque implica transfusão sanguínea, a omissão da informação correspondente que determina a decisão de se submeter a actuação médica que muito provavelmente a determinará não gera consequências em matéria de responsabilidade? Não existe dano? Dor?

Existirá eventualmente uma compensação do benefício pelos danos, mas isso pode significar deitar borda fora a doutrina da autonomia. E acrescerá aqui a eventualidade de não ser certo que o paciente, confrontado hipoteticamente com a hipótese, não mudaria de convicções... E seguem pela mesma via, *sem chance*, as DAV.

IX. § 2.º *Uma estranha forma de... recusa*

Desde o longínquo ano de 1968 que o nosso ordenamento jurídico admitiu e regulamentou aspectos do dissentimento. Com efeito, o Estatuto Hospitalar, vertido no DL n.º 48 357, publicado no dia de 27 de Abril daquele ano, estabeleceu, como novidade que pôs fim à discussão sobre a admissão do consentimento do paciente previamente a exames ou tratamentos, a faculdade de os doentes poderem recusar a assistência médica (cf. art. 80.º, n.º 2 do EH) e impedia que pudessem «...ser retidos nos serviços hospitalares, contra sua vontade, por período superior ao estritamente necessário para diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos na lei.» (cf. art. 80.º, n.º 3 do EH).

Esta independência normativa do instituto do dissentimento, literal e expressamente preconizada, encontra-se perfeitamente assumida na CDHBio; assim, confronte-se o 1.º § e o 3.º § do artigo 5.º da CDHB:

«Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada *depois* da pessoa em causa dar o seu consentimento, de forma livre e esclarecida. / A esta pessoa deve ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da interven-

ção, bem como quanto à sua natureza e aos seus riscos. / A pessoa em causa poderá a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.»

O ditame contido no 1.º § do descrito art. 5.º da CDHB inclui, *a contrario sensu*, a noção do que denomino como dissentimento prévio: se o paciente não der o seu consentimento a intervenção no domínio da saúde não pode (em princípio) ser efectuada.

IX. § 2.º. 1. Matéria legislativa avulsa: A Carta dos Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde (LDDUS)

A Lei n.º 15/2014, de 21 de Março veio consolidar a concretização do sentido e alcance da Base XIV da LBS no que toca um elenco uniformizador dos «DIREITOS E DEVERES DO UTENTE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE», uma verdadeira *Carta*, onde uniformiza alguns aspectos que se encontravam sucessiva e perniciosamente dispersos na explosão legislativa que o Direito da Medicina invoca e as sucessivas matérias impõem tutela ao legislador, designadamente no que concerne ao *direito ao acompanhamento*, tal como a uma louvável intenção de uniformização de nomenclatura, de que é resultado a adopção da designação *neutra* de «utente» em vez da utilização das expressões de «paciente», ou de «doente» ⁽⁴⁹¹⁾.

Acresce ainda um aspecto importante: o legislador *desligou* expressamente o que pertence ao SNS do que é comum a qualquer «estabelecimento de saú-

⁽⁴⁹¹⁾ Não me vou pronunciar sobre «preferências», excepto no que concerne à expressão doente, que me parece desadequada, uma vez que a recepção de cuidados de saúde pode ser altamente invasiva sem que a pessoa que está a recebê-los esteja doente ou sequer venha a estar. A expressão utente serve perfeitamente o desidrato de quem utiliza serviços de saúde, independentemente de serem privados ou públicos e de ter de ser mais ou menos *paciente*. Por esta última razão, utilizarei indiferentemente as expressões. Neste caso foi anunciada a «incorporação» das normas e princípios relativas ao acompanhamento do utente dos serviços de saúde, quanto os seguintes diplomas e matérias, que ficam revogadas: 1. Lei n.º 14/85, de 6 de Julho sobre o *Acompanhamento da mulher grávida durante o trabalho de parto*; 2. A Lei n.º 33/2009, de 14 de Julho, sobre o *Direito de acompanhamento dos utentes dos serviços de urgência do Serviço Nacional de Saúde (SNS)*; 3. A Lei n.º 106/2009, de 14 de Setembro sobre o *Acompanhamento familiar em internamento hospitalar*; e 4. a Lei n.º 41/2007, de 24 de Agosto sobre a *Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS)*, incluindo-se igualmente o «acompanhamento em internamento hospitalar de crianças, pessoas com deficiência ou em situação de dependência». Sem grandes comentários, deixo indicação para confronto a proposta da APB: Parecer n.º P/18/APB/10 —«Carta dos Direitos do Utente dos Serviços de Saúde», de que são Relatores Rui NUNES e Helena MELO.

de». Esta generalização permite que o regime, noções, princípios, direitos e deveres se alarguem agora para lá dos estabelecimentos *públicos* de saúde, deixando quanto a este aspecto de inserirem-se os direitos e deveres terapêuticos correspondentes, incluindo os de acompanhamento, segredo e protecção de dados, etc., apenas aos prestadores de cuidados de saúde e aos utentes/pacientes em termos de se certificar comportamentos no âmbito de relações de direito público ou de direito privado. O recorte no que toca às relações jurídicas médico medicamentosas de carácter privado que não estão abrangidas pela LDDUS fica circunscrita ao exercício absolutamente privado, sendo certo que qualquer prestador de cuidados de saúde que pretenda praticar profissionalmente como clínica ou consultório deverá inscrever-se e respeitar a regulamentação aplicável ⁽⁴⁹²⁾. Cria-se assim uma margem escassa de terreno onde, eventualmente, é defensável que os cuidados de saúde aqui em questão fiquem abrangidos na esfera dos deveres traçados pela LDDUS.

Mais concretamente, no que interessa ao presente trabalho, o legislador formulou um aperfeiçoamento linguístico no que concerne ao consentimento esclarecido, dando eco ao que a doutrina vem apontando:

⁽⁴⁹²⁾ As unidades privadas de saúde, clínicas, etc. estão submetidas ao respectivo processo de abertura, modificação e funcionamento ao regime do DL n.º 279/2009, de 6/10, sendo certo que a Port. n.º 287/2012, de 20/09, estabelece critérios para o efeito, submete-as a inscrição e a fiscalização, sendo certo que o era. 2.º deste último diploma define: «clínicas ou consultórios médicos, as unidades ou estabelecimentos de saúde privados que prossigam actividades de prevenção, diagnóstico, tratamento médico e reabilitação, independentemente da forma jurídica e da designação adoptadas, no âmbito das competências legalmente atribuídas a cada um dos grupos profissionais envolvidos.», designadamente: regulamentos internos, processos clínicos, regimes de seguro obrigatório, livro de reclamações, assegurando respeito pela privacidade e pela dignidade dos utentes, registo nominativo dos actos de saúde praticados, identificação de director clínico, ficando submetidas a vistorias realizadas pela ARS, e guardando os respectivos registos, etc. submetendo-se a um registo enquanto UPS (Unidades Privadas de Saúde), através do portal junto da ERS, via www.portaldolicenciamento.com/unidades-privadas-de-saude.htm, onde podem ser consultadas as portarias que regulamentam a respectiva inscrição e especialidades: consultórios dentários: Port. n.º 268/2010, 12/05; obstetrícia e neonatologia: Port. n.º 615/2010, 03/08; centros de enfermagem: Port. n.º 801/2010, 23/08; medicina física e reabilitação: Port n.º 1212/2010, de 30/11; clínicas e consultórios médicos: Port n.º 287/2012, 20/09; medicina nuclear: Port n.º 33/2014, de 12/02; radiologia e radioncologia: Port n.º 34/2014, 12/02; radiologia: Port n.º 35/2014, 12/02. Cf. por exemplo quanto aos enfermeiros o DL n.º 118/2014, 5 de Agosto que estabelece os princípios e o enquadramento da actividade do Enfermeiro de Família no âmbito das unidades funcionais de prestação de cuidados de saúde primários, nomeadamente nas Unidades de Saúde Familiar (USF) e nas Unidades de Cuidados de Saúde Personalizados (UCSP).

«em alguns casos, actualiza-se a terminologia: atente -se no exemplo de «decidir receber (...) a prestação de cuidados», que consta da alínea *b*) do n.º 1 da Base XIV da Lei n.º 48/90 que passou a «consentimento declarado de forma livre e esclarecida», cf. art. 3.º da LDDUS.

No que toca à recusa, a LDDUS imprime com considerável assertividade alguns aspectos que devo realçar:

O Direito de escolha, previsto no art. 2.º, n.º 1, resultou alargado em relação à Base XIV, n.º 1 al. *a*), uma vez que separou «as regras de organização dos serviços» para o n.º 2, generalizando-o com dependência de uma protecção de saúde que constitui dever organizacional e autonomizando no n.º 1 a faculdade de escolha dos serviços e prestadores de cuidados de saúde, apenas «na medida dos recursos existentes».

A vantagem é a de a estrutura deixar de poder negar o desígnio *intuitu personae* da tutela dos cuidados em determinado profissional com o argumento sobre organização dos serviços —fortemente subjectivo— ficando agora com o ónus de explicar e demonstrar porque razão não deu azo à intenção do utente em encetar ou prosseguir ou substituir a relação de cuidados com o profissional em quem deposita confiança. Sem prejuízo evidentemente de a tutela de responsabilidade não impedir a fungibilidade decorrente de horários, etc.

IX. § 2.º. 1.1. O direito de escolha

Ao qualificar juridicamente a relação de prestação de cuidados de saúde —especialmente como se me oferece desejável— como uma relação que recebe as óbvias influências na formação e conformação das manifestações de vontade segundo os princípios e as regras dos negócios jurídicos *conhecidas* e estudadas dogmaticamente e judicialmente interpretadas e aplicadas, não se me afigura nada indiferente retomar um debate aparentemente perdido: o da natureza contratual da relação para explicar a necessidade de satisfazer os requisitos da autonomia. Muitas dúvidas me assaltam, porém, sobre o que se mostraria fácil e conveniente, limitar-me a aderir, i.e., acatar a divisão clássica de uma vertente pública não contratual (serviços prestados) e uma outra privada contratual (prestação de serviços). E sob risco de me repetir, terei de explicar que a aproximação à figura dos contratos no que ao campo da autonomia interessa serve um escopo simplificador e, nessa medida, invocador e

plausível, até, entre o mais ⁽⁴⁹³⁾ porque em matéria de apuramento da responsabilidade segue um regime que em termos de ónus probatório é justamente valioso para o paciente. Neste sentido, segue a doutrina e a jurisprudência que adere à formulação contratual ⁽⁴⁹⁴⁾, mas persistem-me as dúvidas de outrora, no que insiro o seguinte: a regra da livre revogabilidade de um contrato desestrutura-o, pelo que algo de novo, absolutamente novo se desvela aqui. Admito que possa ser uma nova fórmula contratual, mas na justa medida em que o conceito implica uma conjugação de vontades, mas que se fundam em realidades algo divergentes. As características fulcrais em causa são distintas, pois significam ao consentimento —tal como eventual recusa— a afirmação de um ajuste de vontades que se funda na protecção da integridade físico-psíquica e na liberdade do ser humano, para o paciente; e para o profissional de saúde, liberta-o do seu dever de auxílio (cf. vg. art 284.º CP: crime de recusa de médico), levando-o a respeitar a integridade físico-psíquica, arredando-o das intervenções arbitrárias. De qualquer modo tenho por fundamental, a qualificação da relação jurídica estabelecida entre um médico e um paciente como relação *intuitu personae*. ⁽⁴⁹⁵⁾. No que concerne

⁽⁴⁹³⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *A Estrutura jurídica do acto médico...*, cit.

⁽⁴⁹⁴⁾ Cf. por todos Vera Lúcia RAPOSO, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico...*, cit., pp. 32 e ss., que ao longo desta sua obra faz menção de inúmera e valiosa jurisprudência que lhe merece apontamentos analítico, comparatístico e crítico.

⁽⁴⁹⁵⁾ Com este destino que reforça o princípio de confiança e estreita a aliança, significa-se o facto de na relação entre médico e o paciente não dever deixar de se atender às qualidades dos respectivos sujeitos, seja a qualificação técnica daquele, sejam as necessidades individuais deste, ainda que se abrace ou não a qualificação contratual de ou para o consentimento; sentido em que Jean PENNEAU, —cf. *La Responsabilité...cit.*: pp. 8 e 19— distingue o consentimento como requisito na relação contratual entre paciente e médico — «condição indispensável à formação do contrato», do consentimento na perspectiva do Direito Público «como modo de expressão de uma liberdade fundamental do individuo» e, do mesmo modo, Gaston NEU, —*Responsabilité...cit.*, pp. 56 e ss.—; A. que, depois de identificar o contrato médico como um contrato *intuitu personae*, afirma ainda encontrar-se tal contrato baseado na confiança. Na doutrina portuguesa o rol agiganta-se, a ponto de *abalar convicções*; todavia, em sentido mais abrangente, cf. Guilherme de OLIVEIRA —*Estrutura jurídica... cit.*, pp. 34 e ss.—, quando ensina: «O dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o acto médico»; e, também afirmando que o consentimento do paciente para o tratamento é algo diverso do consentimento contratual aparece Giovanni CATTANEO, *op. cit.*, p. 955. A ser assim, será pertinente conceber se o dever de prestar informações que esclareçam terá carácter fungível, ou poderá ser atribuída a outros? Responde pela negativa Giovanni CATTANEO: «*La prestazione di un professionista non può mai dirsi identica a quella di un altro, per l'influenza della loro diversa capacità e preparazione, ed anche d'altronde della stima che il cliente ha delle qualità morali di ciascuno. Si può fondatamente presumere che non solo l'identità, ma le qualità del destinatario siano*

à responsabilidade, pugnando por uma solução de futuro, *de lege ferenda*, em que se baste a solução alternativa de solução com a aferição da existência dos pressupostos dos desvios, das condições para a *ressarcibilidade*, como propõe Guilherme de Oliveira, André Dias Pereira e Vera Lúcia Raposo, entre outros, e é empiricamente analisável em ordenamentos como o francês ou nórdicos, acabo por, entretantes, aceitar o pragmatismo da melhor doutrina nacional que pugna pela possibilidade de caber uma escolha alternativa ao lesado de superar as dificuldades objectivas que cada um dos sistemas de preenchimento dos requisitos para o apuramento da responsabilidade contratual ou aquiliana oferecem, invocando ou, melhor, permitindo que o Tribunal fique com a discricionariedade de procurar descobrir a verdade material e aplicar justiça ⁽⁴⁹⁶⁾.

siempre determinanti rispetto al consenso (...). Per questo il consenso dato ad un medico per un certo trattamento non vale nei riguardi di un altro medico» (op. cit. p. 964) e adiante: «Il consenso dato ad un medico non autorizza per ciò solo un altro medico a compiere l'operazione»; todavia, parece-me algo exagerado levar tão longe o dever: fulcral será certificar-se quem presta os cuidados de saúde de que é bem-vindo na esfera do utente e de que este se encontra esclarecido e permanece disposto a prosseguir. Em rigor, apenas as questões concretas do quotidiano podem dificultar. Penso no facto usual de as relações de prestação de cuidados de saúde significarem um processo de decisão que vai evoluindo, que se vai construindo há medida que se apuram novos factos, decorrentes de análises, de cruzamento de dados, de novos indícios etc.

⁽⁴⁹⁶⁾ No sentido que aponto, encontro —e aprendo com— Vera Lúcia RAPOSO, quando a pretexto da hipótese de estender o regime contratual aos serviços do SNS, afirma: «porém e sem negar as virtudes da confluência de regimes —é difícil apontar nestes casos a existência de um contrato, pois que não se verifica qualquer liberdade de escolha do contratante mas, simplesmente, a admissibilidade a um determinado estabelecimento de saúde por força de classificações geográfico-administrativas e da incumbência que cabe ao Estado de prestar cuidados de saúde aos cidadãos». Concordo inteiramente com este último argumento, que não com aquele. A escolha enquanto liberdade de autodeterminação é da esfera do direito de personalidade e coincide, mas a liberdade que está aqui em causa é antes a do pressuposto constitucional da integridade físico-psíquica. Aproveito ainda a A. para citar a doutrina e jurisprudência a que se alude no texto: Jorge FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica... cit.*, pp. 39/40, António PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina Ed., 2011 (2.ª reimp) ISBN: 9789724019192, pp. 430 e s.; Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Cessão da posição Contratual* (dissertação de doutoramento), Almedina Ed. (reimp), 2003, ISBN 978-972-40-0040-4, p. 411; Luís PIRES DE SOUSA, *o Ónus da prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais Atinentes à tramitação deste Tipo de Acção (competência, Tramitação do processo, Prova Pericial)*, acessível in <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsa-bilidade>. E, ainda Ac. TRL de 11/09/2007, Proc. n.º 1360/2007-7; e Ac. STJ, de 19/06/2001, Proc. n.º 01ª1008 e Ac. STJ de 07/10/2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBCL.G1, cf. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Acto Médico... cit.*, pp. 36 e s., n. 66-70.

IX. § 2.º. 1.2. O direito de escolha: Consentimento ou recusa.

Retomando a análise da LDDUS. O art. 3.º, sob a epígrafe: *Consentimento ou recusa*, veio consagrar por via legislativa, de forma genérica, genérica e abstracta, e ora diante de forma expressa com o requisito do esclarecimento, e ênfase na *liberdade* da opção, não apenas a circunstância em paralelo de uma recusa prévia (n.º 1), como a possibilidade da recusa posterior, *revogação*. É o que se pugna no presente trabalho, após alvitre de 14 anos ⁽⁴⁹⁷⁾, e que aparece assim consagrado em um campo maioritariamente mais importante dos serviços de saúde assumidos enquanto finalidade a prosseguir sob tutela do Estado, mas não com uma inequívoca e desejável configuração como legislação universal que ultrapassasse uma terrenos algo indefinidos para o paciente entre o privado e o público, como aconteceria caso se prosseguissem as boas intenções que despoletaram o aludido projecto de 2010 sobre *consentimento informado e acesso ao processo clínico* ⁽⁴⁹⁸⁾. De qualquer modo, a questão começa a ser residual, já que a esfera tutelar da ERS propenderá a uniformizar procedimentos, tanto mais necessários quanto forem análogos. Por ora, regozijo-me por poder enunciar o início do adágio popular: *Mais vale tarde... se voltará à questão*.

Mais não seja por coincidir com a adiantada redacção do presente, não deixarei de reproduzir a letra da lei:

Artigo 3.º
(Consentimento ou recusa)

1 — O consentimento ou a recusa da prestação dos cuidados de saúde devem ser declarados de forma livre e esclarecida, salvo disposição especial da lei.

2 — O utente dos serviços de saúde pode, em qualquer momento da prestação dos cuidados de saúde, revogar o consentimento.

E registo um elogio sobre a opção do legislador em separar o dever de informação que alimentará o esclarecimento, seja para a recusa, seja para o consentimento seja para a(s) revogações ulteriores... É que, enunciativamente, esta informação poderá ter o condão de revogar exactamente o consentimento prestado, sentido e alcance este que fará coincidir a letra da lei com o sentido do legislador e desígnio do Estado em prestar os cuidados. Fica então

⁽⁴⁹⁷⁾ Cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, *cit.*

⁽⁴⁹⁸⁾ Cf. já *cit.* Guilherme de OLIVEIRA, Helena MONIZ e André DIAS PEREIRA, *Consentimento... Um projecto de 2010*, in *Lex Med.*, 9 (18), 2012, pp. 13 e ss.

exposto o argumento *a maiori ad minus* do resultado enunciativo da interpretação da letra do n.º 2 do art. 3.º da LDDUS, segundo o qual, a revogação naturalmente abrange a recusa (ou mesmo a revogação: revogação da revogação), que não apenas o consentimento como a mera letra da lei enuncia. Evidência que o art. 9.º do CCiv impõe.

IX. § 2.º. 1.3. O direito de escolha: informação.

Quanto aos deveres dos *prestadores dos cuidados de saúde* —dando crédito à expressão que resultou em opção legislativa e que é perfeitamente adequada— em prestar informação, foi a matéria remetida na economia do Diploma para o preceituado no art. 7.º da LDDUS, que, pela importância e novidade que possui ao momento em que escrevo opto igualmente por cotejar após reprodução:

Artigo 7.º

(Direito à informação)

1 — O utente dos serviços de saúde tem o direito a ser informado pelo prestador dos cuidados de saúde sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado.

2 — A informação deve ser transmitida de forma acessível, objectiva, completa e inteligível.

Mais avisado me parece se fosse seguido o exemplo do preceituado no art. 157.º do CP, uniformizando a extensão e o sentido dos deveres de informação, designadamente incluindo os relativos ao procedimentos inerentes ao diagnóstico. Em favor desta observação não corre apenas uma *intenção uniformadora* —especialmente acrescida quando a fórmula legislativa se revela feliz— mas acresce que a omissão não é desnecessária. Basta pensar em uma colonoscopia ou em um TAC que receba contraste, relativamente ao qual se possam verificar riscos significativos da verificação de eventos adversos, para compreender quão importante se afigura que a extensão da informação se não restrinja a tratamentos; até porque existem alternativas e estas, como ocorre com um simples tratamento dentário, deverá implicar seja comunicado ao paciente —cantor ou juiz por exemplo— eventuais restrições ou sequelas inerentes ao procedimento.

IX. § 2.º.2. LDDUS: Dados pessoais e sigilo

A LDDUS não é omissa em relação à protecção da vida privada e ao tratamento de dados pessoais, estabelecendo o respectivo dever de sigilo (cf. art. 5.º e 6.º da LDDUS) mas, revela-se algo omissa no que concerne ao *dever de documentação* (processo clínico).

Desde logo o legislador reitera o utente como titular dos direitos à protecção de dados pessoais (com reserva da vida privada) e a tutela da LPDP oferecendo a garantia de que os dados recolhidos respeitam, designadamente, os princípios de adequação e pertinência ao desiderato para que interessam, cf. art. 5.º, n.º 1 e n.º 2. Permito-me saltar por ora um aspecto relevante quanto ao processo clínico para adiantar alguma matéria no que concerne ao sigilo.

IX. § 3.º O sigilo

O sigilo profissional redunda em um dos pilares tidos por essenciais no exercício dos prestadores dos cuidados de saúde. A proximidade com as esferas íntima e privada de um ser humano não só viabiliza a construção de uma aliança —para o caso da medicina com cautela ou escopo terapêutico—, como dá forçosamente acesso a um núcleo de informações em que radica sempre uma dose elevada da existência individual. Ali se depositam os factos do percurso da vida que alimentam as rotas, no fundo, um perfeito domínio sobre os *ingredientes* das decisões. Mais: no campo da medicina, a *transparência* passa a facultar ao profissional de saúde um feixe de informações facultada pelo próprio corpo do paciente; factos e hipóteses que o mesmo desconhece, cf. art. 86.º do CDOM ⁽⁴⁹⁹⁾. Possuir essa informação e manipulá-la é

⁽⁴⁹⁹⁾ «Art. 86.º (Âmbito do segredo médico): 1. O segredo médico impõe-se em todas as circunstâncias dado que resulta de um direito inalienável de todos os doentes. / 2. O segredo abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela e compreende especialmente: a) Os factos revelados directamente pela pessoa, por outrem a seu pedido ou por terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de cuidados ou por causa dela; b) Os factos apercebidos pelo médico, provenientes ou não da observação clínica do doente ou de terceiros; c) Os factos resultantes do conhecimento dos meios complementares de diagnóstico e terapêutica referentes ao doente; d) Os factos comunicados por outro médico ou profissional de saúde, obrigado, quanto aos mesmos, a segredo. / 3. A obrigação de segredo médico existe, quer o serviço solicitado tenha ou não sido prestado e quer seja ou não remunerado. / 4. O segredo médico mantém-se após a morte do doente. É expressamente proibido ao médico enviar doentes

complicado, desvela-la a terceiros sem fortíssima justificação a terceiros é intolerável, e ao próprio, discutível. Esses dados pessoais podem transtornar a vida de uma pessoa pelo que se verifica o dever de reserva e de protecção por banda de quem tenha acesso aos mesmos, cf. art. 5.º e s. da LDDUS, constituindo a respectiva violação crime de «violação de segredo», p.p. pelo art. 195.º do CP (cf. arts. ss. sobre «aproveitamento» e «agravação»). Cf. ainda o Capítulo XI do CDOM, arts. 85.º—93.º; e 85.º do EOE. É ainda uma faculdade da protecção da vida privada a *ignorância*, a regra geral de um direito *a não saber*, que consta do art. 10.º, n.º 1 («qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde»), n.º 2, 2.ª parte da CDHBio, e, vg. do art. 50.º, n.º 3, e n.º 4 do CDOM.

Os profissionais de saúde (cf. art. 6.º da LDDUS), entendendo aqui com Helena Moniz que esta expressão há-de compreender não apenas médicos, enfermeiros, auxiliares, como todo o pessoal administrativo que lide com os dados de informação têm o dever de «guardar confidencialidade não apenas em relação aos dados de saúde» mais também quanto a todos os aspectos relativos à vida privada do paciente, pois estes fazem parte da esfera íntima do mesmo (500). Uma das componentes que me importa aqui sublinhar é e que projecção da imagem individual enquanto direito geral de personalidade prossegue para além da morte, cf. art. 70.º do CCiv. e no que concerne à actividade médica, fica no âmbito do preceituado no art. 86.º, n.º 4 do CDOM.

Mas o âmbito de protecção do sigilo prossegue ainda como integrante do próprio interesse social mais abrangente, pelo que daqui uma vertente social do direito de privacidade que ascende à protecção supra individual, sistémi-

para fins de diagnóstico ou terapêutica a qualquer entidade não vinculada ao segredo médico.»

(500) Cf. Helena MONIZ, *Segredo Médico (anotações ao Ac. RC de 5 de Julho de 2000 e ao Ac. RP de 20 de Setembro de 2000)* RPCC, Ano 10, n.º. 4.º (Out – Dez, 2000), p. 636. Sobre a distinção entre confidencialidade e privacidade, cf. Maria do Céu RUEFF, *O segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação...* cit., pp. 607 e s. e Conclusão § 28.º, p. 642, já que aquela exige uma relação privilegiada de *depósito* de informação e de convivência adentro desta, sentido em que se mostrará em principio e por princípio mais alargada, e, consequentemente, a respectiva violação significa superior densidade. No mesmo sentido e citando mais bibliografia, cf. Carla BARBOSA, *Aspectos Jurídicos de Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Med.*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 107-140, *maxime* p. 109, n. 8. O caso do pessoal administrativo está sob alcance do preceituado no art. 7.º, n.º 4, da LPDP, com comunicação à CNPP nos termos e para os do preceituado no art. 27.º do mesmo diploma.

ca, como aponta Manuel da Costa Andrade ⁽⁵⁰¹⁾, tal como segue ainda adentro da própria actividade dos profissionais de saúde, onde adquire uma teleologia própria que com a autonomia no seu sentido mais amplo, forma um útero teleológico da actividade médico medicamentosa no seu sentido mais geral, pelo que fácil é detectar a respectiva protecção nos mais variados diplomas, incluindo de carácter mundial, v.g. a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco ⁽⁵⁰²⁾ ou a CDHBio ⁽⁵⁰³⁾; incluindo aqui os menores, como resulta da CDC ⁽⁵⁰⁴⁾. O elenco de fontes internacionais que tratam especificamente desta matéria são numerosas, dando a convicção séria de que se trata de um outro pilar essencial do Direito da Medicina ⁽⁵⁰⁵⁾. Existe legislação avulsa no âmbito do Direito da Medicina que trata desta matéria de sigilo, cada uma para seu propósito. É exemplo a: LSM ⁽⁵⁰⁶⁾; o regime sobre bases de dados genéticos e informação de saúde ⁽⁵⁰⁷⁾; terapias não convencionais ⁽⁵⁰⁸⁾ ou a LPMA ⁽⁵⁰⁹⁾, entre muitos outros, tal como ocorre

⁽⁵⁰¹⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *anot. ao art. 195.º, in Comentário Conimbricense... cit.*, Tomo I... reimp. 2012 (ISBN 978-972-32-2061-2), p. 1058.

⁽⁵⁰²⁾ cf. art 9.º: «A vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas. Tanto quanto possível, tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos ou consentidos, e devem estar em conformidade com o direito internacional, e nomeadamente com o direito internacional relativo aos direitos humanos».

⁽⁵⁰³⁾ Cf. art. 10.º, n.º 1: «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde».

⁽⁵⁰⁴⁾ Cf. art 16.º: 1 - Nenhuma criança pode ser sujeita a intromissões arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou correspondência, nem a ofensas ilegais à sua honra e reputação. / 2 - A criança tem direito à protecção da lei contra tais intromissões ou ofensas.». Cabe aos pais assegurarem segundo o superior interesse da criança um são desenvolvimento da criança, cf. art. 18.º.

⁽⁵⁰⁵⁾ Nesse sentido, cf. o largo e completo elenco e análise levado a cabo por André DIAS PEREIRA in *Direitos dos Pacientes... cit.*, pp. 550-553; e para as fontes nacionais, pp. 553- e ss; cf. ainda sem esgotar, Paulo MOTA PINTO, *A protecção da vida privada e a Constituição*, BFD|UC, Vol. LXXVI (2000), pp. 153-204.

⁽⁵⁰⁶⁾ Cf. art. 43.º. E para os doentes mentais com doença mental grave «de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontrem em situação de dependência, independentemente da idade», cf. o regime especial previsto no art. 22.º do DL n.º 08/2010, de 28 de Janeiro (levada a cabo pelo DL n.º 22/2011, de 10/02), que prevê a respectiva integração em regime informático e a protecção de sigilo.

⁽⁵⁰⁷⁾ Cf. art. 7.º da Lei n.º 12/2005, de 26/01.

⁽⁵⁰⁸⁾ Cf. arts. 10.º e 14.º da Lei n.º 45/2003, de 22/08 (Lei de Enquadramento Base das Terapêuticas Não Convencionais) regulamentada pela Lei n.º 71/2013, de 02/09, quanto ao acesso profissional tipificado e objecto da institucionalização do respectivo Conselho Consultivo, cf. Portaria n.º 25/2014, 03/02.

ainda, como referi, no âmbito do CDOM e do CDOE. Neste sentido, é pena que o espírito uniformizador que animou o legislador não o conduzisse ao que neste aspecto podia ser de enorme vantagem e que consistiria em tentar construir referências mínimas; princípios uniformizadores, que evitassem eventuais problemas decorrentes da dispersão e das mobilidades legislativas.

Esta insuficiência revela-se ao menos em três aspectos: em primeiro lugar; os princípios que justificam poder afastar-se ou desviar-se o cumprimento do dever de sigilo, independentemente da vontade do visado. Em segundo lugar a questão do processo clínico; e, por fim a questão da recusa relevante do visado na divulgação de informações e inserção de dados no processo clínico.

IX. § 3.º.1 Questões em torno das excepções ao sigilo médico

Em primeiro lugar, o dever de sigilo está obviamente colocado em crise quando o prestador de cuidado de saúde desconheça a vontade do paciente. Será caso então para, em primeira linha, presumir a respectiva vontade⁽⁵¹⁰⁾, ao menos em sentido terapêutico, desde logo pelo regime que resulta do preceituado sobre acompanhamento na LDDUS, cf. art. 15.º⁽⁵¹¹⁾, existindo acompanhante. Colocam-se sob alçada eventual de consentimento presumido a troca de impressões com outros médicos —que não a partilha de informações necessária por força, vg., de um internamento ou da necessidade de recorrer a outras especialidades—, mas sim a troca de impressões sobre questões suscitadas sobre o caso clínico, por exemplo. Em um caso ou em outro parece-me avisado informar o paciente, sempre que o assunto não seja abordado em abstracto. Basta-me ponderar a curiosidade que determinado doente suscite no estabelecimento de saúde, atendendo a qualquer particularidade: conhecimentos pessoais ou possuir alguma projecção social⁽⁵¹²⁾. Outro entendi-

⁽⁵⁰⁹⁾ Cf. arts. 15.º e 16.º.

⁽⁵¹⁰⁾ Cf. em termos gerais o preceituado art. 39.º do CP, 340.º, n.º 3 do C.Civ.

⁽⁵¹¹⁾ É certo que o utente pode recusar, mas isso significa que está em condições de manifestar a sua vontade: «Art. 15.º (Direitos e deveres do acompanhante) 1 — O acompanhante tem direito a ser informado adequadamente e em tempo razoável sobre a situação do doente, nas diferentes fases do atendimento, com as seguintes excepções: a) Indicação expressa em contrário do doente; b) Matéria reservada por segredo clínico.». É curioso notar que em um Diploma que visa harmonizar nomenclaturas, rapidamente se retomam hábitos antigos, como aqui é o caso de *doente*. O sublinhado pertence-me.

⁽⁵¹²⁾ Em sentido contrário parece seguir André DIAS PEREIRA, cf. *O Direitos do Paciente...* cit., pp. 566 e ss.

mento rapidamente permitirá seja ultrapassado o que intelectualmente seria o bom senso de não empecilhar uma mera troca de opiniões técnicas. Diferentemente, se situará a necessidade de protecção dos interesses do próprio paciente ou do médico, mas com audição do que se mostrar necessário com autorização prévia do Bastonário, cf. art. 88.º, al. b) do CDOM; o que decorra da lei, como sejam as comunicações de nascimento ou óbito, cf. al. c) ou as de doença de declaração obrigatória, cf. al. d), sempre do mesmo preceito 88.º do CDOM. Do mesmo modo, para as questões de *necessidade* (cf. arts. 34.º CP e 339.º do C.Civ.) que o CDOM designa como «precauções» na epígrafe do art. 89.º e que envolvam situações em que periguem a vida e a saúde de terceiros. O assunto encontra-se debatido e com soluções relativamente pacíficas na doutrina e na jurisprudência ⁽⁵¹³⁾. A acrescer o que decorre dos

⁽⁵¹³⁾ Remeto os desenvolvimentos para André DIAS PEREIRA, *Os direitos do Paciente*, pp. 571 e ss. A questão suscitada pela 2.ª parte do preceituado no n.º 2 do art. 89.º do CDOM (que apelidarei como questão *Tarasoff* — «*Tarasoff v. Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 551 P.2d 334, 131 Cal. Rptr. 14 (Cal. 1976)», acessível in [http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=oCCgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.publichealthlaw.net%2FReader%2Fdocs%2FTarasoff.pdf&ei=BovrU6aAK4OmoQXHrYHQDg&usq=AFQjCNEFxc8iEiBo\]-aLinhQoGHtlj5vpQ&sig2=eUWp5yEHazdR6_cqYUDmhQ](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=oCCgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.publichealthlaw.net%2FReader%2Fdocs%2FTarasoff.pdf&ei=BovrU6aAK4OmoQXHrYHQDg&usq=AFQjCNEFxc8iEiBo]-aLinhQoGHtlj5vpQ&sig2=eUWp5yEHazdR6_cqYUDmhQ), sobre eventual responsabilidade decorrente do respeito pelo sigilo em desprimor do dever de carácter deontológico previsto no CDOM. A hierarquia normativa impressiona-me menos do que o facto de o CDOM contribuir para a formação do conteúdo explícito das *leges artis* (*ad hoc*). Será o valor do sigilo fundamental, mas a desconsideração do que seja o sentido e alcance de comunicação de todas as doenças cuja propagação possa revelar susceptível de integrar o elenco das de comunicação obrigatória aperta o cerco dos deveres de intervenção do agente médico. É necessário não esquecer que além do círculo alargado que é visado pelo art. 284.º do CP (cf. TABELA DAS DOENÇAS DE DECLARAÇÃO OBRIGATÓRIA, cf. Portarias n.º 1071/98, de 31/12 e n.º 258/2005, de 16 /03), sempre que o mesmo seja concretizável perfilha a opinião da nossa jurisprudência, o de existir um dever de comunicação: cf. Ac. RE proc. n.º 583/01, com os desenvolvimentos desenvolvidos por Maria do Céu RUEFF, *O Segredo Médico... cit.*, pp. 577 e ss. Creio ainda ser discutível a configuração que pareço encontrar seja Vera Lúcia Raposo, seja em Teresa Raquel da COSTA ANDRADE, *Atipicidade da Conduta Médica? Tentativa de (re)compreensão* (dissertação de mestrado que aguarda publicação pelo CDBM|FDUC), 2014; e disponibilizada, onde a pp. 46, afirma o seguinte: « uma nota para a Responsabilidade Ético-profissional efectivada perante a Ordem dos Médicos de acordo com as regras constantes do CDOM e do EOM relativas a deveres específicos da profissão ou comuns a todos os trabalhadores. A aplicação destas regras não pode servir de fundamento para propor uma acção de responsabilidade civil, visto que não possuem valor de “lei” nos termos do disposto pelo art.483º do CCiv». A razão de ser estará no facto de a devolução do poder *regulamentar* operado pelo DL n.º 217/94, de 20/08, não possuir a eficácia externa exigida pelo art. 112.º, n.º 6 da CRP, que, todavia, se projecta no poder regulamentar administrativo do Governo previsto no art. 199.º, al. c) também da CRP. Mas, judicialmente, haverá que vencer o Parecer da PGR, n.º 99/82, in *BMJ*, n.º 321, pp. 193 e ss. em que fez vencimento a tese de que «normatividade depende da aprovação própria e publicação do regulamento em DR», a

regimes adjectivos com carácter imperativo, como seja a colaboração com os Tribunais de trabalho em matéria de acidentes de trabalho, prevista no art. 37.º da Lei n.º 98/2009, de 04/09.

IX. § 4.º De novo o processo clínico (dever de documentação)

O processo clínico revela-se um instrumento importantíssimo para permitir a prestação dos cuidados de saúde que, a um tempo, serve o paciente, já que dele devem constar, com a minúcia possível, a anamnese, dados relativos a diagnóstico, registo de eventos, dados das terapias administradas, a conexão e sínteses dos exames efectuados, incluindo os complementares para diagnóstico e para acompanhamento, as decisões mais importantes, os registos sobre as informações prestadas e, se possível, os relatos que permitam compreender o discernimento e o conseqüente consentimento do utente, os formulários de consentimento —mantendo-se o entendimento sobre o comando administrativo: a *Norma* 015/2013 DGS— a alta, documentação de recusa(s), etc. Eis o produto materializado da relação entre os profissionais de saúde e o paciente, com a enorme vantagem de conter o historial deste para eventuais futuras intervenções.

questão mereceu um interessante voto de vencido de Irineu CABRAL BARRETO, cf. o que escrevi in *o Consentimento... cit.*, p. 86, n. 86. Independentemente desta via, poderá a responsabilidade contratual (e a tese da *indiferença* dos meios disponíveis para apuramento de responsabilidade, a que o nosso STJ já deu algum amparo) ser *alimentada* pela violação das regras das *leges artis* e preencher a *normatividade* por essa mesma via. Nada de muito surpreendente em regimes que carecem de criatividade como é o que tenho pela frente. E, em rigor, mesmo no próprio terreno do invocado, será necessário precisar que o art. 483.º, n.º 1, do C.Civ. refere expressamente como viável em alternativa a «violação do direito de outrem» que há-de ser encontrado no ordenamento jurídico, assim mereça «a tutela do direito», como por maioria de razão, assiste aos danos não patrimoniais previstos no art. 496.º, n.º 1, do CCiv. e se para estes basta, porque não para os demais? Pessoalmente, não *arquivaria* a questão de forma tão sucinta, i.e., sem apurar primeiro se, em termos concretos, existe reflexo nos direitos fundamentais mercê do qual o incumprimento das *leges artis*, fundem uma eventual afecção nas *esferas* protegidas do putativo lesado. Como oportunamente deixou anunciado Guilherme de Oliveira, *Auto-Regulação profissional dos Médicos, RLJ*, Ano 134.º, 2001, n.º 3923, p. 36, col. dt.ª: «Ou seja, mesmo que não sejam consideradas normas jurídicas vulgares, as normas deontológicas serão aplicadas directamente em processos disciplinares dentro dos Órgãos da ordem e serão aplicadas indirectamente nos processos de responsabilidade civil ou penal». Isto perante um regulamento, uma *normação*, cuja publicação em DR era colocada em crise. Terá de se pensar ainda a extensão da devolução de poderes do legislador.

O dever de registo no processo clínico afigura-se essencial, constitui um dever inequívoco que decorre da lei: cf. a Base II, n.º 2 e a Base XIV da LBS, do art. 5.º da Lei n.º 12/2005, de 21/06 e do CDOM, cf. art. 100.º, n.º 1. E creio que deverá ser pronto, reiterando o que se mostrar essencial quanto às informações, actualizações e persistência de anuências ou recusas parciais, de forma pronta, de tal sorte que habilite um julgador a extrair do mesmo o curso temporal e o grau de diligência do que é o procedimento usual dos serviços. Eis um factor importantíssimo que integra o ensinamento de Guilherme de Oliveira e que poderá ultrapassar questões algo complicadas como a que esteve em torno do Ac. TRL de 18/12/2007 sobre a documentação do consentimento⁽⁵¹⁴⁾. As vantagens e as questões foram já enunciadas pela melhor doutrina, para onde remeto desenvolvimentos⁽⁵¹⁵⁾.

Sobre esta matéria cruzam-se vários diplomas e normas, a saber: a CDHBio, cf. art. 10.º, n.º 2, a LPDP; a Legislação sobre informação genética e de saúde (Lei n.º 12/2005, de 26/01); a Lei n.º 46/2007 sobre acesso aos documentos administrativos (LADA), e a questão fundamental que se coloca é a da aparente perplexidade e contradição sobre se o acesso ao processo clínico, inequivocamente da propriedade do paciente/utente teria ou não dois regimes diversos: um com a necessidade de recorrer a um médico intermediário, para instituições de saúde fora do regime administrativo, e que decorria da Lei n.º 12/2005; e o segundo, nos termos e para os efeitos da LADA, art. 7.º,

⁽⁵¹⁴⁾ Sobre a questão ver Helena MONIZ, *A propósito do Acórdão da relação de Lisboa de 18.12.2007*, in *Lex Med.* Ano 8, n.º 16 (2011), pp. 179-196, em que a matéria de facto dada com provada em torno do consentimento escrito e respectiva informação a consubstanciar apenas foi tida irrelevante pela inadequação óbvia da letra e intenção do legislador à prática, i.e., a de que a prova da necessidade de diligência sobre a *documentação* —pouco exigível em matéria de experimentação terapêutica— pelos agentes médicos e cientistas dificilmente fundará —ou nunca, felizmente, cf. os requisitos muito mais ligeiros da nova LIC— a necessária negligência grosseira exigível para o preenchimento subjectivo do tipo de intervenções e tratamento arbitrários.

⁽⁵¹⁵⁾ Sobre a questão cf. Roberto LATTANZI, *Protecting Health Care Data: From Medical Secrecy to Personal Data Protection. Solution Found?*, in *Lex Med.*, Ano 6, n.º 11 (2009), pp. 29-41; Carla BARBOSA, *Aspectos Jurídicos de Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Med.*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 107-140; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico... cit.*, pp. 202, 245, 293 e ss.; Guilherme de OLIVEIRA, Helena MONIZ, André DIAS PEREIRA, *Consentimento informado e processo clínico... cit.*, *LexMed*, Ano 9, 18 (2012), pp. 28 e ss.; Helena MONIZ: *Parâmetros Adjectivos, Constitucionais e de Direito Comparado, na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro*, in AA.VV: *Bases de Dados Genético Forenses* (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8, pp. 47-66; e, por todos, André DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e Responsabilidade... cit.* . § 48 O dever de documentação, pp. 525 e ss.

que passou a oferecer essa intermediação em termos facultativamente para as instituições sob alçada do direito administrativo. Em síntese opõem-se duas teses: uma de acesso directo e uma segunda de acesso indirecto. Os argumentos a favor e contra sintetizam-se em uma maior ou menor protecção da verdade material e celeridade no acesso. Mas para que a opção seja feita, além dos argumentos possíveis, é importante manter presente o que a LPDP afirma serem dados pessoais, em termos genéricos, a saber:

«Dados pessoais»: qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social», cf. al. a) do art. 3.º da LPDP.

A questão parece-me dever propender para a possibilidade de um acesso directo, excepto no que concerne aos documentos privados dos médicos e fichas que detenham a nível da protecção da respectiva clientela, o que será suprido pela via judicial, requerendo-se a apresentação e discutindo-se o que pode ser apresentado ou não (notas pessoais). Mas será questão residual. A eventual protecção cautelar sobre uma eventual informação que integre o privilégio informacional constitui exactamente uma excepção ao princípio da autodeterminação informacional. E como excepção que é, não deverá ser prosseguida através do ónus imposto a qualquer cidadão de apelar a um médico para servir de mediador. A verificar-se essa necessidade então teria de ser o próprio depositário a solucionar o problema. Eis o que deverá acontecer com as informações que o médico eventualmente tenha coligido particularmente no processo em referência. Pois a construção do processo deve ser objectiva no que concerne aos dados do utente e esses cabem no processo. Os demais elementos de carácter subjectivo (notas pessoais) devem ser retirados do processo pois nem seguro é que alguma vez ali devessem constar. Outras informações colaterais de saúde que visem terceiros, vg., familiares do utente merecem igualmente a mesma reserva pelo que o direito de acesso e de reserva cabem antes aos visados.

Tenho de retomar a análise da LDDUS, que, como referi, alarga o seu âmbito de aplicação às «unidades de saúde», sendo certo que a legislação *supra* indicada faz com que o exercício da medicina em clínica ou consultório passe a ser eficazmente titulado pela ARS e ERS, exigindo-se direcção e registo de

elementos, designadamente no que concerne aos elementos processuais ⁽⁵¹⁶⁾. Será por aqui, em conjugação com os poderes a que alude a Base XII, *maxime* o seu n.º 6 (controlo de qualidade análoga de todos os serviços) interpretar extensivamente o preceituado no art 5.º, n.º 3 da LDDUS que preceitua o seguinte:

«O utente dos serviços de saúde é titular do direito de acesso aos dados pessoais recolhidos e pode exigir a rectificação de informações inexactas e a inclusão de informações total ou parcialmente omissas, nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.»

Mas em rigor, nada me diz que o acesso não pode permanecer por esta via acessível em termos directos e indirectos, o que, de todo em todo, merece uniformização, seja em um sentido seja em outro. O problema é que, não cumprindo o desiderato uniformizador no que concerne ao processo clínico o legislador perdeu aqui uma excelente oportunidade de sanar algumas das questões como a que antecede e de regular as entidades que directa ou indirectamente tutela. Mas de fora ficaria sempre o que a uma legislação verdadeiramente transversal se impõe.

Uma dessas questões prende-se com o que me parece ser desejável e que consiste na uniformização tendencial dos processos de saúde dos cidadãos. Existe um projecto de criação de um registo tendencialmente completo e uniforme para disponibilizar com segurança os elementos sobre informação electrónica de saúde. Tem a designação de «Health Care Record» e visa integrar os vários subsistemas existentes de forma a viabilizar o acesso a um nú-

⁽⁵¹⁶⁾ Reproduzo aqui a nota supra por mera comodidade: DL n.º 279/2009, de 6/10, sendo certo que a Port. n.º 287/2012, de 20/09, estabelece critérios para o efeito, submete-as a inscrição e a fiscalização, sendo certo que o era. 2.º deste último diploma define: «clínicas ou consultórios médicos, as unidades ou estabelecimentos de saúde privados que prossigam actividades de prevenção, diagnóstico, tratamento médico e reabilitação, independentemente da forma jurídica e da designação adoptadas, no âmbito das competências legalmente atribuídas a cada um dos grupos profissionais envolvidos.», designadamente: regulamentos internos, processos clínicos, regimes de seguro obrigatório, livro de reclamações, assegurando respeito pela privacidade e pela dignidade dos utentes, registo nominativo dos actos de saúde praticados, identificação de director clínico, ficando submetidas a vistorias realizadas pela ARS, e guardando os respectivos registos, etc. submetendo-se a um registo enquanto UPS (Unidades Privadas de Saúde), através do portal junto da ERS, via www.portaldolicenciamento.com/unidades-privadas-de-saude.htm, onde podem ser consultadas as portarias que regulamentam a respectiva inscrição e especialidades: consultórios dentários: Port. n.º 268/2010, 12/05; obstetrícia e neonatologia: Port. n.º 615/2010, 03/08; centros de enfermagem: Port. n.º 801/2010, 23/08; medicina física e reabilitação: Port. n.º 1212/2010, de 30/11; clínicas e consultórios médicos: Port. n.º 287/2012, 20/09; medicina nuclear: Port. n.º 33/2014, de 12/02; radiologia e radioncologia: Port. n.º 34/2014, 12/02; radiologia: Port. n.º 35/2014, 12/02.

mero alargado de informações sobre cada utente ⁽⁵¹⁷⁾. Os perigos e as vantagens destes sistemas são conhecidos e são profundamente debatidos. Por um lado a eficácia por outro a exposição. De qualquer modo, trata-se de um dos veículos específicos da prática da «telemedicina» ou medicina praticada à distância que constitui uma das fontes da generalização do incremento de uma melhoria dos cuidados de saúde e, sobretudo, do alargamento do acesso mundial aos mesmos.

IX. § 4.º.1. Recusa na divulgação de informações e inserção de dados no processo clínico

O aludido art. 5.º, n.º 3 da LDDUS veio complicar uma matéria que já deu azo a um parecer do CNECV (60/CNECV/2011) sobre se o utente que vê muito naturalmente inscrito no respectivo processo clínico todos os elementos que foram sendo recolhidos sobre si possa materializar o seu direito de veto sobre informações que reputa sensíveis e pretende que fiquem na esfera mais radical do seu «direito ao esquecimento».

O aludido parecer do CNECV foi favorável (cf. §§ 8.º-13.º. máx 9.º) ⁽⁵¹⁸⁾, e, por seu turno, a LPDP, estabelece em termos gerais que inequivocamente se

⁽⁵¹⁷⁾ Acesso via http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Electronic_Health_Record (EHR)

⁽⁵¹⁸⁾ Transcrevo por comodidade: «§ 8. Que os dados de saúde, enquanto dados sensíveis referentes à intimidade da pessoa, são reservados e sujeitos a dever de confidencialidade. / § 9. Que, em qualquer altura do seu relacionamento com as instituições de saúde ou com profissionais de saúde qualquer cidadão tenha direito, podendo fazê-lo por escrito, a que determinado dado clínico relativo a si próprio (desde que imposições legais baseadas em razões de Saúde Pública o não impeçam) seja considerado absolutamente reservado e, consequentemente, vedado a outros acessos para além do acesso pelo profissional a quem foi voluntariamente transmitido. Para tanto, o profissional ou a instituição de saúde deverá, no momento do registo, ou logo que tal se torne possível, dar conhecimento à pessoa desse direito. / § 10. Que a título excepcional, quando não puder ser obtido o consentimento do seu titular, os dados reservados a que se refere o número anterior poderão ser facultados a outros profissionais de saúde quando tal seja estritamente necessário para salvaguardar o interesse e benefício da saúde do próprio. Deverá, em qualquer caso, ser garantido o direito de o titular conhecer quem acedeu, e quando, ao seu processo. / § 11. Que se devem promover medidas eficazes de técnica informática que diminuam os problemas acima identificados, nomeadamente pela criação de alertas automáticos durante o processamento dos dados e na sua utilização. / § 12. Que as aplicações informáticas de registo clínico devem dispor de mecanismos que (a) permitam acesso a dados clínicos apenas aos profissionais de saúde com responsabilidade directa na assistência àquela pessoa; e que, (b) em caso de acesso indevido aos registos de uma pessoa, surja um alerta para a inconformidade da pre-

aplicam em relação ao processo clínico tal qual as reiteradas remissões que toda a legislação avulsa sobre matéria relacionada com o direito da medicina que:

O titular dos dados tem, cf. art. 12.º da LPDP, o direito de «oposição», i.e., de:

«a) Salvo disposição legal em contrário, e pelo menos nos casos referidos nas alíneas d) e e) do artigo 6.º,⁽⁵¹⁹⁾ se opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados;»

Refiro em termos genéricos a razão estruturante das três esferas de protecção (intimidade, privacidade, pessoalidade exógena) que possui constelação inevitável nesta matéria e que as domina e justifica, partindo dessa «delimitação que separa o cidadão em si mesmo da sua vida em relação, haverá de inserir no conteúdo do direito à reserva, desde logo, o que importa ao cidadão em si, seja quanto ao seu passado —eventualmente a não ressuscitar contra a sua orientação— seja quanto ao que é hodierno: e em ambas as referências se expõe e se ameaça tanto o seu presente como os seus «projectos de futuro» ⁽⁵²⁰⁾. No fundo, os vários aspectos em que se multiplica a liberdade, em todas as suas matizes: dos redutos mínimos onde ainda subsiste como semente que aguarda o fertilizante ou a protecção para

tensão, mantendo-se embora a possibilidade de acesso desde que seja preenchido um campo onde se fundamentem as razões para aceder nessas circunstâncias e se reconfirme a senha pessoal. / § 13. Que as referidas aplicações devem ter um campo, associado ao registo clínico de cada titular, de acesso exclusivo ao profissional de saúde, isto é, onde só o seu autor possa aceder, destinado a anotações de carácter pessoal, não utilizáveis como tal em relatórios ou documentos similares.». O sublinhado e a inserção de §§ identificativos pertencem-me.

⁽⁵¹⁹⁾ Refere-se no art. 6.º da LPDP: (Condições de legitimidade do tratamento de dados) O tratamento de dados pessoais só pode ser efectuado se o seu titular tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento ou se o tratamento for necessário para: (...) c) Protecção de interesses vitais do titular dos dados, se este estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; / d) Execução de uma missão de interesse público ou no exercício de autoridade pública em que esteja investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados;/ e) Prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.».

⁽⁵²⁰⁾ Sigo de muito perto neste parágrafo Luísa NETO, *O Direito e a privacidade. Novas Ameaças*, in *Novos direitos... cit.*, § 3, p. 68, para cujo texto remeto os forçosos desenvolvimentos que a respectiva leitura impõe e preenche.

que não se olvide até aos máximos onde exulta a humanidade —porque se mostra no que não pode ser negado ao personalismo: a dignidade: no fundo um *rosário* ou *prece* que o cidadão devia desfiar tal qual o religioso, não fora a liberdade decorrente do adquirido *insight* o dispensar ter de fazer, como originalmente o retransmitiu, enriquecido por Orlando de Carvalho e portanto, sem esgotar:

«Liberdade positiva e liberdade negativa. Liberdade física (de movimentos e sexual), liberdade moral. Liberdade profissional. Liberdade jurídica, liberdade de pensamento e de formação no pensamento (onde entra a liberdade de informação), liberdade de expressão. Liberdade de vontade (onde entra a liberdade de gerir a sua própria vontade ou o direito à verdade profunda) e o que HUBMANN chama o direito à sensibilidade e à alma.»⁽⁵²¹⁾

Essa projecção «eu-mundo» não pode, claro ficar olvidado, pois o «convívio» entre as três esferas da esfera se projecta para o exterior, só faz sentido nessa afirma responsável, pelo que importa exactamente ser protegida logo nas duas esferas anteriores⁽⁵²²⁾

IX. § 4.º.2 : apontamento sobre a divulgação de informações em DAV

Mas devo ainda aqui incluir o dissentimento que resulte de uma pré-configuração de eventos futuros, em relação aos quais o paciente tenha já determinado a sua vontade (negativa, no que me importa agora sublinhar), mas que entenda prevenir em DAV para o caso *de não estar em condições de a poder exprimir no momento da intervenção* (cf. art. 9.º da CDHBio, sob a epígrafe: *desejos previamente expressos*)⁽⁵²³⁾ e LDAV. O mesmo acontece com a recusa, formulada em vida para a colheita de órgãos e tecidos no próprio corpo, após o decesso, mediante a comunicação a ulterior registo no RENNDA: o «sistema de oposição», acolhido pela nossa legislação, cf. art. 10.º, n.º 1, e art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22/04⁽⁵²⁴⁾. A faculdade referida

⁽⁵²¹⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Para uma Teoria da pessoa humana*, in TGDC (2012)..., cit., p. 265, n. 68.

⁽⁵²²⁾ Ver aprofundamentos da questão em R. CAPELO DE SOUSA, *o Direito Geral...*, cit., pp 243 e ss. (sem esgotar).

⁽⁵²³⁾ Sobre esta questão, por todos, cf. ANDRÉ PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 238, 240 e s., 250 e ss.

⁽⁵²⁴⁾ O REENDA foi regulamentado pelo DL n.º 244/94, de 26/09. A formulação do preceituado no art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93 permite que a pessoa autorize uma disponibilida-

no enunciado do 3.º § daquele art. 5.º merece-me a denominação distintiva de dissentimento posterior. E veremos que, seja o repúdio, seja a revogação podem verificar-se total ou parcialmente em relação ao consentimento a prestar ou ao prestado, quer se verifique em momento que antecede a intervenção proposta, quer se verifique já no seu decurso ou mesmo em face das suas sequelas, quanto aos procedimentos seguintes.

Isto significa discernir no procedimento médico, no que toca ao seu decurso, uma pluralidade de componentes (actividade e seus actos médicos parcelares integrantes) que adquirem independência relevante para requerem uma manifestação da vontade direccionada. Adiante tratarei da questão com mais alguma profundidade.

IX. § 4.º.3. A recusa sobre informação: termos relativos ou radicais

Por outro lado, a lei consagra igualmente a figura da recusa no plano prévio da própria informação, cf. art. 10.º, n.º 2, da CDHB: «2. Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada.».

Integra-se a faculdade no espectro mais alargado da autodeterminação informacional, no sentido positivo e no sentido dominial (cf. art. 37.º, n.º 1 e 35.º da CRP). Trata-se de uma dimensão específica do dissentimento: o *direito a não saber*. O paciente, independentemente do seu consentimento (posso conjecturar uma intervenção realizada em estado de inconsciência de onde resultem dados importantes para o visado), manifesta uma recusa sobre as informações prévias e ou consequentes da prestação médica, *v.g.* o paciente predispõe-se a qualquer actuação ou extensão da mesma que o agente médico propõe ou não quer saber os resultados das intervenções, sejam para diagnóstico, etc.

O repúdio sobre o esclarecimento pode ser qualificado como um direito potestativo? Propendo para uma resposta negativa. Em primeiro lugar, porque a formação da vontade requer um resíduo de informações: pelo menos as minimamente suficientes para que o visado adopte essa sua posição. Em se-

de total ou parcial dos seus órgãos ou tecidos, tal como, implicitamente, a indicação condicionada dos beneficiários, cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 393.

gundo lugar, o direito a não saber pode ainda ser comprimido ou afastado, quer pela esfera de protecção do próprio paciente (v.g. uma doença em relação à qual o paciente deva tomar precauções ou alterar comportamentos, tomar medicação, etc., cf. art. 10.º, n.º 3 da CDHB), quer por motivos de segurança pública, prevenção de infracções penais, protecção da saúde pública ou de direitos e liberdades de terceiros (cf. art. 26.º da CDHB). E tanto justificará a correspondente intervenção legislativa (mesmo preceito) ⁽⁵²⁵⁾.

⁽⁵²⁵⁾ O direito a não saber envolve inúmeras dissensões na doutrina e na jurisprudência em variadíssimos aspectos da sua configuração. A título de exemplos temáticos, desde logo, como contradição em relação à própria autonomia; depois, por razões de carácter económico e de organização dos recursos disponíveis; por fim, quanto à sua extensão e limites. Para alguns desenvolvimentos sobre estas questões, cf. ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 467 e ss.; no que toca a testes arbitrários (SIDA), COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico...*, pp. 45 e ss.; e em termos mais gerais: JOCHEN TAUPITZ, *El Derecho a no saber...*, 8, pp. 105-125 e 9, pp. 163-178.

Capítulo X. A recusa: os intervenientes: agente médico e paciente.

Em suma: destas inúmeras perspectivas, enunciadas sobre a matéria do dissentimento, retiro a fundamentação que me justifica uma análise autónoma sobre esta manifestação da vontade. Não será possível, seguramente nestas páginas, esgotar a enunciação de todos os *quesitos* que a temática coloca em discussão; procurarei apenas abordar alguns, ordenando-os em função de umas tantas considerações: Quanto ao agente médico e quanto ao paciente. Por fim, Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justifiquem restrições à liberdade e à autodeterminação.

X. § 1.º Quanto ao agente médico:

A confrontação com o repúdio do paciente aguçar os deveres de qualquer agente médico habilitado para a prestação de saúde de se certificar do *esclarecimento* do paciente. Impõem-se-lhe novas e sucessivas abordagens, colhendo e prestando com apurado detalhe as informações adequadas. Com efeito, o dissentimento do paciente constitui, senão *uma presunção*, uma suspeição sobre a existência de lacunas na compreensão da intervenção proposta ⁽⁵²⁶⁾.

É certo que deve esperar-se (melhor: é exigível) uma colaboração do paciente (cf. Bases I, n.º 1, V, n.º 1, e XIV, n.º 2, al. c) da LBS) ⁽⁵²⁷⁾, e nada se pode fazer contra o comportamento (expresso ou concludente) pelo qual o paciente rompa a relação. Todavia, enquanto tal não suceda, o dever do agente médico é o de persistir, até que dúvidas não subsistam sobre a opção consciente.

⁽⁵²⁶⁾ Cf. NANCY DUBLER & DAVID NIMMONS, pp. 92 e ss. Para ilustrar a necessidade do aumento de cuidado com os deveres de certificação do esclarecimento, estas AA. relatam um caso em que uma equipa médica estava desesperada: o Sr. Hart, que possuía uma longa história de insuficiência cardíaca, necessitava de uma relativamente simples intervenção cirúrgica — *a bypass surgery* — mediante a qual poderia ultrapassar a sua grave doença cardíaca; o paciente, contudo, inexplicavelmente, recusava a intervenção. Durante seis meses a sua decisão permaneceu inabalável, muito embora as sucessivas razões apresentadas, resultado da persistência dos agentes médicos, não fossem consistentes... Até que se apurou o verdadeiro motivo da recusa: o Sr. Hart vivia com um neto de sete anos de idade, não tendo ninguém a quem o confiar pelo período em que estivesse internado em convalescença. A sua timidez impedia-o de explicar esse problema que, pensava, as pessoas ligadas ao hospital nunca poderiam resolver.

⁽⁵²⁷⁾ Sobre este aspecto dos deveres do paciente, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, 224 e ss., e 236 e ss., e ANDRÉ PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 33 e 52.

Para tanto, justificar-se-á alargar o horizonte das informações a dar e a pedir ao paciente. Onde uma lacuna das informações adequadas possa inquinar o consentimento pretendido, deixa o dissentimento de estar fora da suspeição de ser prestado sem esclarecimento do paciente.

A doença, por si só, pode acarretar sequelas ao nível psíquico do paciente, diminuindo as suas condições para uma ponderação adequada. Como ensina Pauline Lesage-Jarjoura ⁽⁵²⁸⁾: «... sobre o efeito da ansiedade e do medo, o paciente ouve sem compreender». Estes receios podem agravar-se perante um quadro desejável dos procedimentos prévios ou da actuação que o visado não domina. Os temores e a depressão convidam o médico a afastar qualquer urgência ou precipitação. As pressões não são aqui bem vindas. Dar tempo e procurar esmiuçar as razões que subjazem à recusa transforma-se no *novo* objectivo do médico...

E este dever parece decorrer do sentido e alcance do preceituado no artigo 157.º do Código Penal sobre esclarecimento, bem como das normas deontológicas que tutelam a actividade médica. Sem prejuízo do que foi vertido na legislação deontológica dos enfermeiros (CDE), de onde retiro constelações análogas ⁽⁵²⁹⁾, importa pesar os seguintes textos do CDOM, cuja ordem altero conscientemente, para que os pressupostos coincidam com o raciocínio que pretendo exprimir:

«Artigo 50.º (Revelação de diagnóstico e prognóstico) 1 — O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia. 2 — A revelação exige prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar. 3 — A revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar. 4 — O diagnóstico e prognóstico só podem ser dados a conhecer a terceiros, nomeadamente familiares, com o consentimento expresso do doente, a menos que este seja menor ou cognitivamente incompetente, sem prejuízo do disposto no artigo 89.º deste Código.

Artigo 51.º (Respeito pelas crenças e interesses do doente) 1 — O médico deve respeitar as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses legítimos do doente. 2 — Todo o doente tem o direito a receber ou a recusar conforto moral e espiritual, nomeadamente o auxílio de um membro qualificado da sua própria religião. 3 — Se o doente ou, na incapacidade

⁽⁵²⁸⁾ Cf. *La Cessation de traitement...*, pp. 144 e ss.

⁽⁵²⁹⁾ Cf. DL n.º 104/98, 21/08, designadamente os arts. 78.º, 84.º e 87.º. Quanto a esta matéria do dissentimento do paciente, na órbita da actuação dos enfermeiros, cf. Maria do Céu PATRÃO NEVES/Susana PACHECO, *Para Uma Ética...*, pp. 246 e s., que encontram no teor do art. 84.º, al. a) e al. b), o fundamento para o repúdio do paciente. Concordo integralmente.

dade deste, os seus familiares ou representantes legais quiserem chamar um ministro ou outro membro de qualquer culto, um notário ou outra entidade legalmente competente, o médico tem o dever de o possibilitar no momento que considere mais oportuno.»

Posto isto, segue o mecanismo de informação esclarecida ^(53º):

«Art. 44.º (Esclarecimento do médico ao doente) 1 — O doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença. 2 — O esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspectos relevantes de actos e práticas, dos seus objectivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência. 3 — O esclarecimento deve 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. 4 — O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural. 5 — O esclarecimento deve ser feito, sempre que possível, em função dos dados probabilísticos e dando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e optar com decisão consciente.

Art. 45.º (Consentimento do doente) 1 — Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais. 2 — Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar -se.(...).

Art. 46.º (Doentes incapazes de dar o consentimento) (...) 2 — Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa. (...) 4 — A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer. 5 — Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes queriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade. 6 — Quando se considerar que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos *devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvar os interesses e defender o doente*.

No que concerne ao processo de suprimento judicial, é entendimento jurisprudencial que o mesmo carece de tipificação *substantiva* para poder ser adjectivamente desencadeado, pelo que pior não seria que se verificasse previsão normativa nesse mesmo sentido. Como é consabido, existe alguma polémica em torno da normatividade exógena do presente *regulamento*, onde, por devolução de poderes, ficou vertido o CDOM. Remeto para o resto do

^(53º) Os sublinhados pertencem-me.

trabalho os afloramentos pertinentes sobre a questão, mas com a anotação de que o aludido projecto legislativo sobre consentimento, processo clínico, etc., que viabilizasse uma uniformização até onde a mesma fosse possível —e antes que a imensidão de questões escape do que é abarcável— encontra por aqui mais um fundamento para ser *recuperado*.

Artigo 47.º (Consentimento implícito) 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, na impossibilidade de obter outro consentimento.

Coloca a doutrina algumas justificadas reticências quanto ao que é presumido, tácito e objecto de privilégio. A questão sobre a nomenclatura não me merece mais do que este reparo.

Artigo 48.º (Formas de consentimento) 1 — O consentimento pode assumir a forma oral ou escrita. 2 — O consentimento escrito e ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico. 3 — No caso de menores ou incapazes, o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais, mas o médico não fica dispensado de tentar obter a concordância do doente, nos termos do número 3 e 6 do artigo 46.º e do artigo 52.º.

Creio ser importante a memória de que o consentimento permanece sob os auspícios da consensualidade (cf. art. 219.º do C.Civ.), pese embora o facto de se ter vindo a generalizar a respectiva documentação, como do facto é bem patente a Norma 015/2013 da DGS (www.dgs.pt) que —fora a LIC— faculta a lista legalmente fundamentada do que carece de consentimento prestado previamente por escrito. A esta acresce a proposta *administrativa* que provocará uma autêntica *titularização* do consentimento para tudo o que revele *riscos* mais sérios, com sérios *riscos* de transformar o consentimento em declaração *tabelar de título de crédito para prática de acto médico* —eventualmente susceptível de endosso—, a carecer do respectivo *pacto de preenchimento* —quando preenchida em branco, como vai acontecendo—, que, pessoalmente, só vislumbro poder ser facultado por via do processo clínico —uma vez que este, sendo informatizado, permite certificar as datas de entradas dos registos. Triste exemplo do dia-a-dia do que acabo de informar reside notoriamente na rubrica com que os cidadãos nacionais traçam o con-

sentimento informado ao balcão da farmácia quando *aviam* a receita. Espero ter sido esclarecedor sobre os receios de uma prova notória do que não deve acontecer.

*

Artigo 49º (Recusa de exames e tratamentos) 1 — Se o doente, **a família** ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar -se a assisti-lo nos termos do artigo 41.º, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 6 do artigo 46.º 2 — Em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coacções.

Não me parece necessário enfatizar aqui as deficiências constatadas na redacção do CDOM, neste caso perfeitamente ilustradas com a interpretação que se colhe do texto sobre um eventual *direito de decisão informada* por parte dos familiares do paciente, especialmente sobre a recusa (ou sobre a piedosa colaboração do menor ou do interdito para a decisão substituída que cabe ao profissional de saúde). Acresce que as DAV são vinculativas ao contrário do carácter indicativo que as propostas então em discussão pública pareciam dar indicação.

Em suma, importante é reter que a autonomia é, em princípio, pessoal e intransmissível. As procurações dos cuidados de saúde para as DAV inseriram modificações nesta asserção, o que só confirma a especificidade disciplinar das matérias do Direito da Medicina. O direito a saber e a decidir parece agora caber ao paciente e só a este, quando capaz, e ao profissional de saúde e só a este quando o paciente é incapaz —ou está em estado de incapacidade acidental—, inexistindo decisão judicial ou sua notícia em contrário.

Quanto à primeira hipótese decorre ainda a possibilidade de se verificarem regimes excepcionais, como seja o do privilégio médico em matéria de informação e de actuação, verificados os correspondentes requisitos: grave perigo para a vida ou perigos susceptíveis de causarem dano à saúde, física ou psíquica. De qualquer modo, seja para este conjunto de excepções, seja para o caso das incapacidades requer-se um padrão de avaliação em sede de decisão substituída (cf. art. 340.º, n.º 3 do C.Civ. e 39.º, n.º 2, do CP); ou de decisão segundo os melhores interesses do paciente (cf. art. 340.º, n.º 3, 1.ª parte, do C.Civ.). A decisão substituída deverá ser munida, em minha opinião, de um processo de decisão partilhada com o próprio paciente ou com o que dele

se saiba; tudo isto no campo da verificação dos pressupostos para o consentimento presumido.

Uma correcta e cabal informação engloba os meios alternativos de diagnóstico e de tratamento, tal como a respectiva índole, alcance, envergadura e possíveis consequências... Tanto retiro do teor do citado artigo 157.º do CP e, em sentido mais genérico, do art. 573.º do C.Civ. (531).

X. § 1.º.1. O tempo: sempre o tempo.

Aqui entronca um primeiro problema: a escassez de tempo que os agentes médicos alegam existir para o exercício da sua actividade. Algumas organizações representativas dos médicos reivindicaram já a institucionalização de limites máximos para o atendimento de cada um dos pacientes em Hospitais e avançam números assustadores: 10m/15m. Está bem de ver as consequências destas restrições, que dispensam comentários, tão evidentemente se desnudam.

X. § 1.º.2. Obstinações

Um segundo problema resultará da verificação (em maior ou menor grau) de uma *obstinação médica*: as decisões do paciente que contrariem ou diminuam as expectativas de que os *meios* de intervenção propostos atinjam os escopos que as *leges artis* apontam, podem despoletar contrariedades ou, no mínimo, dúvidas ao nível ético e deontológico (532).

X. § 1.º.3. Obstinações Justificações: a medicina receosa

Um terceiro problema. Tanto quanto vejo, também ao agente médico é lícito, em determinados casos, restringir a sua actuação profissional. Assim, para além dos casos gerais de justificação da ilicitude, previstos na lei penal e civil,

(531) Sobre os aspectos da responsabilidade decorrentes deste dever de informação no campo do Direito Civil, por todos, cf. JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares...*, pp. 133-152; e *Responsabilidade por Conselhos...*

(532) Sobre este aspecto, Josefina Cerzo GRANADEIRO VICENTE, constatando uma baixa taxa de recusas dos doentes, afirma o seguinte: «O medo de não ser devidamente atendido se alguém se negar a uma intervenção e ser recriminado e catalogado de não cooperante, limita a autonomia do paciente. A estrutura hierárquica do meio hospitalar supõe uma diminuição da liberdade, difícil de evitar na totalidade.», cf. *Consentimento...*, p. 52.

v,g.: legítima defesa; estado de necessidade; conflito de deveres, acrescem, sempre sem a preocupação de exaurir: a objecção de consciência (cf. art. 30.º do CDOM); o direito de escusa, quando não exista perigo de vida ou se existir médico com qualificação equivalente a quem o paciente possa recorrer (cf. art. 37.º do CDOM); a recusa de acto especializado cuja indicação clínica lhe pareça mal fundamentada (cf. art. 38.º do CDOM) ou a recusa de continuidade de assistência (cf. art. 49.º do CDOM). E o que se afirma aqui para os médicos parece resultar na sua maioria igualmente para os enfermeiros de acordo com o aludido regime deontológico (CDE, cf. arts. 75.º, n.º 2, al. j), 91.º e 92.º).

Acresce naturalmente o que de discricionário impõe a autonomia técnica. O agente médico, respeitando as regras da arte —onde incluo a autodeterminação— e os procedimentos ditados pela evolução da ciência, não se encontra à mercê dos meros *apetites* do paciente (⁵³³).

X. § 1.º.3.1. A recusa posterior: revogação

Tanto basta para atentar com mais cuidado na matéria enunciada sobre a revogação, o dissentimento posterior. Nesta sede, como afirmei, a autonomia manifesta-se na liberdade de, em qualquer momento, revogar uma decisão já tomada. Este dissentimento posterior pode ser meramente *suspensivo*, significando uma simples interrupção do tratamento, ou ser *tendencialmente definitivo*, ou seja, proferida para a cessação daquele (⁵³⁴). Digo *tendencialmente*,

(⁵³³) Sobre autonomia técnica e a respeito de algumas decisões judiciais portuguesas, cf. o que escrevi in *O Consentimento...*, pp. 407 e ss.

(⁵³⁴) Quero sublinhar, como reflexo da autodeterminação, o respeito que penso merecer a decisão sobre a intensidade com que um enfermo decida viver. No séc. XX tem-se verificado um certo *trunfo da medicalização*, a significar, em síntese, que: «o tempo da morte alongou-se à vontade do médico: este não pode suprimir a morte, mas pode alongar a sua duração (...)» (cf. Philippe ARIÈS, II vol., pp. 337 e ss., *maxime* 339). Ora, não cumprir a decisão do paciente que requeira o fim da terapia de vida artificialmente sustentada pode implicar a violação do mesmo princípio da autonomia que fundamenta a doutrina do consentimento informado. Porém, a proximidade com a questão da eutanásia, numa matéria em que a necessidade do dissentimento possa eventualmente ser ultrapassada, por exemplo, mercê de uma decisão substituída por recurso à opinião de quem conviva na esfera íntima do paciente, obriga a tomar as maiores cautelas. Sobre este assunto, cf. João Carlos LOUREIRO, *Metáfora...*, pp. 43 e ss.; AD NIEUW, p. 128; R. DWORKIN, pp. 299 e ss. e nota 20; e, ainda, Joel LEVI, pp. 191 e s.. Este A. cita algumas sentenças americanas em que foi admitido o direito de recusar tratamento médico, como corolário da doutrina do consentimento informado e do direito à autodeterminação, sentido em que afirma: «segue da necessidade de obtenção de consentimento informado previamente à intervenção terapêutica, que o paciente deverá

por força da sua, também possível, revogabilidade, que, aliás, o agente médico, muito naturalmente, procurará activamente obter, uma vez não aquilate a decisão como de bom senso.

X. § 1.º.4. O dissentimento esclarecido

O dissentimento, tão informado e esclarecido quanto possível, deverá ser registado no processo clínico do paciente, atenta a delicada posição do agente médico ⁽⁵³⁵⁾, uma vez que, sendo ou não o culminar de um processo de sucessivas trocas de informações e conselhos entre o paciente e o agente médico, por forma a que se atinja a declaração formal do paciente, acontecerá, muitas vezes, como consequência do comportamento concludente do paciente.

Com efeito, tudo quanto leio no CDOM ultrapassa a mera intuição de que o médico só deixará de insistir quando o paciente em estado de dissentimento resiliente deixar de o procurar.

Aqui vejo como último reduto a compreensibilidade do prestador de cuidados de saúde de se munir de um documento comprovativo —seja medicina *defensiva* no que protege o paciente, seja *receosa* para o agente médico. Creio ser de bom senso sugerir que o profissional de saúde reclame que o repúdio seja reduzido a escrito e —verificando-se também dissentimento sobre este aspecto— seja testemunhada a sua opinião técnica em sentido divergente à que paciente demonstra ⁽⁵³⁶⁾. Este testemunho sugerido pode resultar do registo que resultar da reiteração sobre a proposta e confirmação sobre a manifestação da vontade.

X. § 1.º.5. Os primeiros formulários de autonomia

Na maioria dos hospitais existem *termos de isenção de responsabilidade*, em suma: minutas pré-elaboradas em que o paciente assume a responsabili-

igualmente conferir uma recusa informada dessa mesma intervenção terapêutica» (*ibid.*, p. 192).

⁽⁵³⁵⁾ Será possível assacar responsabilidade a um médico pela incapacidade de convencer o seu paciente a aceitar um tratamento que, manifestamente, lhe irá minorar o sofrimento ou, até, salvar a vida? A resposta terá de ser negativa; trata-se exactamente de uma das manifestações da autonomia do paciente de que vimos tratando.

⁽⁵³⁶⁾ Neste sentido, cf. Daniel SERRÃO, *Riscos...*, pp. 81 e s..

dade pela cessação do internamento e do tratamento hospitalar, outorgando o documento. Como afirmei, afigura-se prudente, mas não constitui um procedimento necessário, mais a mais se — como existe notícia de se verificar muitas vezes com os modelos de consentimento — forem remetidos para um mero regime *administrativo*, em violação da verificação de uma relação interpessoal e directa que acredito estar aqui em causa como necessária. Mais a mais existem actualmente disponíveis os registos informatizados no processo clínico que revelam bem os procedimentos que demonstram a normalização dos procedimentos nas unidades de cuidados de saúde. Como ensina Guilherme de Oliveira, não existirá raciocínio probatório mais seguro do que o de *soprar* este argumento: — pois se assim se faz sempre, por que razão teve este caso procedimento diferente?

Mas as interrogações destes tópicos *problematizantes* apenas me sugerem que os beneficiários da informação e do esclarecimento sobre os direitos e os deveres decorrentes da relação médica não são apenas os pacientes, mas igualmente os agentes médicos. Afinal, também estes parecem querer emprestar à relação que estabelecem com os pacientes um incompreensível *pacto de silêncio*, à luz de um pragmatismo eivado por vezes de premissas favoráveis e atendíveis, mas em relação ao qual esta vertente tão importante das relações sociais oferece o flanco, ressuscitando os fundamentos do que Hannah ARENDT (a outros propósitos) já identificou como susceptíveis de edificar o exercício da «banalidade do mal» (537).

As informações adequadas a prestar e a obter serão, deste modo, todas aquelas que se afigurem como previsíveis e necessárias para determinarem ou influenciarem a proposta e a respectiva decisão. Insisto: perante uma resposta desadequada, ou a dúvida sobre a existência de uma omissão, quanto ao normal processamento da decisão do paciente, forçoso se torna indagar nessa parte até ao esclarecimento (538).

(537) Sobre este conceito afigura-se importante analisar o conjunto de textos reunidos e prefaciados por JEROME KOHN, in Hannah ARENDT, *Responsabilidade...* de onde destaco: *Algumas questões de filosofia moral*, pp. 43-131.

(538) Lembro aqui a decisão proferida pela *Corte de Cassazione* italiana em 8 de Julho de 1994 (in *RIML*, ano XVII, 4, pp. 1282 e ss.), sobre a necessidade de o médico informar a paciente, antes de esta (voluntariamente) ter tido alta após uma intervenção para cessação voluntária da gravidez, de que a certeza do êxito da intervenção dependia do resultado dos exames histológicos a que deveria submeter-se. Mais deveria tê-la informado da necessidade de comparecer em consulta de controlo, em tempo útil para uma nova intervenção.

X. § 2.º As posturas dos profissionais de saúde

PLATÃO (*Leis, Livro IV, § 720*⁵³⁹):

Existem «médicos escravos para escravos e médicos livres para os homens livres. Os médicos escravos dão voltas pela cidade e esperam pelos doentes nos sanatórios. Nunca indicam a razão de qualquer doença de um dos escravos, nem se deixam esclarecer da razão dela pelos escravos. Semelhantes médicos receitam imediatamente a todos o que muito bem lhe parece, de acordo com a sua experiência, arbitrário como um tirano, a fim de novamente correr para outro escravo doente.

O Médico livre, pelo contrário, dedica-se ao tratamento das doenças de pessoas livres, que tenta pesquisar na sua natureza a partir do fundamento, ao interrogar o doente e os seus amigos. Instrui o próprio doente, tanto quanto lhe é possível, e não passa as suas receitas antes de o ter conquistado, até um certo grau, para o seu ponto de vista. Só então deixa conduzir o doente, apaziguado pela força da persuasão, através de um esforço ininterrupto até à saúde.»

«Corresponde-lhe o papel que a retórica desempenha na medicina hipocrática, a retórica no sentido grego, a arte do discurso cultivado e da persuasão. O doente quer saber e tem de decidir por si mesmo. Tem de facto, confiança na autoridade do perito, mas não cegamente. A liberdade requer perguntas e respostas sensatas. Uma anedota antiga narrava: Aristóteles, durante uma doença, fez frente ao médico que lhe prescrevia uma terapia: diz-me os fundamentos do teu procedimento, então seguir-te-ei, se estiver convencido.»

É difícil não partilhar com Hans-Georg Gadamer (⁵⁴⁰) a convicção de que

«... a linguagem não é a só a casa do ser, mas também a casa do homem, na qual ele vive, se acomoda, se encontra a si no Outro, e que um dos espaços mais acolhedores desta casa é o espaço da poesia, da arte. Escutar tudo aquilo que nos diz algo, e deixar que nos seja dito – eis onde reside a exigência mais elevada que se apresenta a cada ser humano. Rememorar-se de tal para si mesmo é o afazer mais íntimo de cada um. Fazê-lo para todos, e de maneira convincente, é a tarefa da filosofia.»

X. § 2.º.1. O dever dos prestadores de cuidados de saúde para com o utente/paciente: sempre o caso da recusa.

Estou convencido que o processo de decisão é um processo que pode ter impulsos, sem dúvida (⁵⁴¹) mas que, em regra e por regra deve prosseguir um

(⁵³⁹) Cf. PLATÃO, *Oeuvres Completes, II vol.*, Gallimard: *Bibliothèque de la Pléiade*, 1969 (trad. e anot. por León Robin com a colaboração de M. J. Moreau), pp. 768 e s.; ID, *Las leyes*, Ed. José Manuel Ramos Bolaños, Ed. Akal Clasica, 1988, pp. 191-193.

(⁵⁴⁰) Cf. Hans-Georg GADAMER, *Herança e Futuro...*, cit. p. 146 e s.

procedimento. Esse processo de tomada de decisão cabe ao paciente e verifica-se logo no momento em que inquire o que não sabe se tem ou o alcance do que não está a *correr bem*. Todavia, em bom rigor e desejavelmente, o paciente não decide sozinho: a partilha da decisão é a consequência do confronto que opõe os profissionais de saúde e o paciente, por um lado, e a doença, por outro; e, ainda, o que fazer com essa doença ou com o que se afigura como indesejável ao paciente (para quem entenda que as intervenções de cosmética são absolutamente puras e desinseridas de contexto terapêutico). A formação da vontade necessita de avaliação, de informação. O que seja deficiente implicará uma invalidade do consentimento e um retorno à situação prévia da presunção da recusa para o que pareceu aceitar-se. Torna-se assim necessário, para além de estabelecer o dever, determinar o que é informação e delimitar a satisfação daquele.

A informação a fornecer pelos prestadores de cuidados de saúde supõe uma corrente recíproca de elementos de facto: compreende instruções, sugestões, conselhos quanto ao que se mostre conveniente para a averiguação e diagnóstico do percurso da actuação com superior ou inferior verificação de uma doença (mais ou menos grave ainda) e quanto ao processo de satisfação do desequilíbrio, aqui incluindo a convalescença, respectivas sequelas, os riscos e as alternativas que se comportem em medida de previsibilidade adequada ao caso concreto. Tantas mais quanto menor for o índice terapêutico em causa, temperado pelo que o entorno do paciente concreto especifique.

É verdade. A informação visa um paciente concreto, mas não tem de ser forçosamente individualizada: muitos dos dados em referência podem ser facultados através de registos previamente elaborados, por exemplo, para determinadas doenças ou terapias, ou relegados para outros profissionais, importante é que seja eficaz. Por outro lado, é importante para a eficácia da informação que a mesma seja dada de sorte a viabilizar, na medida do possível um tempo de reflexão, permitindo ponderar a decisão. A eminência de uma intervenção cirúrgica ou circunstâncias análogas, não se verificando premente, significará lógico racionalmente a escolha de um momento em que é legítimo supor que a habilitação para entender se encontre diminuída e o interlocutor sobre pressão ⁽⁵⁴²⁾.

⁽⁵⁴¹⁾ Cf. Peter NOLL, *In The Face of Death...*, cit.

⁽⁵⁴²⁾ A questão foi já abordada nos tribunais ingleses, num caso (*Wells v. Surrey A.H.A.*, 1978) em que foi levada a cabo uma esterilização durante uma cesariana, sendo que a in-

X. § 2.º.2. As posturas dos profissionais de saúde: Informação: simples; suficiente e esclarecedora.

O dever de informar obedece, cumulativamente, aos princípios da **simplicidade** e da **suficiência**, e visa o **esclarecimento**.

X. § 2.º.2.1. Simplicidade, porque devem ser utilizadas expressões acessíveis ao comum dos leigos, em termos de entendimento corrente, e não uma terminologia técnico-científica, já que esta simplicidade se destina ao consumo do paciente.

X. § 2.º.2.2. Suficiência, como limite quantitativo de informação; esta visa permitir ao paciente uma decisão que seja verdadeira manifestação da sua vontade, por conter os dados essenciais à tomada de posição em causa, considerando o seu esclarecimento. Neste sentido, a informação deverá ser: *pontual*, isto é, ministrada ponto por ponto, para cada grupo de actos médicos que sejam susceptíveis de se autonomizarem, ou, como refere Guilherme de Oliveira, «constituam uma unidade, do ponto de vista dos riscos e das vantagens para o doente»⁽⁵⁴³⁾; *progressiva*, pois deverá resultar de um processo — sob o denominador da confiança — com crescente troca de dados; *oportuna*, devendo a justa medida da informação ser ajuizada para o estágio de evolução do caso, em vista do objectivo que o agente médico prossegue, e por este, à luz das informações obtidas junto do paciente, sem o precipitar; no entanto, deverá ser uma informação *neutral*, salvaguardando, na medida do possível, a liberdade de decisão do paciente. A informação suficiente inclui sejam ponderadas as questões que se levantem sobre o *meio ambiente do paciente* (inserção sócio-económico-profissional), como sejam exemplos os custos ou a duração provável do internamento.

formação sobre aquele risco inerente foi dada já no decurso dos trabalhos de parto e o consentimento foi obtido após ter sido iniciada a intervenção. A conclusão do tribunal — surpreendente e contraditória, na opinião de G. ROBERTSON, *op. cit.*, p. 123 e s. — foi de que a paciente (Autora) entendeu as implicações da operação e, portanto, concedeu verdadeiro consentimento, não obstante o facto, dado como provado («*court's finding*»), de o médico ter sido negligente em não ter fornecido previamente à paciente as necessárias informações («*proper advice*») sobre a verificação daquele risco neste tipo de intervenções.

⁽⁵⁴³⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Prática médica...*, *cit.*, p. 167.

X. § 2.º.2.3. Esclarecida.

Finalmente, a informação deve ser **esclarecida**, no sentido de certificada. Trata-se aqui de um verdadeiro procedimento intermédio mas que constitui o objectivo mais importante do feixe dos *discursos recíprocos*. Estou perante a teleologia do consentimento e do repúdio, mas com muito superior intensidade quanto à valia deste, da recusa. Sem esta actuação intermédia de certificação sobre os deveres de informar e de obter o consentimento ficam estes esvaziados dos respectivos conteúdos. Pode dizer-se que o paciente está esclarecido quando compreendeu o sentido e o alcance das informações por forma a recusar livre e racionalmente num tratamento que lhe é proposto, ciente das suas consequências previsíveis, das alternativas e do demais que esteja em causa. Para tanto, tem a informação de ser *verdadeira*. Importa insistir aqui na limitação das informações sobre efeitos e alternativas susceptíveis de serem configurados, ao que seja *previsível*, embora *possível*. Com isto quero repudiar a necessidade do agente médico facultar uma informação completa, quando se entenda rigidamente esta expressão em termos absolutos, como determinante de a informação dever abarcar quaisquer consequências excepcionais que possam ocorrer. Mas isto não significa desprezar as informações sobre sequelas que, embora excepcionais, possam ocorrer em consequência dos meios técnicos utilizados ⁽⁵⁴⁴⁾, ou ter especial interesse para o paciente, atendendo, por exemplo à sua profissão ou aos seus interesses. Como será razoável adaptar a exigência sobre a quantidade de informações à concreta relação verificada, à doença e ao perfil do paciente. Na verdade, supondo uma intervenção longamente preparada, em que ocorreram inúmeras entrevistas com o paciente, não se compreenderá que este não possua uma compreensão significativa da doença e uma visão alargada das sequelas desta e da intervenção pretendida ⁽⁵⁴⁵⁾.

⁽⁵⁴⁴⁾ Penso no caso, já analisado, em que uma paciente diabética foi submetida a tratamentos que poderiam desencadear consequências funestas; ou no cuidado em apurar se determinada pessoa é alérgica à penicilina antes da utilização de medicamentos com essa substância.

⁽⁵⁴⁵⁾ Em França, numa decisão proferida pela *Cour de cassation* de 1998, considerou-se que fora dos casos de urgência, impossibilidade ou dissentimento do paciente em ser informado, o médico não está dispensado de o informar quanto aos riscos graves susceptíveis de ocorrer com o fundamento de que estes riscos são de verificação excepcional, cf. Claude EVIN, *Les droits des malades...*, cit., p. 21.

Assim, poderá até defender-se que o dever dialógico ⁽⁵⁴⁶⁾ do agente médico tem cabimento no significado do termo *medicar* ⁽⁵⁴⁷⁾, inserindo-se no exercício da arte como um dos deveres para um correcto e conveniente tratamento ⁽⁵⁴⁸⁾. A progressiva colaboração entre o paciente e o agente médico, mercê das informações trocadas, constitui uma espécie de consentimento sucessivamente confirmado ⁽⁵⁴⁹⁾, que no nosso ordenamento jurídico é, em regra, suficiente para dele se extrair a aprovação (consentimento) para o objectivo proposto. Mas refiro-me ao esclarecimento para um consentimento do enfermo que revele a sua consciência e vontade. Contudo, existe ainda outro aspecto, já aflorado: o do esclarecimento para uma colaboração de confiança, denominado esclarecimento terapêutico, que serve «para afastar os medos e preocupações do doente, reforçar a sua atitude positiva e o seu apoio à terapia e acautelá-lo contra os perigos em que ele próprio pode incorrer com condutas contra-indicadas pela terapia» ⁽⁵⁵⁰⁾.

X. § 2.º.3. Os deveres entre os agentes médicos (o processo clínico)

Soa cada vez mais anacrónica a frase «relação entre o médico x e o paciente y», independentemente das nostalgias e, sobretudo, das vantagens que dessa persistência retiram os privilegiados que possuem meios para a manter sem a abstracção e a generalidade nos agentes médicos e no precioso consul-

⁽⁵⁴⁶⁾ Cf. J. DE LAS HERAS, *La Relación Médico-Paciente...cit.*, pp. 271 e ss., *maxime* 277

⁽⁵⁴⁷⁾ Que emprego aqui com o sentido de *orientar o curativo de*, seja para realizar um diagnóstico (*v.g.*, fazer esta e aquela análise), um tratamento concreto (*v.g.*, submeter-se a determinada medicação), ou mesmo um prognóstico (*v.g.* uma dieta para evitar certos riscos). Cf. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa, cit.*, tomo VII, p. 118.

⁽⁵⁴⁸⁾ A necessidade de informar o paciente fundamentou muitas das primeiras decisões judiciais que costumam ser apontadas como pioneiras sobre esta matéria do consentimento informado: cf. os comentários desmistificadores deste sentido pioneiro tecidos por RUTH FADEN, *et al.*, *op. cit.*, p. 118 e nota 13, sobre as decisões proferidas em *Carpenter v. Blake* (1878) e em *Beck vs. German Klinik* (1889), sobre responsabilização de médicos por deficiência e omissão de informações.

⁽⁵⁴⁹⁾ Trata-se de comportamentos concludentes — consentimento tácito —, que serão relevantes desde que o processo revele uma actuação livre e esclarecida.

⁽⁵⁵⁰⁾ A citação é de ESER e foi colhida em Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...cit.*, p. 415; cf., *ibid.*, pp. ss.. Também Rafael VALE E REIS pertinentemente automatiza e desenvolve este recorte sobre o que sejam os limites e a relevância de um esclarecimento terapêutico (a acompanhar os procedimentos prévios e os consequentes da ou das intervenções).

tório privado. Estamos de há muito em uma era institucional. A era do Hospital.

Não só a expressividade técnica remete a actividade estritamente privada da medicina para redutos progressivamente mais clássicos, como mesmo nos atavismos da actividade liberal, surge um ambiente empresarial onde a lógica sistémica é perfeitamente análoga à da que é levada a cabo no âmbito da prestação dos serviços médicos em termos *públicos*. E ainda bem que o paradigma da medicina institucional é assumida como tarefa de Estado, dos Estados e das organizações internacionais. De qualquer sorte, a evolução técnica dita para o recurso às prestações com características médicas um conjunto de procedimentos compartimentados, bastando para tanto pensar nos exames prévios e nos complementares para monitorização, para diagnóstico, para o desempenho de tarefas laborais, etc.

Assim, no campo das relações entre agentes médicos, as respectivas actividades concatenam-se necessariamente em vista da satisfação das necessidades de um determinado paciente. E é aqui que se encontra um ambiente com tópicos inquietantes, onde pode frutificar em benefício alguns aspectos do processo dialógico. Pretendo inserir neste aspecto um excurso sobre as interpelações às *partes* —profissionais de saúde—que integram a relação médica no *feixe* com que se apresenta ao paciente, já que a concretização das actuações em causa devem ser permanentemente recolocadas e revistas. Não se trata de ponderar o que deve acontecer em termos de esclarecimentos a montante da relação propriamente dita com o paciente, pois esta é algo de contínuo, cujos expoentes — v.g.: procedimentos mais invasivos— não alteram os deveres correspondentes entre os vários intervenientes e o paciente e vice-versa. Penso nos aspectos comunicacionais entre os profissionais de saúde.

Em primeiro lugar, As posições relativas em que se encontram os profissionais de saúde comportam uma multiplicidade de factores, como sejam: a hierarquia, as colaborações; as autonomias e as heteronomias, as similitudes e as divergências no campo da ética; deveres deontológicos eventualmente conflituantes, etc.. Ninguém se situa fora dos deveres de respeito quanto aos mesmíssimos requisitos de informação e esclarecimento, mas acresce-lhes um feixe compósito em vista de diferentes componentes técnicas para um desiderato comum. O problema não é simples.

A ideia de que existe um titular do *procedimento* para quem tem de se *des-pachar* uma tutela de responsabilidade, como sejam o agente médico interventor, isto é aquele que *gere* ou *coordena* a equipa é tentadora, mas cedo se colocam inúmeras questões cujas respostas revelam fragilidades.

Se a intervenção foi *proposta* e aceite perante um profissional de saúde que não é o interventor? Sempre se poderá exigir a quem vai actuar a confirmação dos mínimos (digo mínimos, pois tenho de acatar por um lado que o paciente já virá esclarecido e por outro que o profissional médico não deixará de realizar uma entrevista ao menos sumária no âmbito da sua preparação individual) de esclarecimento em termos actuais, e, conseqüentemente, dou por ultrapassado qualquer problema (inclusive podia sempre remeter a intervenção para um terreno concludente por parte do paciente).

A actuação dentro da(s) equipa(s) não possui espaços técnicos de autonomia? Creio que a resposta é positiva e pensando, por exemplo, na radiologia ou na anestesia com os consentimentos autonomizados precedentes, facilmente vislumbro uma compressão de actuações e de vontades. Para não falar nas demais actividades profissionais existentes (outras especialidades, a enfermagem.).

A realidade parece desmentir uma solução simplificada para este problema.

Neste sentido inquirio o sentido de estender a doutrina da informação esclarecida e da *recusa* igualmente às relações internas nas equipas médicas, ou seja dizer, entre os agentes médicos envolvidos?

O que me merece ser sublinhado não é a componente exclusivamente técnica pois não se trata de delimitar apenas as vias paralelas para contingentar as competências técnicas —tendencialmente invasivas— para ajustar correctamente as intervenções possíveis —ou parcelas de uma só— junto do paciente. Isto resolve-se pela *hierarquia* ou pela divisão das tarefas que se apresentam em termos de autonomia técnica *horizontal*, devidamente delimitada pela fronteira onde cessa o *princípio da confiança*, ou seja, onde as normas de cuidado próprias de um dos profissionais são desprezadas com evidência ⁽⁵⁵¹⁾.

⁽⁵⁵¹⁾ A questão atinente ao princípio da «divisão do trabalho horizontal» mereceu já o estudo aturado de Sónia FIDALGO, *Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho*, in AA.VV.: *Direito da Medicina: Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco*, Ed. Universidade Lusíada, Lisboa, 2013, ISBN 978-989-640-147-4, pp. 51-66, onde expressa e lucidamente conclui que: «Cada um dos es-

Penso antes no processo de *formação da informação a prestar* e na própria esfera credora de informação do agente médico. O dever de actuar é precedido aqui de um dever de se inteirar sobre o que pode actuar e postula fazer, não apenas junto do paciente, mas entre os vários *colaboradores*. E este plano fica exactamente mais denso perante a recusa do que perante a aquiescência. Eis onde a recusa pode bulir com o *princípio da confiança* de sorte a transformá-lo em *uma desconfiança por princípio*.

Tomando por exemplo uma categorização, ao caso formatada pela voz de um enfermeiro, reside no seu estatuto de colaborante o não colaborante, o que, obviamente, não é indiferente na estabilidade das relações entre profissionais de saúde, assim:

«o doente ideal deve ser o doente colaborante! Porque se o doente colaborar no seu tratamento, automaticamente é meio caminho andado! Porque se é um doente que não colabora, se a enfermeira lhe vai dar um comprimido que terá a obrigação de tomar, se não o toma e deita fora quando a enfermeira vira as costas, evidentemente que é um doente que não está a colaborar no seu tratamento! Alguns deles provocam o confronto com os médicos e enfermeiros por agressividade! É um doente que reage por agressão verbal, por negatividade, que não colabora, recusa a medicação, recusa o tratamento.»⁽⁵⁵²⁾

Em segundo lugar, na relação entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente (por excelência) estabilizou-se a condensação ética da protecção da autodeterminação. Isto sob um *véu de tolerância* (os apelidados princípios de beneficência e de não maledicência adicionados ao respeito pela autonomia do *visado*). Será absolutamente necessário manter viva uma fronteira entre tolerância e paternalismo. Não é tarefa fácil. É consabido que o conceito de tolerância se assimila muito melhor pela negativa (delimitando o que seja a

pecialistas será apenas responsável por controlar os perigos que, no seu específico âmbito de competência, ameacem concretizar-se num resultado danoso para o paciente.», sendo certo que, adiante, adverte: «No âmbito da divisão do trabalho horizontal, para além das situações de alargamento, de facto, dos âmbitos de competência, o princípio da confiança só poderá ser afastado nos casos de violação clamorosa da norma de cuidado por parte de um dos profissionais. Nestes casos, a responsabilização do profissional que confia indevidamente na conduta do colega deve ser rodeada de especiais cautelas, principalmente se se tratar de médicos com especialidades diferentes.». Pugnando por uma restrição desta autonomia ao médico interno de especialidade, que deverá assim actuar por referência a uma tutela formativa, cf. Sara LEITÃO MARQUES, *Em torno da responsabilidade penal do médico interno*, in *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, CDBM FDUC, Coimbra Ed., Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 79-97, *maxime* 89 e s.

⁽⁵⁵²⁾ Cf. Graça CARAPINHEIRO, *Saberes e Poderes... cit.*, p. 272.

tolerância) do que pela positiva ⁽⁵⁵³⁾. Como ensina Jacques DERRIDA: «A tolerância é *antes de mais* um acto de caridade.». Ou seja, sempre seguindo as palavras do A.: «a tolerância está sempre do lado da *razão do mais forte*: é uma marca suplementar de soberania; é a face amável da soberania que diz ao outro, do alto da sua altivez, o seguinte: permito-te que vivas, não serás insuportável, abro-te um lugar em minha casa, mas não te esqueças: estou em minha casa...» ⁽⁵⁵⁴⁾. Ora é este último aspecto que encontro como susceptível de dever ser generalizado e aplicável ao *discurso médico* no que importa sublinhar sobre o conceito de *hospitalidade*, mas aqui com o estatuto jurídico que lhe será fundamental ⁽⁵⁵⁵⁾ para este objectivo concreto. E como mostrarei adiante parece que não estou sozinho nesta convicção. Com *hospitalidade* se facultará o *cuidado das almas* ⁽⁵⁵⁶⁾ como fonte da Ética da Responsabilidade (cf. Gil... cit) que constitui o sinalagma para o funcionamento regular de uma sociedade que garanta mais do que o protesto de homenagem aos redutos

⁽⁵⁵³⁾ Com consciência da vasta bibliografia que, com relativa facilidade, conseguiria relacionar sobre o tema (recorrendo a AA. estacionados na generalidade das bibliotecas: Locke, Voltaire, Kant, Montaigne, Ricoeur, Amartya Sen, Pires Aurélio, etc.), basto-me, em síntese, em Eduardo LOURENÇO, *Do Intolerável: o Esplendor do Caos*, Ed. Gradiva, 1998, pp. 87-93, para dar indicação justificativa e fundada do que aqui enuncio. Não deixarei, todavia, de recorrer de seguida muito especificamente a J. Derrida, por força da mesmíssima perspectiva sintética.

⁽⁵⁵⁴⁾ Cf. Giovanna BORRADORI, in *La Filosofia en una época de terror: Diálogos com Jürgen Habermas y Jacques Derrida*. Diálogo com Jacques DERRIDA: *Autoimunidade: suicídios simbólicos y reales*, Ed. Taurus, Madrid, 2003 (trad. Juan José Botero e Luís Eduardo Hoyos), pp. 186. E afasto-me aqui das *vestes* dos que a próprio A. apelida como de *mistagogos*: dos cultores dos mistérios dos signos próprios das semânticas das *revelações*... Cf. Jacques DERRIDA, *De um tom apocalíptico adoptado há pouco em Filosofia*, Ed. Veja, Col. Passagens, Lisboa, 1997, pp. 16-27, e, nesta mesma obra, cf. o *Pósfácio* de Carlos LEONE, pp. 89 e s., e 95 e s.. Sobre a questão (na sua envolvente com a *tolerância*), cf. por fim: João Tiago PEDROSO DE LIMA, *Tolerância, desconstrução e hospitalidade: sobre a imigração em Portugal*, in AA.VV, *Política, Cidadania & Cultura numa Era Global*, Ed. Silvério da Rocha e Cunha, Instituto Superior Económico e Social de Évora (ISESE), Évora, 2005, pp. 105-122.

⁽⁵⁵⁵⁾ Estatuto que lhe é apenas parcialmente concedido por João Tiago PEDROSO DE LIMA, exactamente por se situar substantivamente, i.e., idealmente, «antes de qualquer lei», mas sem a possibilidade de a arredar, nisto se configurando a sua «radical e essencial antinomia: sempre antes da lei e, no mesmo lance, nunca dispensando a lei.»: cf ID: *Tolerância, desconstrução e hospitalidade: sobre a imigração em Portugal... cit.* pp. 119 e ss. no que o A. sintetiza magnificamente sobre o pensamento de J. Derrida acerca da *hospitalidade incondicional* (hospitalidade como visita ao invés de uma hospitalidade por convite) devida sem cálculo de «custos e benefícios», plena de alteridade e entrega. Adapto o que o A. pugna para a imigração no que esta oferece de similitude *com quem chega necessitado*...

⁽⁵⁵⁶⁾ Invocação da expressão cara a John LOCKE, *Carta sobre a Tolerância*, Ed. 70, 1997 (trad. João da Silva Gama), pp. 92 e s.

indispensáveis das liberdades próprias de qualquer discurso de cidadania, mais: de humanidade. Neste sentido, volto a subscrever Jacques DERRIDA:

«É preciso realmente fazer tudo para que as leis da hospitalidade se inscrevam no direito positivo.» (557).

No campo do direito médico é ainda nesse sentido que José de FARIA COSTA propõe prosseguir os seus raciocínios sobre a forma como deve ser encarada a esfera de atribuições do médico, no caso, levado ao extremo onde pretende que não se inviabilize o debate sobre o problema do fim da vida inclusive em termos eutanásicos —exactamente na fronteira em que se circunscreve o tema deste meu trabalho e para além do qual não me proponho avançar aqui— quando ensina: «O médico deve ser sempre encarado como um *hospes* e nunca como um *hostis*.». E prossegue:

«(...) Na verdade, aquele que nos recebe, que é nosso hospitaleiro, que é o nosso anfitrião, tem a virtude de querer o nosso bem. (...) E na justa medida em que o médico já não está amarrado ao verbo do juramento hipocrático, mas antes atado à nobre missão de assumir a igualdade —o médico e o paciente são iguais—, tudo se torna mais fácil para conseguir, não a morte do «outro» que é seu «hóspede» mas antes para prosseguir a vontade do «outro» que, bem ou mal, pouco monta nestas circunstâncias, decidiu, desde que rigidamente cumpridos os pressupostos que a lei determine, deixar de viver.» (558)

Esta extensão da vontade é já visível, palpável até em matéria de «directivas antecipadas», mas ainda se percorrem caminhos. De qualquer modo, parece-me evidente que a recusa do paciente não deve, não pode, ser confundida com o pedido de intervenção para a satisfação da sua vontade em recusar a manutenção da vida. Outra realidade que tratarei, essa sim, é a recusa consciente de que a intervenção médica afaste esse desígnio desejado. Esta,

(557) Cf. Jacques DERRIDA, *Papier Machine*, Col. *La Philosophie en effect*, Galimard, Galilée, 2001, p. 362, compulsada pela complacência de João Tiago Pedroso de Lima que agradeço, e aqui referida com o sentido analógico com que o mesmo traduz e a cita em *Tolerância, desconstrução e hospitalidade... cit.*, p. 122, de onde extraio ainda o seguinte passo subsequente: «Quando tal for impossível, cada um deve, pela sua alma e em consciência, por vezes de uma forma *privada*, ajuizar o que é preciso fazer (quando, onde, como, ate que ponto) sem as leis ou contra as leis.».

(558) Cf. José de FARIA COSTA, *Em redor da noção de Acto Médico*, pp. 379-399, in AA.VV., *As Novas Questões Em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, onde não se limita a verter o conceito de hospitalidade de que venho tratando para a matéria do Direito Médico, mas, com curiosidade, traça a distinção dos significados de *hospis* por contraposição a *hostis* (inimigo público, externo, estrangeiro) que não inimigo privado: o *inimicus*. Cf. *maxime*, p. 398 e s., incluindo nota 14.

como procurarei demonstrar pelas razões do meu convencimento, tenho-a por inquestionável.

Mas a proposta relação de confiança constitui a base para um processo em que curar passa a conviver, a ser incluído em um processo de cuidar, e, por seu turno, a superação da doença transcende a própria cura, que se assume assim como gradativa. A gestão de um doente no seu processo relacional é diferente da gestão da doença; aquele é de ordem claramente holística e permite soluções múltiplas no desiderato de encontrar o escopo de debelar os padecimentos, pelo simples facto de ser gradativa. Deixa de se verificar um exercício «musculado» para um acompanhamento pedagógico. Para tanto a prossecução da confiança passa definitivamente pela construção de feixes de empatias: mecanismos onde o discurso percorre as relações de persuasão, afinal uma componente retórica da vertente de ciência social a que a medicina não é adversa, mas sim interessada (⁵⁵⁹).

X. § 3.º Quanto ao paciente: muito mais do que uma postura

«... Senta-te ao sol. Abdica e sê rei de ti próprio.»

In «Não tenhas»: Poemas de Ricardo Reis, cf. <http://www.secret.com.br/poesia/reis.htm>

X. § 3.º.1. A vulnerabilidade: limites

Estou convencido de que a generalidade dos textos doutrinários elaborados em torno do consentimento esclarecido vão a fornecer a imagem do paciente como um *credor* de informação. Um *credor* que deverá ser satisfeito quanto a essa *prestação* até aos limites —melhor seria dizer parâmetros— equitativos do respectivo esclarecimento.

Poderá não constituir mais do que uma mera tentação, esta, de perspectivar o paciente como parte mais fraca na relação; e daqui clamar por mecanismos de protecção. Com efeito, quando nos avaliamos reciprocamente surge um catálogo evidente de vulnerabilidades, e a criança, o geronte, o pobre, a vítima e o paciente ocupam com facilidade as cinco quinas deste estandar-

⁵⁵⁹ Cf. Mohammadreza HOJAT, *Empathy in Patient Care. Antecedents, Development, Measurement, and Outcomes*, Springer Ed., 2007 (ISBN 0-387-33607-9), pp. 120 e ss.; 133 e ss.; 151-155; 165 e ss.. e quanto ao estudo das humanidades, cf. pp. 194 e ss.

te. São aqueles a quem o exercício de uma «vivência» como componente integrante do «direito à vida» ⁽⁵⁶⁰⁾ se encontra impedida de ser manufacturada pelo próprio com autonomia suficiente ou satisfatória, de, como ensina Castanheira Neves, constituir uma:

«verdadeira afirmação jurídica da autonomia pessoal no contexto de uma certa comunidade —no quadro, portanto, de uma certa comunidade jurídica— e que se traduz na titularidade ou na pretensão *pessoal* (*proprium*: como seu), *impositiva* (imposta ou exigida de outrem com o carácter de *facultas ac potestas* e que para os outros destinatários se traduz num dever ou numa imposição) e *dispositiva* (cabendo de qualquer modo na disposição pessoal do titular), *jurídico-normativamente válida* de certos valores ou bens jurídicos» ⁽⁵⁶¹⁾

Só que este carácter marcadamente pessoal com que o ser humano se imprime no seu *ser e dispor* é também uma projecção para os demais. Para o emissor faculta poderes de facto sobre si próprio, sobre o seu destino e invoca a protecção dos sucessivos círculos de proximidade quando os requisitos de inteligibilidade, de volição, de bem estar-estar se encontram abaixo de limites que conduzem a uma qualificação de *vulnerabilidade*. E a vulnerabilidade exorta —e bem— algo que dogmaticamente não parece estar suficientemente presente nos manuais das várias disciplinas e que consiste em um feixe de retorno concreto de solidariedade a ser projectado da *obrigação passiva universal*. Tentando concretizar: a contrapartida ao aspecto potestativo que contém o âmbito dos direitos de personalidade é uma garantia de não interferência, que está na plena disponibilidade do titular. Sou Senhor de mim próprio e respeitarei a soberania dos demais sobre si próprios. Esta garantia a exigir aos demais contém, todavia, uma tensão ainda onto-axiológica fundante: eu apenas poderei manter essa soberania na justa medida em que, por um lado, esta me seja reconhecida pelos demais. Trata-se de mais do que uma mera expectativa, mas de um poder/dever (em relação aos demais)., Por outro lado, necessito que ma garantam, i.e., que possa exercer efectivamente a disponibilidade que integra a garantia.

⁽⁵⁶⁰⁾ Que constitui, recorde-se, um «*ius excludendi alios*» enquanto componente inalienável da personalidade humana, algo que afasta as intromissões indesejadas nas componentes protegidas das esferas mas endógenas da personalidade, mas que dificilmente poderá deixar de invocar a solidariedade quando, carente, vai bulir com a identificação dos equilíbrios mínimos que cada um de nós empresta necessariamente à esfera físico-psíquica-ambiental própria e dos demais.

⁽⁵⁶¹⁾ Cf. António CASTANHEIRA NEVES, *Introdução ao Estudo do Direito...*, cit., (1971/72), p. 395.

Este é o fundamento da solidariedade que se activa perante a *vulnerabilidade*. A violação dos direitos humanos pode despertar a guerra (quando se entorpece a inteligência e se esgotam em momentos terríveis a tolerabilidade da diplomacia); a reacção à catástrofe restringe eventualmente a liberdade mas garante a alimentação e a protecção dos bens; o internamento do inconsciente que padece de uma doença que afecta ainda que potencialmente sua integridade físico-psíquica. Eu posso reivindicar que me deixem em paz, posso materializar certos níveis de automutilação de facto, mas não posso exigir que me reconheçam esse direito ao que eu faço de modo não sindicado.

X. § 3.º.2. O paciente credor?

Assim se pode passar também em relação aos comportamentos de risco: é a questão do cobrador. Trata-se de um discurso com algumas doses elevadas de perigo, pela sedução moralista falaciosa que acalenta: as prestações sociais são sinalagmáticas e os prevaricadores podem *perder*, podem ser sancionados —termos ético-jurídicos— pelos respectivos comportamentos desviantes. A medicina preventiva *ensina* os requisitos de prevenção; quem não possua a certificação de boa conduta em dia, que expectativa poderá acalantar de que a projecção da solidariedade venha suprir a respectiva vulnerabilidade... Bem está de ver onde leva a ruinosa persuasão do silogismo. Se mirarmos em nosso torno veremos quão sensível constitui o abuso da recriminação na justificação das frustrações: é o paroxismo da exortação da formiguinha e da condenação da cigarra. Mas, antes deste excesso, reside um núcleo que se me revela verdadeiro: é a fotografia que formulo *em negativo* da noção de direito subjectivo, tal como foi intelectualmente traduzida por João Castro Mendes, como *a concretização dos deveres de respeito impostos pela ordem jurídica para a organização individual das garantias individuais da dignidade humana em vista da tutela de um interesse determinado ou de um núcleo de interesses decorrentes do entrelaçamento das esferas da personalidade humana* ⁽⁵⁶²⁾.

⁽⁵⁶²⁾ João CASTRO MENDES, *Teoria Geral do direito Civil*, II. Vol, AAFDL, 1999, p. 24; cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade... cit.*, p. 612 de onde retiro o seguinte trecho bastante elucidativo: «Indubitável é a subsunção do direito geral de personalidade no conceito de direito subjectivo de João de Castro Mendes, como «o poder concedido pela ordem jurídica para tutela de um interesse ou de um núcleo de interesses de uma ou mais pessoas». É que o titular de um direito geral de personalidade detém uma posição pessoal de vantagem, advinda da disposição de diversos meios jurídicos, para tutela da

Assim, pior não será repensar estas *impressões* sobre o que será o que chamo de uma *conta-corrente* do paciente. Em boa verdade o ser humano paciente pode e deve deixar assim de ser visto como um mero *pedinte*. Alguém que carece de auxílio, desde o nascimento até à morte, permanentemente e enquanto paciente de forma tanto mais premente quanto maior for o factor terapêutico que o faz *estender a mão*. O ordenamento constitucional português traduz neste aspecto um quadro realista que não deve nunca deixar de ser recordado: é o de que a generalidade dos valores e bens sociais relevantes em termos comunitários devem ser organizados na cidade na sua dupla vertente: como um direito e como um dever; e de acordo com isto, não fica espanto quando se proclama no art. 64.º, n.º 1 da CRP: «que todos têm direito à protecção na saúde e o dever de a defender e promover.». Vulnerável mas não inimputável; carente mas não pedinte; e detentor de uma *conta-corrente* onde se inscrevem créditos e débitos sociais.

E afirmo isto recordando as palavras de KARL JASPERS:

«... a doença é um processo natural que ataca o corpo. O doente tem de saber lidar com ele (...) O paciente é instruído, sabe, pois, do que se trata e coopera na execução da terapia conveniente. Anui, deixa-se convencer em caso de dúvida, ou repudia a intervenção médica proposta.»⁽⁵⁶³⁾.

X. § 3.º.3. A combinação poderes/deveres da cidadania

Sem deixar de apontar que a premissa «instrução» usada possui necessárias reduções e não é de todo —pelo contrário— um dado adquirido mas

relação de interesse entre ele a sua personalidade.». Se assim for, e assim é, nada impede o retorno, i.e., o reflexo que as vantagens impliquem na teia actual das prestações sociais alargadas, onde aos custos crescentes da saúde se associam os do ensino, da solidariedade social, do ambiente, dos transportes, etc. Daqui à formulação de uma *consolidação* do preenchimento de requisitos para aspirar a merecer as contraprestações de solidariedade vai um passo; um passo fácil de mais de justificar perante carências na progressiva distribuição de bens escassos. A sociedade tardomoderna é também coeva de uma modificação generalidade do esquema de prestações sociais fundadas no trabalho: o que vai sendo substituído pela precisão tecnológica da maquinaria avoluma vagas de pessoas desempregadas (que o sistema necessita permaneçam como consumidoras); mas as necessidades de laboração manual e intelectual encontram satisfação em um número crescente dos números da população mundial e nas assimetrias existentes, cf. Boaventura SOUSA SANTOS, *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*, Afrontamento Ed., 2000 ISBN, 972-36-0524-4, pp. 258-264

⁽⁵⁶³⁾ Cf. Karl JASPERS, *O Médico na Era da Técnica*, Ed. 70, tradução de João Tiago Proença, 1986, pp. 7 e ss.

uma aspiração social, parece-me poder afirmar o pressuposto de que a tomada de decisão reside na certificação das faculdades do paciente em discernir e, sobretudo, na construção de uma orbita de deveres deste no campo informacional.

Tal como a circulação na *cidade* é o resultado de um dédalo de vias que não se querem obstruídas sob pena de criarem um tráfego caótico, destruidor, também a aspiração à saúde —como acontece aliás quando se perspectiva pelas demais *valias*— reclama a participação da segurança, da educação, do trabalho, da quota parte do financiamento organizacional... Enfim, concentro-me no que me cabe pensar sobre a cidadania, para reclamar não seja olvidado que as *secções* de um sistema possuem e são quase sempre subsistemas de que dependem em eficácia.

O paciente deve revelar e inquirir; deve avaliar e entender, na medida possível, o que se lhe oferece por diante. E isto significa detectar e exercer um dever de colaboração a par de um dever de colher informação e de a transmitir. Mais a mais porquanto a medicina encontra hoje como *pontes* entre os vários agentes e a(s) nosologia(s) o conjunto de informações reveladas pelo processo clínico (quanto mais *rico* for melhor) e as que o próprio paciente consiga desvelar ao interagir entre os vários especialistas cujas actuações invoca.

Retomo JASPERS⁽⁵⁶⁴⁾ para assentar em um pressuposto inverso ao que o levou a afirmar que: «... o doente não quer, de facto, dever, mas obedecer. A autoridade de um médico é para ele ponto mais firme e desejado que o isenta de reflexão e responsabilidades próprias. ‘O meu médico ordenou’ é a libertação mais confortável». Será ainda assim, mercê provavelmente até do que a *piedade* força, mas tem de deixar de o ser. A dignidade humana tem lastro fundo na responsabilidade individual (DWORKIN) e esta, em sentido geral e abstracto (jus filosófico), permite recolocar o homem hodierno perante um dever, também geral, de se educar. De obter informação ao invés de aguardar que a mesma se deposite em regaço, e, sobretudo, tem de actuar: este o fundamento soberano a que não bastam apelos morais dos apetites tecnológicos. Tem de actuar em relação a si e tem de actuar por aqueles a quem a comunidade lhe dita encargo de responsabilidade. A geração concomitante que não

(564) Cf. ID, *o médico na era da técnica*, p. 10.

detém autoridade —absoluta ou relativa— sobre si própria e onde a vulnerabilidade é maior ainda.

Eis a dificuldade das teses que afastam a responsabilidade pelas gerações futuras, pois se a responsabilidade é intergeracional e forçosamente imposta na solidariedade concomitante (com ou sem afectos misturada: como será o caso dos alimentos julgados devidos aos progenitores ou aos filhos com quem o cidadão não se relaciona), em reduto apertado fica o argumento sobre a protecção actual do estado ambiental, por exemplo, do que sobre. Existem sequelas remotas cuja realidade é já hoje perfeitamente previsível: pode o ser humano hodierno agir na pressuposição de que a técnica terá uma reacção possível? É legítimo fornecer sangue eventualmente contaminado até que se demonstre para lá de toda a suspeita a existência de contaminação?

E tanto mais me surge esta evidência quanto desejo que a individualidade autónoma persista perante um *universal* crescente que se multiplica humanamente em uma espiral de milhares de milhões ⁽⁵⁶⁵⁾ de pessoas cujas necessidades hão-de forçar alterações, pois tratam-se de números tão elevados que não podem deixar de provocar naturais receios futuristas perante a finitude do meio ambiente em que nos encontramos por ora enclausurados. E temos de convir com a fotografia nua e crua que nos é oferecida por Hans JONAS, segundo a qual, já existem na Terra demasiados Homens que não querem (podem?) prescindir do uso da tecnologia hodierna ⁽⁵⁶⁶⁾.

Com efeito, a possibilidade de se verificarem compressões de valores justificados na massificação em conjunto com a escassez de recursos constitui um sério e evidente problema a antecipar quadros e soluções. Este estágio de finitude da natureza condiciona e postula momentos de alteração inevitáveis em que as premissas não podem deixar de se mostrar plenas de maleabilidade, como o apontou lucidamente Gilbert HOTTOIS ⁽⁵⁶⁷⁾ e constitui já mais do que mera intuição a perpassar o quotidiano.

⁽⁵⁶⁵⁾ Aceitando a informação recolhida em www.nato.int/docu/review/2011/ClimateAction/.../index.htm, a perspectiva ascende a números em torno dos 9,5 mil milhões de seres humanos vivos para o último quartel do séc. XXI.

⁽⁵⁶⁶⁾ Cf. Hans JONAS, *El Principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (Introduction de Andrés Sánchez Pascual), Herder Ed., 1.ª ed. digital, ISBN digital 978-84-254-3077-0, loc. 913; 973; 5442-5446

⁽⁵⁶⁷⁾ Cf. Gilbert HOTTOIS, *El Paradigma Bioético: Una Ética para la Tecnociencia*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1991, pp. 27 e ss.

É natural que a padronização de procedimentos, mais a mais em ambiente hospitalar, no âmbito de intervenções especializadas parcelares e acrescidas de uma iliteracia (mais ou menos intensa) crie um discurso enfadonho e repetitivo. Existe sempre repulsa face à banalidade e esta ocorre mesmo com os maiores horrores se o respectivo protagonista for actor forçado desses mesmos horrores.

Nada mais compreensível então do que o «ambiente de recusa», um ambiente generalizado, alegado por Karl Jaspers ⁽⁵⁶⁸⁾, aparentemente em contraste com os avanços da tecnologia e das «conquistas» das ciências que alimentam a Medicina, mas, vendo bem, também por força das mesmas.

Em rigor, o feixe da actuação médica inclui um número crescente de protagonistas, pelo que o médico individualizado, o beneficiário das confidências e observador da intimidade volatizou-se. Ora diante multiplicam-se os interventores, os observadores, aqueles a quem devemos confidenciar tudo e despirmo-nos reiteradamente. A abstracção impera.

Nos edifícios dos Hospitais o que antecede é corrido ao paroxismo. A massificação é notória e o que é notório dispensa comentários espúrios. Por seu turno existem mais premissas a intersectarem o raciocínio e a produzirem fantasmas gerando outros silogismos.

Até ao início recente da «era do antibiótico» ⁽⁵⁶⁹⁾ a escassez dos recursos pendia para a coluna do leque da oferta médica. Hoje, os recursos escassos

⁽⁵⁶⁸⁾ Cf. ID, *o médico na era da técnica*, p. 12

⁽⁵⁶⁹⁾ A investigação de medicação sintética antibiótica é hodierna (associada tradicionalmente a nomes como Paul Ehrlich ou Alexander Fleming, desde o início do séc. XX, e teve a sua «época de ouro», milagrosa em termos quantitativos, entre os anos 50 e 70 do século passado), mas os produtos activos existentes por via natural foram já referenciados anteriormente. Ter-se-ão encontrado resíduos de tetraciclina na análise de esqueletos humanos oriundos do Sudão e datados entre 350 e 550 dC, avançando como explicação que a «dieta» alimentar de então, naquele local, deveria conter o produto activo. Outro exemplo igualmente antigo vem do Egipto (Oásis de Dakhleh: *The Dakhleh Oasis Project: DOP*, estudo aprofundado desde a década de 70 do séc. passado com várias interações no âmbito das alterações ambientais desde o Plistoceno até ao séc. XXI, cf. <http://artsonline.monash.edu.au/archaeology/excavations-in-dakhleh-oasis-egypt>), com referência ao período romano tardio com iguais elementos de tetraciclina em análises ósseas. Cf. Rustam I. AMINOV, *A brief history of the antibiotic era: lessons learned and challenges in the future*, in *Frontiers in Microbiology*, Dezembro 2010, acessível in http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X1998000300009 . Este A. dá notícia original de que a provável primeira utilização hospitalar de uma droga que receberia hoje a designação de antibiótico denominou-se *Pyocyanase* e foi preparada por Emmerich e Löw em 1899, com origem na *Pseudomonas aeruginosa* (origem no bacilo *pyocyaneus*);

situam-se nos cabedais dos candidatos, dos proponentes. Existe um abismo entre os recursos individuais e um desequilíbrio entre os recursos sociais disponíveis (mesmo nas apelidadas sociedades civilizadas) face aos custos estruturais e tecnológicos e medicamentosos...

É muito pior constatar que em um Mundo finito perfeitamente «abarcável», omnicomprensível e reciprocamente dependente quanto a um «destino comum», inexoravelmente partilhado, existem milhões de pessoas que poderiam encontrar solução para padecimentos caso possuíssem... recursos.

Mas a medicina também alargou o espectro da actuação. A ideia de que se trata de uma ciência que, ao fim e ao cabo, se concretiza na satisfação de necessidades na esfera físico-psíquica das pessoas humanas, no sentido da obtenção da saúde é um conceito muito redutor.

O homem, na sua humanidade, é um ser por definição doente (parafrazeando Jaspers, ⁵⁷⁰). O destino que possuímos à nascença é fundamento de combate. A morte quando encarada como um inimigo, significa um confronto perante quem a derrota é inevitável e se revela com doses relativas de pre-

o preparado com um espectro largo serviu para combater inúmeras doenças, todavia, como os resultados dos tratamentos não eram consistentes e a preparação envolvia grande toxicidade o tratamento acabou abandonado. A tetraciclina é referenciada com a patente de 1955 da Pfizer, sendo semi sintética, parece ter origem parcelar em fungos; foi usada contra doenças determinada por *clasmidia* (sexualmente transmissíveis: vg. epididimite) a brucelose, a cólera, pneumonia peste negra (*Yersinia pestis*), doença de Lyme e Acne, etc., cf. http://www.harrisonbrasil.com/a/di.html/current_medicina_diagnostico_tratamento/_grupo_das_tetraciclinas/eooi-McPhee_eooi.sec8. Também a medicina tradicional chinesa possui uma centenária utilização, como a *artemisinina*, retirada de planta *Artemisia annua*, usada no combate contra a malária. Os problemas actuais resultam em uma luta contra a resistência aos medicamentos, como refere expressamente Aminov: «The current state in the field of antimicrobials, resistance, and chemotherapy is certainly not limited to clinical microbiology as it was in the early years of the antibiotic era. Thus, it is not a single grand challenge; it is rather a complex problem requiring concerted efforts of microbiologists, ecologists, health care specialists, educationalists, policy makers, legislative bodies, agricultural and pharmaceutical industry workers, and the public to deal with. In fact, this should be of everyone's concern, because, in the end, there is always a probability for any of us at some stage to get infected with a pathogen that is resistant to antibiotic treatment. Moreover, even the behavioral patterns, such as hygienic habits or compliance with antibiotic treatment regimens, may have consequences that are not limited only to individual health issues but, on a larger scale, contribute to the interaction with the resistomes around us». O problema assume foro de grande preocupação uma vez que a utilização antibiótica na nossa alimentação (agrícola e pecuária) *desactiva* os efeitos úteis dos produtos e permite criar resistências no mundo microbiano envolvente, colocando-se hoje inúmeras interrogações sobre causas que expliquem a compreensão do aumento das resistências de sorte a permitir uma eficácia que se revelou como um «milagre» científico no século passado.

(⁵⁷⁰) Cf. ID, *O médico na era da técnica*, p. 12.

cocidade; eis pois um embate cujo encontro justifica todos os atrasos possíveis? Eis a interrogação que simplifica as múltiplas respostas sociais.

Pelo lado da comunidade é possível responder afirmativamente: desde o humanismo às forças de um mercado que necessita de seres vivos e contentes que, como marabuntas, se atestam de bens e serviços que alimentam o processo de criação de riqueza e revelam uma felicidade efémera na existência pacífica que consigam construir e manter. Mas também é possível apontar aspectos negativos perante os excessos e os desequilíbrios ambientais.

Em termos individuais, é já um dado adquirido a indisponibilidade jurídica de um pretensão direito a prestações alheias radicais na esfera própria. Mas existem *nuances* onde a liberdade possui reivindicações possíveis à solidariedade. A *vulnerabilidade* não permite que alguém disponha outrem a causar-lhe a morte mas sim a aliviar-lhe a vida. Não poderei intervir em termos de experimentação pura, mas os benefícios causados habilitam uma relevância do consentimento que desvenda, por si, o benefício para o próprio e, até, defende-se a terceiros (os custos são parcelas justificadas da disponibilidade da vida).

O contrato de gestação reifica, mas a liberdade de disposição permite retardar o momento da reificação até onde ainda se justifique não o efeito *pacta sunt servanda* mas o exercício libertário da revogabilidade e a justa composição das responsabilidades parentais. A autonomia presumida pode ser um exercício de reconhecimento responsável (solução da oposição para a disponibilidade de órgãos, tecidos ou células) ou o resultado natural indiscutível de uma onto axiologia cuja inacção, cuja preguiça social premeie o desaire alheio.

A medicina extravasa o leito e invade assim os demais ambientes tecnológicos, científicos, etc. são muitos outros ramos e muitas outras disciplinas que não podem deixar de lhe prestar a devida vassalagem. Da alimentação à habitação, dos usos à cosmética... etc. tudo passa a ser objecto de atracção pelo íman em que as sucessivas variantes da medicina têm ofertado ou possuem em catálogo. A opção de Diógenes em estar sossegado e tranquilo, ripostando apenas à oferta de Alexandre O Magno para que se desviasse dos raios solares é já difícil ⁽⁵⁷¹⁾. Ficando em silêncio recolhe-se o que possa ser

⁽⁵⁷¹⁾ Recolhi o lendário episódio, de sedução juvenil, em Ernst H. GOMBRICH, *Uma Pequena História do Mundo* (trad. Raquel Moura), Publico|Tinta-da-china Ed., 2010 (ISBN 978-972-671-031-6), p. 85.

útil a terceiros... e existe um mercado ilícito a conviver com outros mais des-pudorados quanto a este trato, quanto a este «comércio».

Em bom rigor não é o consentimento que importa, mas pelo contrário, estabelecer a delimitação do que é aceitável como decisão (má? boa?) de cada ser humano em matéria de integridade física, e psíquica. E por via da mesma inferência, não é a prestação de informação que está em causa se não a sua compreensão.

E tanto vale um sentido como o outro... Dos agentes médicos para o paciente; do paciente para os agentes médicos.

Volvendo uma vez mais a Jaspers (⁵⁷²): pode-se «...encontrar no paciente uma liberdade incalculável graças a uma palavra do médico verdadeiramente presente no momento certo, graças ao incitamento à percepção da situação por parte do doente.».

Esta liberdade extensa é, só pode ser, a que decorre da linguagem e, por via desta, da fecundidade do processo de ouvir. Ouvir enquanto imperativo que faculta ao Outro a acessibilidade a si próprio e aos demais. O que sobre, e é muito, é persuasão, rememoração, confiança e são as contingentes disponibilidades.

Para o paciente, a tarefa fulcral do agente médico acaba apenas por ser a de lhe viabilizar escolhas. Mas isto não o constitui em posição de credor, mas antes de devedor. Pois cabe-lhe procurar quem exprima, cabe-lhe inquirir até discernir, cabe-lhe optar adentro das contingências.

Previamente, cabe-lhe actuar de modo a procurar evitar a intervenção terapêutica e a viabilizar que os demais encontrem um ambiente sustentável que os habilite a recatarem-se no mesmo desiderato.

Este ambiente constitui o mecanismo, a ampola, de onde a tecnicidade da medicina pode correr da panóplia de recursos dominados pelos agentes médicos para o paciente e vice-versa. Caso contrário, a ministração eficiente da descoberta mais recente da Ciência redundaria em mero «acto de Fé», subserviente a uma profissão que queda escatologicamente religiosa servindo apenas confusões privadas e interesses inconfessáveis.

Acaba em retrocesso: é consabido que os charlatães sempre exerceram uma concorrência desleal, mas com assinaláveis êxitos. E não foi a coexistên-

(⁵⁷²) Cf. ID, *o médico na era da técnica*, p. 28.

cia com os verdadeiros «salvadores de almas» ou interlocutores divinos de antanho, ou com os recentes cientistas, geneticistas e agentes médicos apetrechados que os afastaram dos ganhos da credence. As soluções psicossomáticas ou a mera sorte são sempre ampliadas e tornadas fantásticas.

O exercício de uma opção esclarecida pelo paciente constitui, a meu ver, a linha nítida em que a melhor sabedoria e técnicas médicas se não misturam nem confundem com a esperança, com as meras promessas, quando não com a patranha. É o que distinguirá sempre o agente médico do aldrabão.

E isto assim será perante um aldrabão que manobra o desconhecimento que desconhece; como o que, com inocente candura, ministra os conhecimentos e meios mais sofisticados:

Revisito, insistindo, por mais que tenha consciência de que me repito. A evolução tecnológica da medicina teve efeitos colaterais importantíssimos, aos quais se não empresta qualquer importância, ou mera constatação pontual, quando a desculpa se impõe ⁽⁵⁷³⁾:

Em primeiro lugar a dispersão de especializações médicas pulveriza o conceito de médico e de agente médico e cria forças sociológicas contrárias que podem aniquilar a «visão clássica» profissional. O médico em instituições (e é aqui que se encontram em regra os meios dispendiosos de que se socorre o exercício da medicina) são «abstractos»... É o «agente-que-está-de-serviço» e que deixa o seu «rasto» em um processo clínico retomado pelo «agente-que-se-segue»;

Em segundo lugar, concorrem com a actividade médica de cariz eminentemente terapêutico actuações que, pesando todo o esforço em coar tudo quanto sejam preconceitos de ordem moral para o desiderato que importa ao Direito, permanecem em certos extremos a roçar o puramente cosmético. Estas intervenções de vaidade, aproximam o exercício da medicina, no que sobra de «institucionalização», em organização «empresarial» com componentes mercantis. Casos existem em que parece estar frente a «ressurreições» de versões actuais de antigos charlatanismos;

Em terceiro lugar, a maquinaria e a eficiência dos medicamentos e da divulgação da informação, tal como as descobertas científicas propendem a empurrar o agente médico para uma prestação de serviços que se aproxima

⁽⁵⁷³⁾ Cf. Graça CARAPINHEIRO, *Saberes e poderes no Hospital... cit.*, Cap. IV; pp. 207 e ss; Helena SERRA, *Médicos e Poder... cit.*, cap. II, pp. 255-347.

perigosamente da empreitada. Pedem-lhe orçamento e subjugam-no a resultados a que a perícia e a mera diligência seguramente não são forçadas a conduzir. Também neste aspecto os pagamentos «à peça», por exemplo, em um Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia» (SIGIC), de que tratarei adiante.

Em quarto lugar, as pressões da economia e da rentabilidade invadem uma área em que o discurso serve progressivamente menos para o «alvo» terapêutico ou meramente desejado. Verifica-se um embate entre a medicina assistencial e os aspectos mais negros das regras de mercado da economia;

Em quinto lugar, a individualização dos aspectos das relações entre agentes médicos e pacientes, mesmo dentro do campo médico, criam perplexidades e potenciais desentendimentos forçados pelas compatibilizações das funções e submetidos agora a inquirições em «espaços» de responsabilidade que lhe eram desconhecidos, e, onde, muito naturalmente, tudo esmorece, mas os próprios agentes médicos por excelência.

Se o paciente se satisfaz, então é aceitável concluir que o agente médico cumpriu as «leges artis». Se o paciente não está satisfeito, «as *legis artis ad hoc*» serão esgrimidas para aferir eventuais negligências, que pesam por vezes, muitas vezes, no mercado noticioso como «presunção» de culpa.

Talvez tenha chegado a hora de devolver parte dos deveres relativos, ao ambiente, à saúde, às condutas correctas, e às informações ⁽⁵⁷⁴⁾, ao próprio paciente.

Os deveres dos pacientes talvez mereçam uma revisão, tanto mais ingente quanto a «narrativa» internacional insiste em colocar todos os sublinhados nos direitos. E a «narrativa» sendo ainda internacional passará a prazo (e pressinto alguma vertigem nesta asserção) a mundial. Apenas a diluição dos «Estados-Nação» com a configuração «geométrica» das delimitações geográficas produzidas pelos sucessivos tratados da «Paz», com as instituições que dirimem litígios e as que produzem normas que alimentam aquelas, seja pela discursividade dos requisitos de produção/mercantilização, seja pela articulação reticular da ciência, a recordar as pirâmides da planície de Gizé; só esta diluição (nitidamente apontada por Boaventura Sousa Santos ⁵⁷⁵), dizia, per-

⁽⁵⁷⁴⁾ Perdoe-se-me a vírgula de *Oxford*.

⁽⁵⁷⁵⁾ Cf. Boaventura Sousa Santos, *A Crítica da Razão Indolente... cit.*, pp. 269-281: direito estatal, direito territorial, direito sistémico (sistema inter-estatal das relações internacionais); que permitem várias órbitas de superação dos domínios pos Estados territoriais para

mitir encontrar planos universais em que o perfil de um paciente seja efectivamente comum, com prioridades e hierarquias para as satisfações das respectivas necessidades.

Já não será uma autonomia pura, um elogio da esfera intocável da incolumidade, mas a preservação de que essa esfera é assim porque se inicia em uma outra, como o resultado de uma interacção que nos acompanhará ao longo da vida —interrelacionados e interdependentes— até que mãos de outras esferas nos devolvam à esfera matriz (afinal universalmente partícula esférica de outras tantas)... deixa de existir finitude palpável no universo dos átomos de que somos todos compostos e produtos recombinações: essa é uma imortalidade garantida e que pode decorrer da frase bíblica: *...és pó e ao pó voltarás.* (Génesis 3:19)

X. § 3.º.4. A Confiança

A confiança constitui um dos princípios rectores fundamentais para a disciplina do Direito da Medicina segundo Guilherme de Oliveira e que urge ressuscitar plenamente face ao que antecede. Infra-estruturalmente conexas com as relações humanas, requisito da sobrevivência humana para ultrapassar toda a incompletude de que o ser humano é feito, constitui igualmente a base essencial para a construção moral, ética e jurídica, designadamente para a formação, existência, interpretação e concretização das manifestações relevantes da vontade e dos contratos (⁵⁷⁶), mas não só.

os estados periféricos e usam linguagens e, sobretudo, práticas ampliadas com significação reconhecível e reproduzida máx pp. 281 e ss.: « hoje em dia, as campanhas para a vacinação das crianças» ou para a autodeterminação gestacional, «em toda a periferia são constelações desse tipo. (...) Através da interpenetração ou da contaminação ela assume algumas características de outros conhecimentos), máx 286 e ss. Tudo a conduzir a propostas para a expansão do jurídico e do político, cf. pp. 291 e ss. e capítulo 6.º: «não disparem sobre o utopista».

(⁵⁷⁶) A confiança resulta de um alicerce fundamental nas relações sociais, designadamente das relações jurídicas e que consiste no princípio da boa-fé. A boa-fé, enquanto modelo e parâmetro da motivação e da actuação constitui um cânone axiológico de primeira água, sempresente em todo o tráfego social, além de ser um princípio ético-social fundamental, a viabilizar ao intérprete ou ao juiz uma margem larga de delimitação para a aferição de um caso concreto. Serve, claro, as fases fulcrais do negócio jurídico (formação, interpretação e execução, cf. art. 227.º, n.º 1; 239.º; 762.º), pode servir a exclusão da culpa em acto formalmente ilícito ou acentuar ou rarear a dosimetria de uma sanção até à respectiva exclusão; pode ser a raiz de específicos deveres; pode qualificar as condutas exigíveis, pode limitar ou excluir um poder jurídico, designadamente um direito subjectivo ou potestativo (cf.

X. § 3.º.4.1. A confiança pública

Desde logo, pontifica a *confiança pública*. Um quadro preventivo da saúde com medidas que viabilizem a prevenção de doenças, em que as estruturas nacionais ou internacionais incentivem a adopção de comportamentos saudáveis, que regulem e garantam o fornecimento de acesso a informação que desvende receios, seja terapêutica; seja o abastecimento dos mercados (testes diagnósticos, acesso a medicamentos, técnicas viáveis de rastreio, etc.), que criem e estimulem a prevenção de quaisquer eventos adversos, que minimizem o erro, que adoptem mecanismos para a solução de litígios... e, sem esgotar, que associem e envolva as múltiplas entidades públicas ou por parte dos cidadãos a interagir proactivamente. Trata-se como afirma muito assertivamente Guilherme de Oliveira: «a palavra-chave». ⁽⁵⁷⁷⁾. E seguindo o mesmo A. de muito perto, trata-se de todo um fenómeno de paciência, de um moroso e cuidadoso processo cheio de avanços e de recuos. A confiança pública obriga muitas vezes a esquemas agressivos de actuação, como sejam meros exemplos os fortes condicionamentos no que concerne ao consumo de tabaco (cf. a Lei n.º 37/2007, de 14 de Agosto) e de estupefacientes (cf. DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro ⁵⁷⁸), as medidas de segurança na condução de veículos rodoviários (excesso de velocidade, transporte de crianças, etc.), cf. Código da Estrada ⁽⁵⁷⁹⁾, a notificação obrigatória de doenças ⁽⁵⁸⁰⁾, as medidas de pro-

arts. 243.º, n.º 1 e n.º 2; 612.º a contrario sensu; 1294.º a 1296.º; 1298.º e 1299.º); o abuso de direito, cf. art. 334.º do C.Civ); como influi no valor jurídico dos usos (cf. art. 3.º do C.Civ). Sobre esta matéria pontifica, por todos, António MENEZES CORDEIROS, *Da Boa Fé... cit.* para onde remeto os convenientes desenvolvimentos sobre esta matéria.

⁽⁵⁷⁷⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Medicina preventiva... cit.*, p. 9

⁽⁵⁷⁸⁾ A versão mais recente é actualmente a 22.ª (Lei n.º 22/2014, de 28/04), podendo as sucessivas alterações serem analisadas e confrontadas in http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis

⁽⁵⁷⁹⁾ Trata-se do DL n.º 114/94, de 03 de Maio, sucessivamente alterado, cuja versão mais recente é a 17.ª (Lei n.º 73/2013, de 10/09), cf. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=349&tabela=leis.

⁽⁵⁸⁰⁾ As doenças de declaração obrigatória constam de listas normativamente actualizadas, cf. Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto. *DR*, I, n.º 162 e as respectivas estatísticas podem ser consultadas, vg. através do levantamento PORDATA, que oferecem mercê da análise de quadros comparativos face a doenças tidas como mais representativas, de que escolho a Tuberculose e a Hepatite B (como as demais) revelam um decréscimo significativo na primeira década do século XXI, cf. os dados in <http://www.pordata.pt/Portugal/Doencas+de+declaracao+obrigatoria+casos+notificados-773>

tecção da saúde reprodutiva; a participação voluntária na doação de material genético para investigação ⁽⁵⁸¹⁾. E não são apenas as resistências a mecanismos mais agressivos que o legislador disponibiliza para prevenir doenças, como sejam os DGPI ou para a solução de problemas de carácter individual ou de natureza familiar, *insondáveis*, como a cessação voluntária da gravidez até às dez semanas sem fundamento outro que não o do alvitre da grávida ou do respectivo representante legal se for menor, é o próprio paciente que oferece resistência: está ou sente-se são, e, portanto, menos predisposto a mecanismos de espera para consulta ou a angústias que o desconhecimento afasta *para o dia seguinte*. Obviamente que, a montante, a existência de uma iliteracia não combatida ou sob fogo cerrado acarreta uma infinidade de dramas a jusante, sendo certo que o processo informativo apenas pode ser útil perante um esclarecimento viável.

De qualquer modo, será muitíssimo interessante elaborar a *contabilidade* comparada entre o funcionamento, respectivos custos e eficácia dos serviços de urgência e SIGIC em Portugal e em um País nórdico como a Finlândia com um sistema de saúde virado exactamente para esta solução que promove uma gradação preventiva e defensiva (esta com o sentido específico de uma actuação intermédia entre a prossecução pública e a privada da confiança, ainda dentro portanto, de um carácter preventivo) ⁵⁸².

⁽⁵⁸¹⁾ Cf. a Lei n.º 12/2005, de 16 de Janeiro sobre «informação genética pessoal e informação de saúde; no que concerne à criação de biobancos, cf. o portal informativo <http://www.biobanco.pt/faq>. Cf, ainda o Parecer 68/CNECV/2012, acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=6&ved=oCEcQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.cneqv.pt%2Fadmin%2Ffiles%2Fdata%2Fdocs%2F1354037643_Parecer%2520CNECV%252068%25202012%2520testes%2520geneticos%2520final.pdf&ei=Zd3TU6uHLvOaoQXRx4CIDA&usg=AFOjCNGYJkgTRANGNT6o2fmIMR-oKyDNgg&sig2=LP8Eyxzuz7VTGNRwANX-PA, cf. ainda a Lei n.º 12/2009, de 26 de Março (estabelece o regime jurídico da qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.º 2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, 2006/17/CE, da Comissão, de 8 de Fevereiro, e 2006/86/CE, da Comissão, de 24 de Outubro).

⁽⁵⁸²⁾ Cf. Lauri VUORENKOSKI, *Finland. Health System Review*, in *Health Systems in transition*, vol. 10, n.º 4, 2008, Philipa Mladovsky|Elias Massialos Ed., European Observatory on Health Systems and Policies (pp. 1-168), ISSN 1817-6119 vol 10 n.º 4, p. 134, de onde retiro a seguinte citação: «Emergency care is provided by health centres and hospital districts. Normally, every health centre has at least one physician on call for emergencies. It is common that a large proportion of physicians' work on call in health centres is not genuinely medically urgent as many times patients have difficulties in getting ordinary daytime ap-

X. § 3.º.4.2. A confiança *privada*

Em termos iconográficos, a relação do paciente com os profissionais de saúde pode ser perfeitamente representada por uma aliança em que a álea das consequências de uma actuação correcta por parte dos profissionais é perfeitamente assumida pelo paciente como possível. Em rigor, uma fotografia com contornos bem definidos, e esta, uma boa fonte de informações. Os factores adversos a esta configuração foram, por um lado, os séculos de progressiva aprendizagem das surpresas do corpo humano e as investigações sobre os efeitos de novas técnicas médico-medicamentosas. Uma era de clarificação progressiva da ignorância. Este véu (Rawlsiano) persiste ainda, mas parece estar de momento ofuscado por um optimismo crescente, por uma fé tecnológica que anuncia conquistas que parecem não ter fim. A sofisticação de meios também alimenta a crença de que a medicina correcta é a medicina eficaz, e sendo possível aquela há que exigir dos profissionais de saúde esta última eficácia. Eis o paradoxo. E o paradoxo aumenta a vulnerabilidade dos pacientes, incrementando a sua incompreensão e a sua revolta perante um desígnio que entendem poder ser modificado —um mito a modificar, por ser indestrutível, este da verdade parcial que coloca e retira o destino das mãos dos agentes. Sempre que escapa da mão olha-se com desconfiança o portador com a suspeição de que se tratou de negligência e um apetite em atribuir censura pela negligência. A vulnerabilidade também grassa, pelas mesmas razões nas hostes dos profissionais de saúde pois aquelas colocam os profissionais de saúde sob o regime das cautelas dos receios: a prática de uma medicina receosa, plena de recuos, traduz, afinal, um curso natural da vida, incluindo a respectiva doença. Há a fazer *apenas* tudo o que em uma análise objectiva retire do espectro do futuro a tal suspeita sobre incúria acerca do

pointments. This is especially the case in municipalities with physician shortages. Currently, it is very common to lease physicians from private firms for out-of-office hour care, so they are different physicians than those working during the day (see section 3.5.2.1). Normally, patients should first go to the health centre emergency care to receive a referral to hospital if needed. In hospitals there are several physicians of different specialties on call. The arrangement for emergency care differs greatly between hospital districts as their size varies considerably.»,

acessível in

http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=10&ved=oCHMQ_xMwCQ&url=http%3A%2F%2Fwww.euro.who.int%2F_data%2Fassets%2Fpdf_file%2F0007%2F80692%2FE91937.pdf&ei=UurTU63lMoOmoQWXoICwCA&usg=AFQjCNGVEhRgeVvkXcytwh9R2oj6mZJdDg&sig2=Ego8fDOW3YVgxukY3lCtQw

que deslizou da mão. Não! Foi-se muito além do que mostravam os indícios, exploraram-se as vias colaterais, tentou-se inclusive recolocar o geronte em condições —ainda que a idade ou as condições físico-psíquicas concretas suscitem dúvidas sobre o recurso sumptuário a esses métodos. Um minuto mais de vida? Eis o resultado de uma conquista reivindicada e eis uma vulnerabilidade cavada de diferente forma: a de um véu de eficácia insustentável.

Pois se durante séculos foi a ignorância que lançou nos braços dos profissionais de saúde os debilidades dos pacientes que queiram saber e ganhar esperança nas curas, talvez agora seja exactamente o brilho galvanizado dos materiais, o ambiente luxuosamente asséptico e as máquinas de *design* ajustado à imagem de ficção científica, com o denominador de uma rede imensa de informação disponível, o que produz a mesmíssima precipitação. Hoje como antigamente o homem mantém as mesmas ganas de castigar o profissional de saúde pelas contrariedades provocadas pelo sistema de funcionamento físico-psíquico. Antigamente porque não tinha conseguido repetir um êxito; hoje porque o êxito é possível ser repetido, assim tivesse...

X. § 3.º4.3. O dissentimento propriamente dito

Para o paciente o dissentimento resulta como um direito de manifestar livremente a sua autodeterminação, livre de peias formais e, em princípio, até ao limite da sua radicalidade absoluta: sejam as aludidas *más decisões*, seja o exercício do seu direito a nada querer saber. Numa segunda perspectiva mais benévola, revela a faculdade de opção: a escolha de soluções que se adaptem menos à prossecução da saúde mas privilegiem as aspirações individuais a uma conformação da própria vida, de acordo com as alternativas que se ofereçam menos *eficazes* mas desejáveis. É o que chamo de dissentimento parcial por oposição ao dissentimento total.

Tanto extraio da lei em matéria de informações a prestar, e repito: garantindo-se a compreensão do essencial para que tome uma decisão livre e consciente, o paciente deve ser *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*. O facto de existirem outras normas relativas a procedimentos gerais ou concretos, para um catálogo de intervenções tipificadas, a especificarem os mesmos cuidados, ou procedimentos específicos, no mesmo cami-

nho, não retira, aliás reitera, a extensão do referente que ilumina as necessidades aqui abordadas.

E isto mesmo se oferece com muita evidência, enquanto argumento apagógico, por exemplo, na necessidade imposta pelo legislador penal em sede do consentimento presumido (cf. art. 39.º, n.º 2, *in fine*, e 156.º, n.º 2, al. b), *in fine*, ambos do CP), isto é, quando, perante a impossibilidade de se obter um consentimento expresso viável ou constatando-se um perigo sério no decurso do tempo para a sua obtenção, se conceber a necessidade, ainda, de formular — como ensina CLAUS ROXIN — «um juízo da probabilidade de que o interessado, se tivesse conhecimento da situação de facto, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na acção»⁵⁸³. Daqui se compreende o exemplo que a este respeito dá COSTA ANDRADE: «por isso é que, em princípio, o médico que trata um paciente, inconsciente por anestesia, não pode acolher-se ao consentimento presumido para levar a cabo outro tratamento, quando, sem dano para a saúde, se pode esperar que o paciente recupere a consciência e possa expressar a sua vontade.»⁵⁸⁴. Esta garantia para o paciente de que o agente médico produzirá uma *decisão substituída* em que — podendo — conjecturará — com os elementos que possua ou possa adquirir — a decisão daquele, revela bem quão necessária e ingente se torna o diálogo entre os sujeitos da relação médica.

O dissentimento revela-se ainda como um mecanismo que permite diminuir a ignorância do paciente (melhor seria optar pelo oposto: pelo aumento dos seus conhecimentos sobre a proposta de actuação ou sobre a *nosologia* que o afecta), como reflexo da intensificação dos deveres de informação que se condensam na esfera do agente médico.

X. § 3.º.5. Os menores

Uma questão de particular delicadeza prende-se com o *peso* do dissentimento dos menores (⁵⁸⁵). Em primeiro lugar, deverá o agente médico certifi-

⁵⁸³ *Apud* COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, p. 58. Sobre esta matéria cf, ainda FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 453 e ss.

⁵⁸⁴ ID, *ibid*, p. 59.

(⁵⁸⁵) Para os demais incapazes existem igualmente especialidades e dúvidas. Para os respectivos desenvolvimentos, cf., por todos, ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 214 a 289.

car-se se o menor tem o «discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance» da sua decisão. Para a verificação deste requisito será de atender aqui à doutrina contida no art. 38.º, n.º 3, CP. A averiguação de maturidade confere legitimidade e eficácia àquela manifestação de vontade para justificar uma intervenção médica. Posta assim a questão subsistem dúvidas em atender à sua vontade? É óbvio que sim.

Interrogo-me sobre se o agente médico adoptará uma postura análoga à que assume perante o dissentimento de um adulto. É que a decisão sobre a existência de maturidade pode pertencer-lhe. Será madura uma decisão que troca um benefício para saúde pela — usando aqui um velho exemplo — participação num torneio de xadrez?⁽⁵⁸⁶⁾

Tudo me leva a crer que a análise do problema passa pela distinção entre as duas realidades: as medidas que envolvem o consentimento e o dissentimento são diferentes. A intervenção constitui um meio para tentar averiguar e/ou obter (na expressão de Orlando de Carvalho) as condições prévias do estado físico-psíquico do paciente. Vou agora pressupor a necessidade da intervenção para a melhoria do estado de saúde do paciente. No caso do consentimento, as informações visam dissipar dúvidas e confirmar a actuação proposta. No dissentimento, estando em causa a mesmíssima intervenção, acentuam-se os cuidados a ter com a manifestação de vontade e a decisão do médico poderá até ser diferente da tomada pelo paciente, se concorrerem para a relação outros valores despertados pela recusa.

E isto acaba inevitavelmente por influir na relevância a atribuir pelo agente médico à decisão do paciente, pelo menos no plano pragmático da sua actuação. A tentação do médico será a de acatar a decisão do menor, mas apenas se esta coincidir com a sua. As dúvidas agravam-se pelo facto de a relevância a atribuir à decisão dos representantes legais dos menores não se afigurar definitiva nesta matéria. E explico: é cristalina a perplexidade do agente médico, a quem se afirma o dever de agir contra o dissentimento paternal em caso de prossecução da saúde dos menores que não tenham autonomia rele-

Em relação aos menores, ID. *Ibid*, pp. 289 e ss.; e GUILHERME DE OLIVEIRA, *O acesso...*, e JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...* pp. 209 e ss.

⁽⁵⁸⁶⁾ Será falacioso querer responder com o respeito pela vontade de um adulto nas mesmas circunstâncias. A reacção excepcional em termos de autonomia é de aceitar como tributo da autodeterminação. Mas não poderá ser exigido ao médico que se reporte a uma bitola de normalidade, à sensatez do homem comum?

vante da vontade, como pode acontecer em situações já clássicas das convicções religiosas; e, simultaneamente, se possa configurar uma censura por ter ultrapassado a autonomia do menor quando, nas mesmas condições de conveniência para a saúde, a actuação recusada tiver o beneplácito dos representantes legais⁽⁵⁸⁷⁾.

O que quero aqui sublinhar não é tanto aquilatar se basta o consentimento dos representantes para determinar a legitimidade da intervenção do agente médico ou se a autonomia do menor pode ser eficaz para consentir numa lesão da sua esfera jurídica, quando esta lesão se referir a interesses de que possa dispor. Isso constitui uma matéria melindrosa, mas em relação à qual a decisão médica pode perfeitamente coincidir com o respeito pela vontade esclarecida do menor. Da mesma sorte, pressinto quanto o médico sofrerá inevitavelmente perante as dúvidas sobre a existência da maturidade do seu jovem paciente.

O problema é que, neste caso, perante a negativa, o agente médico não recebe, como acontece com o consentimento, uma colaboração do visado ou do seu representante, e o Direito não fornece um quadro rígido de actuações. Em suma: o médico será provavelmente investido na responsabilidade da decisão. E esta será tomada levando em consideração a prossecução dos melhores interesses do paciente. Uma opção solitária e sempre casuística.

Mas então, parece confirmar-se existir, ainda que ténue, uma diferença nas manifestações de vontade positiva e negativa. E não se prende apenas com a averiguação da capacidade do declarante, manifesta-se antes nas maiores cautelas que rodeiam a decisão negativa que ao médico se afigure como contrária aos interesses do paciente menor. Na verdade, dificilmente se censurará o médico que decida não atender ao dissentimento de um menor,

⁽⁵⁸⁷⁾ A questão colocou-se já perante a jurisprudência inglesa, aceitando-se que a decisão capaz de um menor — devendo ser respeitada se for afirmativa e se confrontar com o dissentimento paternal — poderá ser ultrapassada pelo consentimento paternal para uma intervenção médica, que aquele repudiou. Face aos valores em conflito e, sobretudo, à enorme responsabilidade depositada no agente médico, alguma doutrina recomenda para tais casos o suprimento judicial. A decisão a tomar deverá acatar os desejos do menor, tendo por pressuposto os seus *melhores interesses*. Cf. JOHN EEKELAAR, *White Coats or Flak Jackets?...* pp. 182-187. Idênticas dificuldades colho em DANIEL SERRÃO, cuja aceitação parece ficar restringida às decisões tomadas por menores com 16 anos ou mais, verificando-se discernimento e as matérias em causa não impliquem perigo de vida, exemplificando com uma decisão aceitável de um menor sobre a não utilização de um aparelho de correcção dentária (cf.: *Riscos...cit.*, p. 82). Sobre esta matéria, por todos, remeto para GUILHERME DE OLIVEIRA, *O acesso...cit.*, pp. 16 e ss..

quando entenda a actuação médica como decisiva e fundamental. Recordo que o agente médico deve proceder a uma aferição da maturidade do menor, para a qual não deixará de ponderar a justificação que este apresente para o dissentimento. Como atribuir discernimento ao declarante de uma justificação desequilibrada ou desajustada face aos efeitos em causa? Tenho consciência de que a resposta não será idêntica perante uma justificação similar proferida por um paciente maior e capaz... O que este raciocínio pode é, eventualmente, dissipar dúvidas perante a confirmação da similitude das premissas.

Num caso, porém, o dissentimento é tomado em conta independentemente da incapacidade do paciente que o manifeste, como vimos já: se houver oposição à experimentação que se pretenda prosseguir no incapaz (cf. art. 17.º, n.º 1, al. e) da CDHB). Mas este regime não revela igualmente a existência de um campo relativamente alargado, em que a eficácia a atribuir ao dissentimento convoca a protecção de bens jurídicos, como a saúde, que poderão colidir com a protecção da autonomia? Reclamando-se aquela protecção, acredito ser possível e desejável a compressão desta outra, salvaguardando os bens jurídicos fundamentais. E não se diga que ressuscito o paternalismo perante as dificuldades e o enterro logo que estas se esvanecem. A opinião dos intervenientes é contingente, mas deverá ser tomada em consideração pelo agente médico (cf. art. 6.º, n.º 2 e n.º 3, da CDHB). Neste mesmo preceito parece residir uma válvula de segurança que consiste em prever a possibilidade de a autorização dada pelos representantes dos pacientes incapazes, ou pelas autoridades em sua substituição, ser revogada quando se prossiga o «... interesse da pessoa em causa» (cf. o citado art. 6.º, n.º 5 da CDHB). Então porque não dar ao médico a possibilidade de recorrer igualmente à mesma autoridade em caso de dúvida sobre a maturidade da decisão do menor em dissentir?

Eis uma solução que não me desagrada integralmente. Bem sei que as opiniões médicas subjacentes podem ser rotuladas como de *quase peritagem*, e esta qualidade arrisca-se a influenciar a magistratura. Todavia, não é menos verdade que a perspectiva jurídica (acompanhada de uma fonte alargada de opiniões oriundas de outros quadrantes envolvidos) pode funcionar bem como um *fidel* equitativo que dite a superação das divergências entre a função beneficente da saúde (com riscos de paternalismo) e o precioso reduto da autonomia, pesadas, que sejam, as matizes do caso concreto.

Capítulo XI. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justificam restrições à liberdade e à autodeterminação.

Como aflorei já no tocante à matéria do *direito a não saber*, existem *terrenos* em que se constata uma (por vezes séria) *belicosidade* entre a *vontade* e a *saúde*. E para além desta *fragmentação*, outras circunstâncias se envolvem na *briga*: penso nas limitações individuais exigíveis aos próprios pacientes (na raia da contenção da sua própria esfera de personalidade); considero os direitos e os interesses de terceiros envolvidos (entre os quais os próprios agentes médicos), os interesses sociais que justifiquem a intervenção da Administração Pública no âmbito da prossecução da garantia constitucional da protecção da saúde (cf. art. 64.º da CRP) ou mesmo em outros âmbitos (no campo da Justiça, por exemplo: descoberta da verdade material).

As limitações imanentes ou as colisões entre direitos fundamentais exigem: uma avaliação permanente das *fronteiras* a traçar entre as compressões que os bens jurídicos subjacentes convoquem; e o apuramento da prevalência abstracta ou concreta dos valores individuais *versus* valores sociais ⁽⁵⁸⁸⁾.

Não cabe aqui pugnar por qualquer prévio posicionamento do intérprete (ou do legislador) na defesa prevalente, em princípio, de um dos *beligerantes* em desfavor do outro, isto é: se do ponto de vista constitucional se deverá qualificar como excepcional a intrusão na esfera individual, nos casos contados em que tal se ofereça absolutamente necessário e, conseqüentemente admissível; ou vice-versa. Não é a hierarquia que me interessa colocar em discussão, se bem que se trate de um tema que não posso deixar de indicar dever merecer uma cuidada atenção (e análise e debate), progressivamente premente perante: a *velocidade do tempo*; a *crise* que parece instalada no pós-modernismo; algumas teses *comunitaristas* emergentes, etc. O que tenho por certo e estendo à generalidade destes tipos de cruzamento de valores e de bens constitucionalmente protegidos é a constatação de Manuel da Costa Andrade: «De uma forma ou de outra, as decisões da pessoa 'irritam' o siste-

⁽⁵⁸⁸⁾ Sobre esta matéria não será de somenos indicar a consulta: da obra de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, 213 e ss.; das citadas anotações à *CRP Anotada* de Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (a que adicionamos agora as relativas aos arts. 24.º, pp. 222 e ss.; e 64.º, pp. 652 e ss.); de Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde...*, entre outros, cuja indicação bibliográfica decorre das *supra* citadas.

ma social e projectam sobre ele uma complexidade que este é chamado a reduzir, segundo legitimação e critérios próprios. *Brevitatis causa*, segundo uma lógica de autorreferência.»⁽⁵⁸⁹⁾. tanto me conduz a uma precisão de conceitos que ressalta exactamente da configuração autónoma do dissentimento: é que face aos tratamentos compulsivos, ou em termos mais gerais a intervenções arbitrárias, não é tanto a manifestação da vontade positiva (o consentimento) que fica colocada em crise, mas exactamente a desvalorização do dissentimento, da faculdade de repúdio ou de não adesão a uma intervenção ou constrição na esfera da liberdade ou da autonomia. Com efeito, o consentimento significa aqui apenas uma adesão voluntária (até ao limite do grau da autodeterminação existente) à compressão da vontade ditada, isto é, imposta em termos juridicamente certificáveis como válida. Só o dissentimento revela a crise aberta pelo embate dos valores constitucionais em causa, até caso a caso. Aquela manifestação de vontade torna-se, em regra⁽⁵⁹⁰⁾, irrelevante; pelo contrário, o dissentimento — mais não sirva — *inquire* a norma que o constrange.

O elenco dos tratamentos compulsivos e das intervenções arbitrárias é extenso e apresenta inúmeros aspectos controvertidos, pelo que previno sobre a incompletude do que se segue, tal como o desequilíbrio com que são cotejadas as respectivas matérias. Por tratamento compulsivo ou intervenção arbitrária da vontade do visado quero denominar o exercício potestativo da faculdade de actuação médica susceptível de ser invasiva da esfera físico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde, com o objectivo da protecção social da saúde, ou seja, de acautelar os interesses da colectividade, garantindo o direito fundamental à saúde, a nível colectivo e ou individual, em caso urgente; ou protegendo outro direito ou bem jurídico fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial proferida a coberto de legislação específica habilitante⁵⁹¹.

⁽⁵⁸⁹⁾ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 44.

⁽⁵⁹⁰⁾ Quero acautelar, mesmo em sede do consentimento, as eventuais sequelas da adesão a um ditame normativo que venha a ser reputado como ilegal ou a uma decisão que não encontre estribo na formulação legal aparentemente habilitante, que suscitem ulteriormente ao visado que a acatou a possibilidade de, sentindo-se lesado, reagir.

⁽⁵⁹¹⁾ Assim decanto a noção que avancei em o *Consentimento...*, pp. 290 e ss., tendo em mente o sentido e alcance da pertinente advertência — e recorrendo à expressão utilizada — de Paulo da MOTA PINTO na sua «declaração de voto», proferida no Ac. do TC n.º 228/2007, de 28/03 (Relatora: Maria Fernanda PALMA), cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt>. E aproveito para rectificar o que deixei explanado em

Aqui se incluem: os serviços de polícia sanitária para as vacinações e os rastreios; a despistagem de doenças infecto-contagiosas; os serviços que lu-

sede de testes para aferição de perfis de ADN (cf. o *Consentimento...*, pp. 326 e s.), aderindo à restrição — todavia com a divergência que antecede em que secundo Paulo da MOTA PINTO — que o Ac. TC *supra* citado (na sequência do *fundamentante* Ac. TC n.º 155/2007, de 02/03 (Relator: GIL GALVÃO) introduz na interpretação do preceituado no art. 172.º, n.º 1, do CPP, de onde se retira que a sujeição compulsiva a exame (colheita compulsiva de vestígios biológicos) carece de autorização do juiz competente; Ac. este último de onde retiro apenas a seguinte passagem (da longa e profunda fundamentação que merece toda a atenção), esclarecedora do que está em *jogo*: «Assim, admite-se que, em si mesmo, não existirá desproporcionalidade na utilização de tais meios invasivos» — colheita de saliva através de *zaragatoa* bucal — «do corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, como único meio para obtenção da prova em situações (tal qual a do presente caso) de extrema gravidade dos factos perpetrados, com base numa ponderação de todas as circunstâncias a efectuar por um juiz imparcial que não tem a seu cargo ou sob o seu domínio a investigação do processo, e sendo assegurado o controlo de todo o aproveitamento possível dos resultados de tal intervenção.» O sublinhado pertence-me. Os Ac. do TC em referência acabam por iniciar um processo de *solvência* das dúvidas suscitadas pela Jurisprudência do TRC (Acórdãos ali citados), que culminou com o Ac. TRC de 13/09/2006 (Relator: LUÍS DE ALMEIDA GODINHO, cf. <http://www.dgsi.pt>), cuja transcrição parcial pode igualmente ser encontrada em *RMP*, ano 27, n.º108, pp. 239 e ss. e que resultou assim corrigido. Devo sublinhar aqui o comentário crítico de Mário FERREIRA MONTE, cf. *ibid*, pp. 250-262, cuja argumentação não deve de todo ser desconsiderada, especialmente quando concebe que o próprio exame por *zaragatoa* «pode ocorrer mediante a utilização de força» e que todas estas diferenças podem e devem ser relevantes para a decisão a tomar, concluindo pela aludida necessidade — prevenida também por Paulo da MOTA PINTO, como disse já — da *prévia regulamentação*. Eis o plano distintivo (casuístico, é verdade), que me levou a considerar (em sede de testes para a detecção de álcool no âmbito das infracções rodoviárias) que, no estado corrente da legislação em vigor, a existência de soluções alternativas (*desobediência*, etc.) seriam suficientes para ultrapassar o que a lei parece não prever: o dissentimento efectivo, radical, ainda que ilegítimo e, até ilícito (cf. *O consentimento...*, pp. 328 e ss., neste aspecto — parece — secundadas por Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *CRP Anotada...*, I, p. 277). Pesam aqui, sempre, os ensinamentos de Guilherme de OLIVEIRA, *Implicações...* p. 328. E sendo certo que a ponderação dos valores e bens se altera muito significativamente perante os ilícitos em confronto, a verdade é ser inegável (para lá da justiça do caso concreto) que a obrigatoriedade dos exames e a sua efectivação compulsiva à custa da violação da integridade física constituem planos diferentes, a merecer este último uma competência legislativa para ser dirimido, com respeito pela proporcionalidade entre o exercício da força e o que a justifica. Bem compreendo a tentação da *descoberta a verdade material*, como entendendo a tentação que sofrerá o médico ou o cientista no decurso de uma actuação ou de uma investigação importantíssimas para o combate de uma doença ou uma descoberta singular... Mas a verdade é que os princípios fundamentais, quando fragmentados sob a premissa de uma *topoi* que os contradiga, não podem ser pulverizados, sem mais, sem o avisado e prévio império da Lei, à custa de inferências particulares não tipificadas. Subsiste sempre o perigo de revelarem, mais tarde, consequências chocantes, a jusante ou a montante, no edifício ético *codificante* do tecido social. Começamos por afirmar que a colheita de saliva é uma invasão insignificante da esfera físico-psíquica de uma pessoa e podemos acabar embasbacados perante uma queixada quebrada por um alicate cirúrgico... São as consequências da aludida «banalidade do mal» que impressionou tanto HANNAH ARENDT.

tam contra epidemias, os serviços para internamento e tratamento de doenças mentais (cf. Base XIX da LBS e art. 5.º do DL n.º 336/93, de 29/09 e, ainda, LSM: Lei n.º 36/98, de 24/07) ⁽⁵⁹²⁾. E devem ainda ser consideradas as medidas decorrentes da declaração do *estado de calamidade pública* (cf. art. 19.º, n.º 2, da CRP). E o mesmo se diga para os tratamentos em detidos, nos termos estritamente necessários a preservar os interesses do Estado quanto à vida, manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais, v.g. casos de greve de fome, auto-mutilação e de tentativa de suicídio ⁽⁵⁹³⁾; e para os exames médicos em medicina do trabalho (cf. art. 19.º do CT) ⁽⁵⁹⁴⁾ ou para a prática de actividades desportivas (cf. arts. 5.º e 7.º do DL. n.º 345/99, de 27/08).

Outros aspectos devem ainda ficar também meramente referenciados, se bem que suscitem, de igual sorte, controvérsia em fracções particulares de problemas que levantam os casos concretos em que são analisados: o tratamento coactivo para evitar a tentativa de suicídio, pelo menos a partir da inconsciência ⁽⁵⁹⁵⁾; os limites da eutanásia ⁽⁵⁹⁶⁾; as já afloradas intervenções de perícia no campo do direito processual, penal e no civil, determinadas por decisão judicial legalmente habilitada⁽⁵⁹⁷⁾; a também já abordada «solução de oposição» relativa à colheita de órgãos e de tecidos para fins de transplante (aqui a discussão exigiria um tratamento autónomo que relego para outra oportunidade); e o mesmo digo para os TV que possuam indicações negativas para prever a impossibilidade de manifestar a vontade face a quadros futuros previsíveis. Escreveu Guilherme de Oliveira em Janeiro de 2001: «Tenho para mim que o ‘consentimento informado’ vai ser uma dor de cabeça para os profissionais da saúde, nos próximos anos. Há muitas normas legais a falar dele e há pouca tradição de o praticar; os médicos sabem que têm de fazer alguma

⁽⁵⁹²⁾ Sobre este aspecto e ressuscitando questões conexas com alguma da matéria aflorada na nota anterior, cf. o comentário crítico de André PEREIRA ao Ac. TRP, de 06/02/2002 (Internamento compulsivo de doente tuberculoso), in *LM*, I, 1, 2004, onde se pode analisar igualmente os extractos relevantes do Aresto. Cf. ainda MARIA JOÃO ANTUNES, *O internamento...*

⁽⁵⁹³⁾ Cf.: COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, p. 408; Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar...*, pp. 101-128; e o que escrevi in *O Consentimento...*, pp. 304 e ss.

⁽⁵⁹⁴⁾ Cf. Carlos LOPES DO REGO, *Comentário ao Ac. TC n.º 368/02, 25/09*, e este aresto, in *RMP*, Ano 23, n.º 92, pp. 117 e ss.

⁽⁵⁹⁵⁾ Cf., por todos, André DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 508 e s.

⁽⁵⁹⁶⁾ ID, *ibid*, pp. 509 e ss. e Luísa NETO, *op cit*.

⁽⁵⁹⁷⁾ Para outros desenvolvimentos, cf. o que escrevi in *O Consentimento...*, pp. 324 e ss.

coisa, mas não sabem até que ponto as leis os obrigam; há doentes que querem exercer o direito de consentir e outros que o não querem. Os juristas também não estão habituados ao conceito. É certo que os instrumentos gerais lhes permitem saber, com relativa precisão, do que se trata; mas não é fácil ter uma noção precisa do que se pode exigir dos médicos na vida real da prática clínica.»⁽⁵⁹⁸⁾. A recusa revela-se uma pedra de toque que suscitará, eventualmente, as soluções para o *confronto* que vou pressentindo crescer, por força dos sucessivos pontos de fricção entre a *célula* individual do ser humano e a sua esfera de protecção com as esferas de protecção da sociedade e a intervenção, ao menos tutelar, do Estado.

XI. § 1.º: Quando o legislador (não?) ajuda: um esforço que não pode ser escondido

O desempenho técnico que usualmente se associa às *leges artis* significa poder exigir ao profissional de saúde que se mantenha *à tona* no que é o caldo de PON, de *guidelines*, de conhecimentos que o habilitam a exercer tecnicamente as suas funções. Neste sentido, não espantará que submeta a carreira a um escrutínio de aferição de que essas competências se encontram actualizadas. Eis o que sucede igualmente em muitas outras carreiras e que desemboca em processos de avaliação⁽⁵⁹⁹⁾. Actividades como a docência, a magistratura ou a advocacia são meros exemplos onde as estruturas de auto-regulação e ou de autotutela garantem máximos de autonomia e simultaneamente contribuem para promover a construção de uma rastreabilidade individual que certifique e incentive a necessária confiança no desempenho profissional. São ainda mecanismos preventivos: em rigor, classicamente, o reconhecimento profissional acabava por oferecer o *selo de garantia* em como a postura, os conhecimentos, a diligência, em suma, a qualidade individual, reduziria a verificação de riscos indesejados e, pelo contrário, facultaria o sucesso possível. A cada profissional se associava uma *aura* e uma *sombra* que ofereciam atracção ou retracção; admiração e rotas para os demais. Exis-

⁽⁵⁹⁸⁾ Cf. *op cit, supra*, na nota anterior: «Apresentação».

⁽⁵⁹⁹⁾ Já a burocratização metodológica que se aplicam em regra aos processos de avaliação merecem análise e aprofundamento que não cabe aqui aprofundar,

tiam *escolas* individuais: mentores. A massificação propende a prevenir. Muito bem ou menos bem, pouco importa.

O que me interessa aqui sublinhar, é que as *leges artis* deixaram de ser apenas o conjunto de conhecimentos técnicos disponíveis para um caso concreto: elas imiscuem-se com o caso concreto, e quando assim ocorre, outras componentes se associam.

Eu não pretendo que um cidadão possa prosseguir o seu percurso de aprendizagem com um tutor que dispensa o seu esforço pedagógico por um número excessivo de aprendizes em um número excessivo de horas de ensino. Eu não pretendo que um cidadão veja os seus interesses patrimoniais e os pessoais entregues à decisão de um magistrado que poderá dispensar-lhes vinte ou trinta minutos de esforço intelectual para ponderar e decidir individualmente a liberdade ou os cabedais de outrem. Finalmente, eu não pretendo que a um profissional de saúde se permita ou exija uma disponibilidade de tempo —ou se lhe faculte uma disponibilidade de gestão do tempo— que exponencie riscos de cansaço ou repetição. Submeter ou permitir que um profissional de saúde exceda o que cada profissional deverá ter como uma *taxa média máxima de esforço* adequada constitui um requisito mínimo de segurança que não pode deixar de ser levado em consideração.

Na condução rodoviária, os condutores dos transportes pesados de mercadorias encontram-se forçosamente delimitados quanto ao tempo de condução máxima contínua: possuem discos tacógrafos que medem o índice de esforço máximo associado a uma actividade que se pretende segura ⁽⁶⁰⁰⁾.

No tráfego aéreo, os pilotos e a tripulação possuem uma regulamentação específica destinada a assegurar a segurança das pessoas na respectiva assistência, incluindo o facto de estarem monitorizados os tempos máximos em

⁽⁶⁰⁰⁾ Cf. o Reg. CE n.º 3821/85, do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985 (aparelho de controlo no âmbito dos transportes rodoviários) e Reg. CE n.º 561/2006, de 15 de Março de 2006vParlamento Europeu e Conselho (harmonização das disposições em matéria social nos transportes rodoviários), onde, evidentemente, se contemplam regras e excepções (cf. art. 3.º), acessível in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32006R0561> e cf. ainda as Lei n.º 27/2012, de 30808 o DL n.º 117/2012, de 05/06 (transposição da Directiva n.º 2002/15/CE do PE e Conselho, de 11 de Março (organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem actividades móveis de transporte rodoviário).

que a segurança da viagem fica tendencialmente assegurada... E assim por diante, será desnecessário prosseguir o óbvio ⁽⁶⁰¹⁾.

Desconheço a existência de meras PON ou *guidelines* para este efeito, e encontro aqui ua urgente e absolutamente necessário levantamento — sobretudo no SNS— dos tempos individuais, da rastreabilidade individual do *índice de esforço* de cada profissional de saúde. O paciente não embarca em uma viagem menos perigosa do que um passageiro rodoviário ou aéreo quando penetra as paredes de uma instituição de saúde. Ulteriormente necessário será fixar *os máximos das taxas de esforço*.

Por seu turno, as instituições devem revelar com o mesmo rigor com que elaboram os panegíricos ou os rogatórios relatórios sobre as estatísticas que conseguem lograr atingir (seja para atrair elogios, seja para reclamar recursos), os índices em referência. Não será indiferente depositar *caução ao barqueiro* em instituição hospitalar onde não existam consultas prévias de anestesia ou onde os profissionais de saúde tenham semanas de trabalho com 50 e mais horas de trabalho ou em listas de intervenções que prossigam com a mesma equipa *sem mudança de lençóis*, etc.

Evidentemente que o que proponho assume um feixe de condutas e de responsabilidades que não são apenas fonte directa e imediata de responsabilidade, seja em termos individuais, seja em termos institucionais, como também uma fonte autónoma; tal como elemento com que o decisor, ou o juiz, faz uma livre apreciação sobre a influência de que esta violação das *leges artis* se mostre causa adequada.

Obstar-se-á com a drástica redução do tempo de serviços e com a impossibilidade de «erguer-os-braços» na cirurgia ao «toque-do-sino»... Não impugnarei especificadamente, «taco-a-taco», com exemplos de «dobras» ou com os incidentes de substituição que ocorrem no decurso das intervenções.

⁽⁶⁰¹⁾ Sem necessidade de grandes desenvolvimentos deixa apenas aqui referência a um exaustivo parecer do Conselho Consultivo da PGR (Relator ESTEVES REMÉDIO), sobre aviação civil; pessoal de voo, funções e segurança, com remissões para a legislação aplicável, etc.) votado por unanimidade em 16-12-2005, Parecer n.º P000932005 e com os seguintes descritores, acessível in
http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/o/c2918dd6d148427680257084004bc81b?OpenDocument#_ftn3, realçando apenas as significativas referências bibliográficas, indicação da legislação directa e indirectamente aplicável. Segue ainda uma menção quanto à concreta legislação relativa aos limites dos tempos de serviço de voo e de repouso para a tripulações da aviação civil, cf. Decreto-Lei n.º 139/2004, de 5 de Junho – «Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2000/79/CE, do Conselho, de 27 de Novembro.

Deixarei apenas uma menção para a necessidade de planificação e de «carpe diem» a que as profissões mais sofisticadas, e entre estas, as cujo desempenho assume maior risco e verificação de danos, especialmente os decorrentes de negligência, efeitos adversos, erros, etc. Muitos deles decorrentes da disseminação de pessoas e funções em um feixe de actuação que se focaliza em mais do que uma pessoa, como acontece na relação médica. Neste sentido, para pesar bem a distinção do que tenho pela frente, reproduzo os ensinamentos de André Dias Pereira:

«Também o Direito da reparação de danos pessoais, que abrange o direito rodoviário, o direito dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais, não abrange, com a subtilidade necessária a especificidade do Direito da Medicina. Trata-se de objetos de estudo jurídico que partem de um ponto de vista distinto. No Direito Médico, o paciente tem interesse na relação social e jurídica e o médico visa “cuidar” do doente e não o mero lucro económico. Numa palavra: o Direito da Medicina deve considerar o *plus* de solidariedade existencial que deve caracterizar a relação médico-paciente e que ultrapassa a mera primacial ontoantropológica relação de cuidado-perigo do direito dos acidentes rodoviários e laborais». ⁽⁶⁰²⁾

XI. § 1.º.1. A burocracia e os efeitos perniciosos da regulamentação: o caso exemplar do SIGIC

Afirmar que aos profissionais de saúde muito depressa lhes acenam com pagamentos «à peça», seduzindo-os para comportamentos utilitaristas que os aproximam de regimes análogos aos dos contratos de empreitada. Tratarei em seguida de elaborar uma análise sumária do Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia» (SIGIC), onde a redução das listas de espera de pacientes implica escalas e intervenções que em termos quantitativos e qualitativos deviam ser objecto de estudo para medição de «esforço», capacidade de resposta dos serviços, avaliação do incremento de riscos, cumprimento das *leges artis* e das *leges artis ad hoc*, etc. ⁽⁶⁰³⁾.

⁽⁶⁰²⁾ Cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e Responsabilidade médica...*, cit. p. 42, onde faz referência igualmente importante às reflexões que sobre Ética médica foram concebidas por José de FARIA COSTA, *Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica*, in RLJ, Coimbra, Ano 140, n.º 3965, (Novembro-Dezembro 2010), p. 70 ss.

⁽⁶⁰³⁾ O SIGIC foi criado em Junho de 2004, por uma Resolução de Conselho de Ministros (n.º 79/2004, in DR n.º 147, I-B, de 24/06), no seguimento de uma política de combate aos atrasos constatados em listas de espera que se mostrava inclemente para casos de emergência ou carências críticas de doentes (O Programa Especial de Combate às Listas de Espera cirúrgicas: PECLEC, cf. Res. CM n.º 100/2002, de 26/04, in DR, I, 25/05). O PECLEC, com

Procurarei situar-me no campo de que trato neste trabalho, confirmar a materialização do «objectivo» traçado sobre o «consentimento informado» na Resolução do CM n.º 79/2004 (*DR*, n.º 147, de 24/06, pp. 3846 e ss.), e que preceituava (cf. I, al. b)) : «*Envolver o utente de uma forma activa no processo de formalização do consentimento para a realização da cirurgia, cujos procedimentos deverão ser objecto de larga divulgação junto daqueles*». Mais tarde, pela Portaria n.º 45/2008, de 15/01 (*DR*, I, n.º 10, 15/01), o SIGIC passou a estar dotado de DAV, cf. Parte II, n.º 6:

«Para efeitos do disposto no presente Regulamento, dá-se o nome de «lista de inscritos para cirurgia» ao conjunto das inscrições dos utentes que aguardam a realização de uma intervenção cirúrgica, independentemente da necessidade de internamento ou do tipo de

carácter temporário (2 anos) foi tido como medida de êxito e permitiu ponderar a construção informática de um sistema para aferir, gerir e limitar os tempos entre a inscrição de um doente e a intervenção que lhe foi determinada. Este sistema (SIGLIC: sistema informático de apoio...) foi desenvolvido no âmbito do Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde (IGIF). O sistema visava a generalização a todas as instituições e a contratação com os sistemas de saúde de natureza não pública, associando-os nesse esforço nacional de «redução do tempo de espera admissível», cf. III|5 da Res. n.º 79/2004, de 24/06.. a partir daqui sucederam-se os despachos Ministeriais para a consecução do SGIC, designadamente o DespMS n.º 24 110/2004, in *DR*, II, de 23/11 (minuta tipo das convenções entre a ARS e sistemas e subsistemas do sector social e privado, incluindo serviços médicos, enfermagem, técnicos e hoteleiros), em um propósito ambicioso de investimento social, como o demonstra a cláusula 2.ª, n.º 2: « 2 — Os valores globais constantes do despacho compreendem todos os cuidados e serviços prestados desde a fase de preparação para a cirurgia até dois meses após a alta hospitalar sem que sejam identificadas complicações, nos termos do Regulamento do SIGIC, e inclui hotelaria, consumíveis, medicamentos, meios complementares de diagnóstico e terapêutica e tudo o mais que for necessário.». Acresce a título de curiosidade contratual que «a recusa de um procedimento cirúrgico disponibilizado pela entidade quando indevidamente injustificado» dava azo a uma «desconformidade grave», que, por seu turno, penalizava as «unidades» em «50% do valor total devido pelos cuidados prestados ao utente...», cf. cláusula 19.ª, n.º 1, al. b), da minuta convencional. O DespMS n.º 6263/2005, in *DR*, n.º 58, II, de 23/03 (admissibilidade de os hospitais recorrerem aos profissionais de saúde vinculados à instituição); até à Portaria n.º 45/2008, in *DR*, n.º 10, I, de 15/01 (que veio colocar em vigor um novo Regulamento, em que se reconhece a respectiva institucionalização, generalização e alargamento às entidades contratadas no âmbito do SNS, na sequência da Lei n.º 41/2007, de 24/08, que garante os «tempos máximos de espera a todos os seus beneficiários» e que se encontra já revogada pela LDDUS que introduziu uma uniformização nos conceitos de TME); Portaria n.º 1306/2008, in *DR*, n.º 219, I, de 11/11 8alarga o reg. do SIGIC às cirurgias de oftalmologia (catarratas) e consultas (introduz uma nova sigla HPD e os respectivos TME e prevê 30 000 cirurgias em um ano); Portaria n.º 1529/2008, in *DR*, n.º 249, I, de 26/12 (Fixa os tempos máximos garantidos TMRG para cuidados não urgentes e publica a CARTA DOS DIREITOS DE ACESSO AOS CUIDADOS DE SAÚDE PELOS UTENTES DO SERVIÇOS NACIONAL DE SAÚDE); Portaria n.º 271/2012, in *DR*, n.º 171, I, de 04/09 (Tabelas de preços revista em vista do programa «troika» de contenção financeira, alterando a portaria n.º 852/2009, 07/08); Portaria n.º 45/2008, in *DR*, n.º 10, I, de 15/01 (1.ª alteração ao programa contra a obesidade: portaria n.º 1454/2009, 29/12).

anestesia utilizada, proposta e validada por médicos especialistas num hospital do SNS ou numa instituição do sector privado ou do sector social que contratou com aquele Serviço a prestação de cuidados aos seus beneficiários e *para a realização da qual esses mesmos utentes já deram o seu consentimento expresso.*».

Explicando-se de seguida no n.º 7:

«Entende -se por «nota de consentimento» o documento que recolhe a concordância do utente com a proposta de intervenção cirúrgica e com a sua inscrição na LIC ⁽⁶⁰⁴⁾ e a aceitação do conjunto de normas do Regulamento do SIGIC que servirão de base para a gestão da proposta cirúrgica.».

A questão da DAV (consentimento antecipado) foi minuciosamente objecto de definição em matéria de «registos», cf. Parte II, n.º 23 a 27, sem prejuízo de ulterior «readmissão» e «reinscrição» ⁽⁶⁰⁵⁾. Esta antecipação prospectiva foi igualmente prevista no diploma em referência, cf. Parte V (procedimentos de gestão de inscritos...). Até à aprovação da portaria que estabeleça os tempos máximos de espera (TME), os níveis de prioridade são os estabelecidos, em princípio, pelos níveis aludidos no n.º 74, que vão desde o nível 4: 72 horas ou o período de internamento até ao nível 1.: nove meses, sempre que seja admissível o TME, dependendo as dilações (5 a 15 dias) por via da gestão mais eficiente do funcionamento do bloco, cf. n.º 75. A partir daqui, o legislador entra em um emaranhado de fundamentos e justificações para protelamen-

⁽⁶⁰⁴⁾ LICir — Lista de Inscritos em Cirurgia.

⁽⁶⁰⁵⁾ «23 — Dá -se o nome de «registo provisório» ao registo de um utente na LIC que se encontra ainda por validar ou *não foi ainda objecto de consentimento por escrito.* / 24 — Dá -se o nome de «registo activo» ao registo de um utente na LIC, provisoriamente inscrito, após validação da proposta cirúrgica e *obtenção do seu consentimento escrito*, que não se encontra pendente ou suspenso administrativamente. / 25 — Entende -se por «registo cancelado» a anulação do registo de um utente na LIC determinado por motivos supervenientes à inscrição, clínicos ou outros, que impedem a realização da cirurgia. / 26 — Entende -se por «registo pendente» uma alteração temporária do registo de um utente na LIC que, a seu pedido, fundado em motivo plausível, ou a pedido do médico proponente da cirurgia, decorrente de uma situação clínica que o impede temporariamente de ser operado, *fica pendente por um período definido de tempo, findo o qual é novamente activado, mantendo - se o interesse do utente em submeter -se a uma intervenção cirúrgica no hospital.* / 27 — Um «registo suspenso administrativamente» é uma alteração temporária do registo de um utente na LIC, decorrente de problemas técnicos ou de insuficiência de informação, por um período máximo de 5 dias úteis consecutivos ou 10 dias úteis interpolados, que o impede de ser movimentado, mas não interrompe a contagem do tempo de espera. / 28 — Uma «readmissão» consiste na reincorporação em LIC de um utente indevidamente cancelado, relevando o tempo já decorrido para efeito de contagem de tempo de espera. / 29 — Uma «reinscrição» consiste no recomeço, a partir de zero, da contagem do tempo de espera para um dado utente que a seu pedido, mantendo - se a indicação cirúrgica, é inscrito de novo na LIC.»

tos, cheques-cirúrgicos, transferências, procedimentos burocráticos, reinscrições, agendamentos e reagendamentos, de acordo com as intervenções possíveis das orgânicas e modelos regulamentares e de procedimentos que envolvem um sistema simplificado para assegurar os TME, com ou sem renovação dos MCDT, assim os HO e os HD estejam em sintonia para que os serviços da ACSS, por via do seu CA, assegurem o cumprimento do MGIC, via os competentes serviços do CA da UCGIC que tutelar a hierarquia das URGIC e UHGIC, que, por sorte de um bom funcionamento do SIGLIC fará com que o SIGIC atalhe as LIC. UF! Se porventura o TME for ultrapassado no HO o doente é transferido (cf. n.º 89) ou não (cf. n.º 91 e ss.), tendo sempre a hipótese de requerer (3 vezes) a pendência de inscrição em LIC até um período total de tempo equivalente à prioridade para que foi classificado. Caso contrário, terá sempre o respeito do seu «consentimento expresso» ou garantindo-lhe a sua «recusa», caso este último em que terá de o fazer por escrito e sair do «sistema» LIC (cf. Parte VI, n.º 139); os outros motivos encontram-se previstos na Parte VI, n.º 136:

«Os motivos de saída do utente da LIC são os seguintes: a) Realização da cirurgia; / b) Perda de indicação para cirurgia; / c) Desistência; / d) Incumprimento das normas do Regulamento do SI-GIC; / e) Pendência da inscrição, a pedido do utente, por um período total de tempo superior ao tempo máximo de espera garantido; / f) Óbito.»

Retomando uma permanência em LIC, e avançando já até à proposta de cirurgia, esta (cf. Parte V, n.º 62 e ss.) respeitará os formalismos do SIGLIC e será preenchida pelo «médico proponente» com «ao menos a seguinte informação»:

«a) Identificação completa do utente; / b) Identificação dos diagnósticos pré-operatório, principal, secundário e associado e respectiva nomenclatura; / c) Identificação das patologias ou problemas associados devidamente especificados; / d) Identificação da cirurgia proposta e respectiva nomenclatura; / e) Indicação do nível de prioridade, fundamentado de acordo com o MGIC; / f) Identificação das necessidades de suporte perioperatório.»

E segue, encaminhada «pelo médico que realizou o atendimento» para o «responsável pelo serviço cirúrgico» e para o «utente», cf. n.º 63. Por via enunciativa, retiro que a mesma deverá chegar ao utente com uma «nota de consentimento», cujo teor me deixa muitas dúvidas sobre se destina a aprovar todo o processado incluindo os actos médico e medicamentosos além de, obviamente, «aprovar o registo informático». Rezam os §§ em causa o seguinte:

«64 — A nota de consentimento visa esclarecer o utente sobre os seus direitos e deveres e recolher a sua aprovação relativamente ao registo informático da proposta de intervenção cirúrgica e o seu compromisso pelo cumprimento das normas do Regulamento do SIGIC. / 65 — A nota de consentimento não dispensa a entrega de outras declarações exigidas para a realização de uma intervenção cirúrgica, nos termos da lei em vigor. / 66 — A nota de consentimento é obrigatoriamente assinada pelo utente que, se não puder assinar, se *pode fazer substituir por representante legal*. / 67 — Quando o consentimento por escrito for dado em momento posterior ao da proposta cirúrgica, a nota de consentimento é entregue na UHGIC do hospital onde foi feito o atendimento, no prazo de 2, 5 ou 10 dias a contar da inscrição provisória na LIC, consoante se trate de utentes classificados respectivamente nos níveis 3, 2 e 1, de acordo com o n.º 74 deste Regulamento.»

Fico com receios sobre o mecanismo de esclarecimento, além do burocrático, que este emaranhado regulamentar pressupõe, mas resta-me ainda sublinhar que, nos aludidos prazos de 2, 5 ou 10 dias, prazos estes mais dilatados consoante a menor urgência da intervenção, verificar-se-á uma certificação do «responsável do serviço cirúrgico» da conformidade da cirurgia proposta com as *leges artis* ⁽⁶⁰⁶⁾, e verificando-se divergência de opinião:

«69 — Caso o responsável do serviço cirúrgico conclua que a cirurgia proposta não está conforme nos termos do número anterior, deverá fazer constar essa indicação no campo do documento destinado para o efeito e comunicar essa decisão ao médico proponente que, no prazo de dois dias, convoca o utente para consulta para redefinição de orientação terapêutica.»

A expressa indicação regulamentar que afasta o médico responsável do contacto directo com o paciente contempla ainda uma «redefinição de orientação terapêutica» que terá de contemplar —por interposta pessoa tecnicamente hierarquizada e subalternizada— a satisfação de um consentimento esclarecido sobre a índole, alcance, alternativas possíveis, sob pena de «sair do sistema». Com efeito.

«70 — A falta de entrega da nota do consentimento ou a sua entrega extemporânea, assim como a não validação pelo responsável de serviço da proposta cirúrgica determinam o cancelamento do registo provisório do utente na LIC. 71 — O registo do utente na LIC pressupõe uma proposta de cirurgia validada e consentida nos termos deste Regulamento e é

⁽⁶⁰⁶⁾ Registo a letra da lei: § «68 — O responsável pelo serviço cirúrgico deverá, nos prazos referidos no número anterior, conferir se a cirurgia proposta está de acordo com a *legis artis* e com a orientação do serviço, e, em caso afirmativo, validar a indicação de cirurgia por assinatura electrónica autenticada ou através da aposição da sua assinatura em documento que entrega na UHGIC.». O sublinhado pertence-me e sem prejuízo de retomar a questão creio que o procedimento demonstra que o «responsável» não possui nenhum contacto com o paciente.

activado pela UHGIC quando é emitido o certificado de inscrição que é enviado ao utente nos prazos referidos no n.º 67.»

De toda a sorte, existem entre os deveres do paciente, cf. Parte II:

«45 — Os utentes, para efeito do disposto no presente Regulamento, estão obrigados ao cumprimento dos seguintes deveres: a) Formalizar o seu consentimento por escrito para a inscrição em LIC, de acordo com uma proposta cirúrgica e aceitar as normas do presente Regulamento».

Determinações *normativas* cuja *economia* parece estar em flagrante e frontal violação dos mais elementares princípios consignados em normas hierarquicamente superiores: sobre a dignidade, sobre a garantia da autonomia e da autodeterminação esclarecida... tudo em uma *linha recta* até aos preceitos constitucionais e normas internacionais vigentes, cujo elenco seria fastidioso e espúrio esmiuçar.

Sem grande rigor, o legislador colocou no SNS, por via desta portaria, um regime de excepção (privilégio) terapêutico altamente burocratizado, com custos directos e indirectos que a mais elementar curiosidade gostaria de apurar e sem uma expressa regulação sobre o cerceamento dos limites temporais das prestações por técnico, das delimitações dos riscos de efeitos adversos directos ou colaterais, etc.

O utente poderá reclamar. Tanto está no elenco dos seus direitos, cf. Parte III:

« **Direitos e deveres dos utentes** 44 — Para efeitos do disposto no presente Regulamento, são reconhecidos aos utentes os seguintes direitos:

a) Obter um certificado comprovativo da sua inscrição em LIC; / b) Invocar motivo plausível para a não comparência à cirurgia ou às consultas, exames e tratamentos associados ao procedimento cirúrgico proposto, para os quais tenha sido convocado; / c) Dispor de uma garantia de tratamento dentro do tempo máximo de espera garantido por nível de prioridade, por patologia ou por grupo de patologias; / d) Aceder a todo o tempo junto da unidade hospitalar de gestão de inscritos para cirurgia (UHGIC) do seu hospital e a seu pedido aos dados que lhe respeitem registados na LIC, nomeadamente o nível de prioridade que lhe foi atribuído e o seu posicionamento relativo na prioridade atribuída; / e) Escolher, quando haja lugar a transferência, de entre os hospitais indicados para a realização daquela cirurgia; / f) Recusar a transferência do seu hospital para outros hospitais para realização da cirurgia de que carece; / g) Requerer até ao máximo de três vezes a pendência da sua inscrição na LIC, invocando motivo plausível, por um período total de tempo inferior ao tempo máximo de espera garantido / h) Requerer por escrito a sua saída da LIC; / i) Apresentar reclamação escrita sempre que se verifique alguma irregularidade em alguma das fases do processo.»

Em matéria de autodeterminação, para os direitos, sublinho a recusa de transferência hospitalar prevista na al. f), seguida do eufemístico requerimento escrito para «a saída da LIC.». O regime de reclamação administrativo privativo do «sistema» resulta do preceituado no n.º 46 e merece igualmente transcrição:

«46 — A reclamação prevista na alínea i) do n.º 44 deve conter a identificação completa do utente e do seu processo, bem como a exposição clara da situação verificada e ser entregue, no prazo de 20 dias úteis sobre a ocorrência ou o seu conhecimento, à Unidade Central de Gestão de Inscritos para Cirurgia ou à Unidade Regional de Gestão de Inscritos para Cirurgia da respectiva Administração Regional de Saúde que remeterá cópia à primeira.»

É com surpresa que vislumbro na norma sobre deveres do paciente, como já referi, a concretização da autodeterminação, exactamente em um exemplo da consagração legal da medicina receosa (defensiva), a saber:

«45 — Os utentes, para efeito do disposto no presente Regulamento, estão obrigados ao cumprimento dos seguintes deveres:

a) **Formalizar o seu consentimento por escrito para a inscrição em LIC, de acordo com uma proposta cirúrgica e aceitar as normas do presente Regulamento;** / b) Manter actualizados os dados constantes do seu registo na LIC, informando a UHGIC do seu hospital das alterações de quaisquer elementos que constam do seu processo, designadamente dos contactos pessoais (residência, telefone, correio electrónico); / c) Comparecer na data marcada para a realização da cirurgia e aos actos que lhe estão associados e para os quais seja convocado, nomeadamente consultas, exames e tratamentos; / d) Informar a UHGIC do seu hospital, se possível antecipadamente, de qualquer situação que impossibilite ou determine o adiamento da realização da intervenção cirúrgica ou dos actos referidos na alínea anterior e justificar a sua ausência nos termos deste Regulamento.»

Eis consignado um dever do paciente em prestar o consentimento, por escrito, independentemente de estar informado ou esclarecido, sob pena de não se concretizar o seu acesso a um sistema nacional que se encontra institucionalizado para viabilizar a prestação de cirurgias reputadas submetidas a tempos máximos de resposta garantidos (TMRG).

O SNS no âmbito desta cobertura parece incluir nas respectivas tabelas de preços e contratualização com entidades hospitalares de natureza pública, mista e particular a facturação de intervenções com indicação terapêutica reduzida (cosmética?) ou (in)existente ⁽⁶⁰⁷⁾, como sejam a esterilização mas-

⁽⁶⁰⁷⁾ Refiro-me a uma perspectiva médica pura face aos interesses físico-psíquicos do paciente, para quem a intervenção se afigura como preenchimento de um desequilíbrio ou melhoria das suas condições de vida.

culina e feminina, a cirurgia à obesidade (estética?) ou intervenções mamárias sem indicação de doença, entre outros exemplos (cf. Portaria n.º 271/2012, in *DR*, n.º 171, I, de 04/09: Tabelas de preços revista em vista do programa «troika» de contenção financeira, art. 7.º, n.º 4, eventualmente mais prótese, n.º 15; e art. 8.º, n.º 1).

Todavia, tanto significará evidentemente uma indicação médica, cuja natureza será seguramente terapêutica.

XI. § 1.º.2. Uma excepção: o regime de «Cirurgia Segura Salva Vidas»

No âmbito do SIGIC e generalizado a todos os blocos operatórios do SNS existe uma *Norma* DGS n.º 02/2013, de 12 de Fevereiro de 2013, actualizada em 25 de Junho de 2013 que visa estabelecer um conjunto de procedimentos tidos por essenciais para reduzir os elevados riscos de verificação de «complicações cirúrgicas» e da respectiva contribuição para indesejados índices de mortalidade. Trata-se da constatação da necessidade de inserir mecanismos de reciprocidade na certificação dos procedimentos na equipa cirúrgica, entre os quais a aplicação do índice de Apgar Cirúrgico ⁽⁶⁰⁸⁾, e que são actualmente

⁽⁶⁰⁸⁾A Norma DGS n.º 02/2013 pode ser consultada in <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=oCCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.dgs.pt%2Fdirectrizes-da-dgs%2Fnormas-e-circulares-normativas%2Fnorma-n-0022013-de-12022013-atualizada-a-25062013-jpg.aspx&ei=TynXU9eiJYiQoAXapYCoCO&usg=AFQjCNGXk2W-oYQe3ZVSH-W52akfxB7Ngg&sig2=C8zJXVKf4KAvHZVCPyYXDO> e veio revogar a Circular n.º 16/DQS/DQCO, de 22 de Junho de 2010 pode ser acedida in https://www.google.pt/?gws_rd=ssl#q=indice+de+apgar+dgs. O índice de Apgar (Virgínia Apgar) foi inicialmente concebido para avaliar cinco sinais vitais aos recém-nascidos com o escopo de avaliar as condições de saúde destes, criando uma escala simples de pontuação que acompanha e sinaliza o paciente. O índice de Apgar Cirúrgico resulta desta fonte inspiradora que se generalizou (cf. Anexo II da norma DGS 02/2013) e reconduz-se ao seguinte:

. O ÍNDICE DE APGAR CIRÚRGICO

Cálculo do "Índice de Apgar cirúrgico", com avaliações intra-operatórias de perda de sangue estimada, da menor frequência cardíaca e da menor tensão arterial média. A pontuação é a soma dos pontos em cada categoria.

	o pontos*	1 ponto	2 pontos	3 pontos	4 pontos
Estimativa de perda de sangue (mL) a	> 1000	601-1000	101-600	≤100	

obrigatórios em todos os blocos operatórios nacionais do SNS. Assim integrou-se definitivamente na *leges artis ad hoc* para as cirurgias o registo informático do prévio cumprimento da «Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica» (609). Esta certificação recíproca decorre em três momentos e pela inserção informática das respostas a três questionários simplificados (610), a

Menor tensão arterial média (mm Hg) b,c	< 40	40-54	55-69	≥70	
Menor frequência cardíaca (batimentos por minuto) b,d	> 85*	76-85	66-75	56-65	≤55*

*A ocorrência de bradiarritmias patológicas, incluindo paragem sinusal, bloqueio ou dissociação auriculoventricular, ritmos juncionais ou ventriculares e a assistolia também dá o pontos para a menor frequência cardíaca.

609 De acordo com a norma em questão: «I – NORMA 1. A implementação do projeto “Cirurgia Segura, Salva Vidas” de acordo com o manual “Orientações da OMS para a cirurgia segura 2009” publicado no sítio desta Direção-Geral é obrigatório em todos os blocos operatórios do Serviço Nacional de Saúde e das entidades com ele contratadas, sendo considerado o padrão mínimo de qualidade clínica. 2. Em todas as cirurgias deve proceder-se ao registo da utilização da “Lista de Verificação da Segurança Cirúrgica” e do Apgar Cirúrgico nos sistemas de informação locais, que tenham interface com a Plataforma de Dados da Saúde (PDS) ou diretamente na própria PDS. 3. Todas as organizações hospitalares devem, no final de cada semestre, enviar ao Departamento da Qualidade na Saúde, a monitorização do nível de implementação do projeto, de acordo com formulário, disponível no sítio desta Direção-Geral. 4. A presente Norma revoga a Circular Normativa nº N.º. 16/DQS/DQCO, de 22/06/2010.

II – CRITÉRIOS A. A Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica e o Índice de Apgar Cirúrgico (ANEXOS I e II), bem como o Manual de Implementação da Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica da OMS e as Orientações da OMS para a Cirurgia Segura 2009, disponibilizados no sítio da DGS (www.dgs.pt), fazem parte integrante desta Norma, e devem ser considerados como referenciais para a implementação do projeto “Cirurgia Segura, Salva Vidas”. B. A implementação do projeto “Cirurgia Segura, Salva Vidas” deve ter em conta o desenvolvimento de estratégias de dinamização e melhoria do trabalho em equipa, com uma ênfase primordial na comunicação interprofissional, das equipas cirúrgicas. C. Todas as organizações hospitalares, através da sua estrutura de garantia e monitorização da Qualidade, devem garantir a adequada implementação do projeto de acordo com a Orientação nº 030/2011 de 31/08/2011, bem como a realização de auditorias internas de acompanhamento e avaliação.

III - AVALIAÇÃO A. A avaliação da implementação da presente Norma é contínua e executada através de processos de auditoria interna e externa. B. A efetividade da implementação da presente Norma e a emissão de diretivas e instruções para o seu cumprimento é da responsabilidade das direções clínicas dos hospitais. (...)»

610 Cf. Anexo I à norma em referência, p. 6.

saber: antes da cirurgia, na «presença ao menos do enfermeiro e do anestesista» se «o doente confirmou a sua identidade, o local, o procedimento e deu consentimento». ⁽⁶¹¹⁾

É com natural aplauso que confirmo que o consentimento, mercê desta norma procedimental de natureza administrativa, foi reconhecida e passou inequivocamente a integrar no campo *regulamentar* cirúrgico a integração das *leges artis ad hoc*, melhor: não apenas um consentimento, mas uma certificação de que o mesmo foi aflorado em termos suficientes exactamente em um *ambiente* em que a imediação entre o paciente e cada um dos intervenientes da equipa médica operatória estão presentes e têm, conhecimento *de viva voz* e assistem directamente ao respectivo registo.

XI. § 1.º.3. A afirmação dos procedimentos no sentido de uma plenitude da aplicação do consentimento: Um futuro breve

A análise dos procedimentos em referência na norma DGS n.º 02/2013 — com óbvios graus de simplificação— através das plataformas informáticas, devem passar em curto prazo a incluir a confirmação da existência de DAV|PCS pelo que, desse momento em diante, nas salas de cirurgia de Portugal (dando-se cumprimento ao Manuel OMS correspondente) pode-se afirmar uma consolidação concreta e pragmática da autonomia do paciente, plenamente garantida e certificada tão logo a DAV|PCS seja inserido no sistema. Com efeito, a confirmação pela negativa de existência ou inexistência de uma DAV trará o que é pragmaticamente possível aspirar, ou seja, ter sido dado cumprimento aos deveres de prestação de informação e de esclarecimento e obtenção da anuição (confirmatória ou revogatória).

Faltam ainda mais dois pormenores:

O primeiro é que esta norma significará uma natural desnecessidade — fora dos casos em que o período de maturação se revele de molde a exigir especial atenção— da prestação do consentimento em papel, reduzindo a respectiva burocratização. Por seu turno, mesmo para as intervenções mais delicadas, objecto de legislação avulsa: PMA; Genoma; CVG (IVG); Transplantes; Investigação Clínica, etc. reabre-se a possibilidade de uniformizar

⁶¹¹ O sublinhado pertence-me.

em matéria da autodeterminação e do processo clínico a construção de uma legislação de protecção da esfera do paciente que viabilize igualmente a inserção de um regime uniformizado de responsabilidade civil com a eventual *ressarcibilidade* dos danos não subjectivados em culpa do agente médico (deixando esta negligência para direito de regresso e para as esferas criminais e disciplinares aplicáveis): regime *no-fault* já avançado pelo ensino de Guilherme de Oliveira e André Dias Pereira.

O segundo, será o de dar o *pequeno passo de gigante* para a generalização da «aplicação informática» para todas as intervenções de saúde invasivas. Sucede que este mecanismo possui a enorme virtude de registar temporalmente —e de forma inequívoca— os sucessivos passos dados no decurso da interacção entre os vários profissionais de saúde envolvidos e o paciente. Neste sentido, à luz do «estado da arte» constitui o melhor «espelho» para a inserção e prática de um «manual de procedimentos» técnicos «da esfera do exercício da medicina» para que seja possível aceder à esfera físico-psíquica ambiental de um ser humano e aí deixar fluir um discurso que têm necessariamente de passar a ser o quotidiano da *vida* da medicina.

XI. § 1.º.4. O papel diferenciador da recusa: a prova dos nove

À simplicidade está muitas vezes reservado um papel essencial no panorama do correcto funcionamento do(s) sistema(s). Concretizado e ampliado o que antecede, após três anos de «teste», fica agora à disponibilidade do paciente colocar uma garantia suplementar para o caso de se reservar um cepticismo contra a «confiança» que lhe é oferecida pelo «sistema».

A elaboração de uma DAV terá o condão de permitir promover na «Lista de Verificação de Segurança... Cirúrgica» (que, espero, se generalizará às intervenções invasivas) a confirmação da conformidade dos procedimentos com as informações obtidas e com as manifestações de vontade proferidas. É óbvio que os procedimentos se podem burocratizar e as «teses da conspiração» persistirem em nublar os cépticos mais *pirrónicos* ⁽⁶¹²⁾ de sorte a se

⁽⁶¹²⁾ Refiro-me a PIRRO de Eleia (Élis ou Élida), o pensador grego a quem se atribui as raízes do cepticismo, admirado por Voltaire, terá vivido entre 365-275 a.C., dando solução aos paroxismos inevitáveis dos exageros pugna pela ataraxia (despreocupação) e, curiosamente mas não por acaso— o cito aqui, já que a sua *épogé* é reinventada por um pensador actual a que fiz menção no presente trabalho: Peter SLOTERDJICK (cf. *Muerte Aparente el Pensar... cit*,

avançarem hipóteses em que a autonomia e respectivos procedimentos são contornados... Mas esses são os receios que a *confiança* deve e pode afastar e o procedimento dos «três passos» previstos se adequa a sublimar, através de meras confirmações no registo informático do processo clínico do paciente a saber (concentrando-me no requisito do consentimento nas *leges artis ad hoc* para o procedimento clínico cirúrgico:

Passo I: Antes da indução da anestesia (na presença ao menos do anestesista e enfermeiro) com a certificação de consentimento e confirmação de informação que permite aferir «a orientação» e discernimento do paciente (identidade e procedimentos);

Passo II: Antes de incisão (na presença de toda a equipa): Confirmação da identificação (e no futuro: de eventual DAV?), antecipação de eventos críticos; e

Passo III: Antes da saída do paciente (na presença do cirurgião, anestesista e enfermeiro): para além das contagens de equipamentos o registo de que existe (ou não) «informação relevante a transmitir à equipa de recobro e as principais preocupações/necessidades do doente).

Em rigor, se estes «passos» se tornaram obrigatórios para as cirurgias em vista da despistagem de factores de morbilidade, então, por maioria de razão se devem impor onde se verifiquem análogos riscos de eventos adversos de morbilidade, i.e., nas demais actuações invasivas onde o registo informático facilmente será ampliado.

XI. § 1.º.4.1. Os resultados

De todo o modo, da mesma forma que a epistemologia exercita nos dias que correm as *teorias dos jogos*, mediante os quais se afirmam testar as consistências e as fragilidades das *topói*, muita da tarefas e justificações legislativas assentam nos *relatórios de contabilidade: as teorias dos números*. O mais recente relatório do SIGIC oferece a indicação de que o sistema de que venho tratando, tem determinado uma redução das listas de espera e um aumento significativo do número de cirurgias, com excepções, como é o caso do can-

passim). Sobre Pirro de Eleia (ou Elis), cf. Denis HUISMAN e André VERGUÉZ (org.): *Historia de los Filósofos* (trad. Carmen García Trevijano), Tecnos ed., 2.ª ed. 2007 (ISBN 978-84-309-4616-7), pp.75-81, com indicação bibliográfica para desenvolvimento.

cro, que se sinalizam para correcção ⁽⁶¹³⁾. Creio que seria fundamental encontrar o *grau de esforço* em tempo disponibilizado por profissional de saúde que consta do SNS para a totalidade das suas tarefas. Por esta linha de investigação seria possível encontrar dados importantes para aferir a possibilidade de incidência de erro por *cansaço* e a interactividade informacional (terapêutica e de autodeterminação) entre os profissionais de saúde e os pacientes.

⁽⁶¹³⁾ O relatório relativamente a 2013, publicado em Junho de 2014, recebeu a seguinte síntese da qual expurgo alguns aspectos que se me oferecem desajustados nesta nota: «O relatório síntese do (...) SIGIC relativo ao ano de 2013 (...) revela que, até Dezembro, foram operados 544.377 doentes, mais 1,9% que no ano anterior./ O número de doentes com cancro operados num ano, em todo o universo de prestadores (públicos, privados e protocolados), foi (...): 44.264 doentes (+6,1% face ao ano anterior). Apesar dos números (...) que caracterizam o aumento de actividade, o tempo de espera para cirurgias com cancro aumentou, o que reforça a necessidade de prevenir o aparecimento destas doenças, continuar a melhorar a articulação entre os cuidados de saúde primários e a intervenção hospitalar, e encetar novas medidas para aumentar a resposta do SNS face à estimativa de aumento da incidência deste flagelo./ No total das patologias com intervenção cirúrgica, verificou-se um aumento de 3,2% nas entradas em (LIC) e do número de inscritos para cirurgia em 5,6% face ao ano anterior. No final de 2013, a mediana de tempo de espera atingiu os 2,8 meses (-4,5% face a 2013 —*a gralha deve respeitar a 2012*—), o tempo de espera mais reduzido de sempre no SNS. Em termos da percentagem de inscritos que ultrapassaram o Tempo Máximo de Resposta Garantida (TMRG), o valor atingido no final de 2013 foi de 12,8%, também o mais baixo resultado de sempre no SNS». O texto *supra* e o relatório podem ser consultados e analisados em: <http://www.acss.min-saude.pt/artigo/tabid/98/xmmid/896/xmid/6564/xmview/2/Default.aspx>. Os indicadores cruzados permitem comparar os anos entre 2006 e 2013 e mostram que a síntese omitiu a componente de utentes inscrito LIC e a inflexão de TMRG em 2011 e 2013, pelo que talvez a comparação de melhoria deva ser feita em relação ao ano de 2010 (entendendo até a moratória da crise). A pp. 18 e ss., encontro os valores por operados nos HD nos hospitais das várias regiões e se cruzar esses valores com o total mais de meio milhão das intervenções cirúrgicas e ponderar a incidência das benignas (p. 13), tenho a possibilidade de especular em termos de resultados de medicina defensiva, mas não encontro a fórmula que me permite ponderar o grau de esforço dos profissionais de saúde. Em suma, *leituras*.

Capítulo XII Teste da Recusa

XII. § 1.º: A exceção terapêutica e as intervenções compulsivas: o teste da recusa.

O princípio da autonomia não se coloca —ou fica prejudicado— e, portanto, fica completamente comprometida a viabilidade da satisfação dos seus requisitos de informação, compreensão e de decisão esclarecida perante casos excepcionais de *emergência*. Estes casos podem decorrer das condições físico-psíquicas do paciente: quando seja incapaz, quando esteja inconsciente, quando a verdade lhe possa ser prejudicial; ou, ainda, verificando-se imperativos de ordem social que determinem actuações compulsivas. Tratam-se sempre de justificações que se prendem com a alteridade beneficente e ou com a solidariedade social.

Mas uma análise mais atenta do que, nestes casos, fica verdadeiramente colocado em crise é a possibilidade de exercer uma recusa (ou uma revogação ulterior a um consentimento) relevante. E assim é porque não existe proposta para intervenção, ou esta, em rigor, não é uma proposta mas uma imposição, seja beneficente pelo decurso de uma presunção que decorre de um dever de auxílio ⁽⁶¹⁴⁾, seja pela tipificação legal de uma solidariedade social com *manu militari*.

Pode efectivamente acontecer que as excepções em crise se mostrem meramente parciais, viabilizando a convivência gradativa de informações totais ou parciais sem decisão, ou decisões partilhadas ou consensualizadas, de acordo com a lei. Contudo, em termos absolutos e em suma, existe apenas um consentimento hipotético —conjecturado e levado a cabo por outrem— ou podem existir medidas radicais de actuação perante pressupostos legais ⁽⁶¹⁵⁾. Restará apurar face a cada caso concreto se a previsão se destina a informações se a manifestações de vontade, se a ambas e se correspondentemente, se revelam totais ou parciais.

O primeiro grupo de casos de excepções (condições físico psíquicas do próprio), pode ser exemplificado com recurso ao preceituado nas duas als. do n.º 2 do art. 156.º do CP; a saber: pode ultrapassar-se a ausência de uma ma-

⁽⁶¹⁴⁾ Cf. arts. 200.º, n.º 1 (omissão de auxílio) e 284.º (recusa de médico) do CP.

⁽⁶¹⁵⁾ Cf. APPELBAUM *et al.*, *op. cit.*, pp. 66 e ss.

nifestação de consentimento (o quadro tipicamente delineado permanece ilícito, mas deixa de ser punível) quando este:

«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;».

Verifico aqui um *terreno* onde o legislador traça requisitos reputáveis a um rumo conducente a uma solução favorável, hipoteticamente considerada. O consentimento hipotético. Todavia, antes de penetrar nessa razoabilidade comumente desejável e aceitável em termos exógenos existe algo mais: um pressuposto. O legislador coloca no âmbito do Direito Penal —mesmo preceito *in fine*— um *teste* prévio a ser levado a cabo pelo prestador de cuidados de saúde: e que consiste na necessidade de ponderar previamente:

«não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.» ⁽⁶¹⁶⁾

O mesmo é dizer que o processo de raciocínio que conduz a uma actuação *substituída*, mercê da conjectura do que será um *consentimento hipotético* do paciente ⁽⁶¹⁷⁾ —independentemente de ser prosseguida de acordo com os melhores interesses deste— deve ser submetido em primeiro lugar a um *teste*. Designo-o como *teste da recusa*, e acredito na sua autonomização enquanto procedimento elegível para qualquer raciocínio em sede de adequação para uma causalidade por onde sejam aferidas responsabilidades.

De acordo com este *teste*: o decisor responsável deve investigar a existência de informações que traduzam *com segurança* o que não se verificou previamente: uma conduta voluntária do visado ao recorrer aos seus préstimos ou aos da instituição da prestação de cuidados de saúde, reclamando auxílio, *para algo que não está a correr bem*. Na falta deste comportamento, enunciativamente, o legislador pressupõe primeiro a regra *noli me tangere*. E tanto assim é —repito-me— que acatando os dois primeiros requisitos (perigo para

⁽⁶¹⁶⁾ O sublinhado pertence-me.

⁽⁶¹⁷⁾ O consentimento hipotético do visado será aquele que resultar «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», cf. art. 38.º, n.º 2 do CP; ou quando a lesão «...se deu no interesse do lesado de acordo com a sua vontade presumível.», cf. art. 340.º, n.º 3 do CCiv.

a vida, desvio necessário da intervenção) persiste no terceiro (averiguação segura da recusa) e ultrapassando-o, mantém ainda assim a ilicitude da conduta contra a liberdade, afastando apenas a punibilidade.

É certo que a presença do interessado junto dos prestadores de cuidado de saúde não significa forçosamente um consentimento: pode tratar-se de mera *aproximação*, mas esta —feita de forma expressa ou concludente— dá outrossim, e bem, abertura para a construção de uma presunção de auxílio, em favor da saúde. O que é absolutamente necessário é não olvidar o momento e sobretudo, *a razão de ser prévia*. A dignidade humana é antes de mais a afirmação autónoma, e, depois, o seu destino de desenvolvimento, de projecção para o outro.

Actualmente, mercê das *Directivas Antecipadas de Vontade*, as interrogações em torno da «segurança» que o legislador impõe ao decisor para ultrapassar um princípio de actuação «pro vita» caso lhe assolem dúvidas —como razoavelmente será de prever que aconteça— fica substancialmente ultrapassada. Mas não deixa de subsistir a necessidade de o prestador de cuidados de saúde indagar qual seria a decisão do paciente, em termos concretos, indagando junto das *fontes* possíveis: família, pessoas próximas, notícias do próprio, registos, etc.. O mesmo é dizer que o processo de decisão partilhada e de decisão substituída não ficou absolutamente arredado e permanece. Tudo dependerá da urgência e das circunstâncias concretas ⁽⁶¹⁸⁾.

Mas é este o *teste de recusa* que detecto na letra e no pensamento legislativo e que me afasta receios de estar perante meras quimeras ao ver a neces-

⁽⁶¹⁸⁾ Assim se justifica, por exemplo, o dever do médico de se informar por exemplo junto da família ou dos entes próximos do utente inconsciente previamente a uma intervenção cirúrgica ou a qualquer intervenção que contenha riscos apreciáveis —[Com «riscos apreciáveis» quero arredar intervenções que, por exemplo, provoquem os incómodos esperados de qualquer uma, mas antes consequências específicas mais elaboradas como sejam um prolongado período de recuperação, ou a constatação de perigos de infecção pós-operatória, etc. sobre riscos, cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento... cit.*, pp. 394-316]— ou perante uma eventual decisão de intervenção alternativa. Serão meios excepcionais que se fundamentam nos quadros concretos, individualizados, de intervenção. Fará então este um prognóstico segundo dados que regista, mediante os quais um homem razoável tomaria daquele paciente concreto, caso estivesse consciente, a mesma dedução a justificar o silêncio. É exactamente este *teste de recusa*, este raciocínio de conjectura com premissas de facto objectivas que subjaz, pela aferição de conhecimentos adequados a tomar uma *decisão substituída* da vontade do paciente pelo prestador de cuidados de saúde. Afasto assim uma vez mais qualquer faculdade da família em decidir pelo paciente. E acrescento obviamente em sentido contrário a *vinculabilidade* que a decisão de um PCS ou a análise de um TV terá neste teste.

sidade em traçar uma fronteira entre o que é consentimento e o que é a recusa. Afinal, sempre encontro, também por aqui, *duas moedas*.

Para os tratamentos compulsivos, torna-se necessário investigar, caso a caso, nos vários *fragmentos legislativos* temáticos sobre os deveres de compulsividade, se e quando subsiste —em que medida e com que consequências— esse mesmo *teste de recusa*.

Nestes casos, tratar-se-á de recortar a radicalidade da decisão normativamente aceitável de uma inconformidade ou total ou parcial e suas sequelas (e condicionantes ou extensões). É o que tentarei aflorar adiante, caso por caso, com a exaustão que a dispersão dificulta e, espero, perdoará eventual omissão ou cegueira.

XII. § 1.º.1. O teste da recusa. A exceção (privilégio) terapêutica

A exceção terapêutica resulta de uma possibilidade conferida ao prestador de cuidados de saúde de, perante circunstâncias de ordem objectiva que fundamentará —*v.g.* no processo clínico⁽⁶¹⁹⁾— poder actuar sem esclarecer o paciente e, conseqüentemente, em situação em que será de supor um consentimento meramente hipotético. A omissão de informações não deve ser integralmente confundida com a exceção de carácter terapêutica, i.e., com o dever de esclarecimento em vista da *aliança terapêutica* do paciente, em que se ocultam informações por temer afastem o paciente do cumprimento da terapia, i.e., para que este assuma um comportamento adequado para debelar a enfermidade. O esclarecimento *terapêutico* prende-se intimamente com a componente estritamente técnica das *leges artis*⁽⁶²⁰⁾ e situa-se no dever do médico em actuar de acordo com a experiência e os conhecimentos disponíveis da ciência médica. Ao conduzir-se dessa forma acaba por procurar atingir um esclarecimento a envolver substancialmente a integridade físico-

(619) Este dever de registo e com fidedignidade encontra-se previsto no art. 283.º, al *b*) do CP: «Quem»: «Como médico ou seu empregado, enfermeiro ou empregado de laboratório, ou pessoa legalmente autorizada a elaborar exame ou registo auxiliar de diagnóstico ou tratamento médico ou cirúrgico, fornecer dados ou resultados inexactos» e é punível com pena de prisão de 1 a 8 anos em caso de dolo que crie «grave perigo para a vida ou para a integridade física de outrem» ou até 5 anos para a negligência que cause o perigo indicado atrás, cf. n.º 2; ou até 3 anos, independentemente de o perigo causado ser grave para a vida ou integridade física, cf. n.º 3; todos do preceito em referência.

(620) Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...cit.*, § 3, art. 157.º, p. 395

psíquica e, neste aspecto, colateralmente, contribui para a autonomia do paciente (neste sentido recorro ao mesmo sentido que, entre outros AA., se traduz em apanágio do que disseram Guilherme de Oliveira, André Dias Pereira e Rafael Vale e Reis sobre esclarecimento terapêutico).

Estão aqui em causa informações e actuações ligadas à realização de testes, respectivos alcances, à medicação, às informações sob efeitos colaterais da medicação ou certas sequelas possíveis, etc. e quejando. Em rigor, pertence ao esclarecimento terapêutico explicar ao doente as alternativas entre uma cirurgia laparoscópica e uma clássica (de barriga aberta); pertence ao privilégio silenciar que o instrumento para a intervenção laparoscópica está avariado e não há tempo ou disponibilidade para ele poder exercer a opção (de liberdade) de procurar outra instituição para o desiderato.

Por seu turno, a excepção terapêutica ligada à autonomia processa-se em termos inversos: o que é pernicioso será comunicar uma informação que obnubile o processo de decisão, de formação da vontade, causando danos que em primeira ordem se verificam na esfera da autonomia e, por esta via, procura-se então evitar efeitos lesivos na esfera da integridade pessoal. Trata-se, pois, de um esclarecimento para a autodeterminação. Uma vez mais sublinho o carácter de excepção; ao invés das teses paternalistas em que a regra é confundir a vulnerabilidade do paciente com a sua debilidade intelectual e a excepção: a de que o profissional de saúde se confronte com alguém em condições de enfrentar a verdade ⁽⁶²¹⁾. É ainda evidente existirem inúmeros planos em que ambas se intersectam.

Como medida excepcional de actuação aquém da liberdade individual devo repetir o que me conduziu a detectar um *teste de recusa*: que o profissional de saúde terá de elaborar um balanço entre a medida das propostas cala-

⁽⁶²¹⁾ Existem várias designações, como é o caso de JOÃO ÁLVARO DIAS, que opta pela expressão privilégio médico, *op. cit.*, p. 275, n. 106. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...cit.*, pp. 461, nota 293, acaba por ultrapassar eventuais dúvidas sobre a expressão mais adequada, utilizando o termo *privilégio terapêutico*, pela associação aos valores que *subjazem* ao interesse terapêutico, bem como a este, concedendo-lhe, ainda, «autonomia dogmática e prático-jurídica em relação ao diagnóstico», com o qual é usualmente associado. A opção por esta designação, se não acolhida, é, pelo menos, geralmente utilizada na doutrina portuguesa. Assim, para além dos AA. *supra* citados, e referindo-se expressamente a esta natureza de excepcionalidade do privilégio terapêutico, cf. Guilherme de OLIVEIRA, O «*fim da arte silenciosa*», *cit.*, p. 102. Uso aqui em termos gerais a expressão excepção, exactamente para vincar que não se trata de um privilégio, mas de uma medicina defensiva, i.e., mediante a convicção que há-de resultar de uma análise do processo clínico de que o paciente possui fragilidades justificativas: vg: ansiedade, etc.

das e o carácter intrusivo das mesmas que possam justificar uma *segurança* recusa esclarecida ⁽⁶²²⁾.

Em suma, o privilégio médico transcende a protecção da liberdade e da autonomia do paciente ⁽⁶²³⁾, mas, como denominador, em favorabilidade da aparente vertigem que desaba sob o profissional de saúde situa-se como ensina Manuel da Costa Andrade uma presunção de que a decisão, me caso de dúvida deverá ser tomada *pro vita*, uma preferência pela protecção da saúde e da vida quando os valores concorram ou colidam ⁽⁶²⁴⁾.

Ensina Manuel da Costa Andrade ⁽⁶²⁵⁾ que nos situamos no específico limite da tipicidade, onde sublinha, para além destas duas alíneas do n.º 2 do art. 156.º do CP, os tratamentos em menores e os tratamentos nos estádios terminais. Eis as quatro grandes constelações (usando a expressão deste A.) em que os problemas do privilégio terapêutico se podem colocar por excelência.

E, efectivamente, em todas se situam medidas de *decisão substituída*, com maior ou menor recurso ao *teste da recusa* conjecturada com pressuposto de um raciocínio que encontrará balanço em caso de colisão de pressupostos na valoração *pro vita*. Daqui justificar-se uma séria análise da *revolução* que as DAV permitem aportar em relação a algumas soluções para este problema e que remeto para capítulo autónomo.

XII. § 1.º.2. O teste da recusa. A capacidade para a recusa e os menores

A questão mereceria ficar já aqui apontada, por entender fazer sentido este tratamento sistemático, tentando evitar repetições, embora com consciência que o excuro se pode revelar mais extenso do que o desejável ⁽⁶²⁶⁾.

⁽⁶²²⁾ Neste sentido, afirmando-o como «pressuposto co-natural e enunciando o privilégio terapêutico como medida de recusa ou redução do esclarecimento, cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...cit.*, p. 461 e s., e no *Comentário Conimbricense...cit.*, § 12, art. 157.º, pp. 394 e 399 e s

⁽⁶²³⁾ Cf.: APPELBAUM *et al.*, *op. cit.*, pp. 66, 72-78, 127, 131, 133 e s. e 137; Nancy NEVELOFF DUBLER & David NIMMONS, *Ethics on Call...cit.*, p. 87; J. SAHW, *op. cit.*, p. 877.

⁽⁶²⁴⁾ Manuel da COSTA ANDRADE, in *Comentário Conimbricense...cit.*, § 12, art. 157.º, p. 399.

⁽⁶²⁵⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, in *Comentário Conimbricense...cit.*, § 13, art. 156.º, p. 382.

⁽⁶²⁶⁾ Sendo certo que a questão da (in)capacidade da recusa merece tratamento autónomo, o certo é que a economia imposta pelo tempo e circunstâncias outras impelem a inserir

O teste da recusa em relação aos menores suscita os seguintes trâmites. A **capacidade plena de exercício** autónomo —de regência integral e livre da disponibilidade do corpo— ocorre aos 18 anos (cf. art. 130.º do CCiv.) ⁽⁶²⁷⁾; e, para efeitos do que aqui trato: *capacidade* de autonomia negativa: de traçar uma recusa ou uma revogação até além de limites onde a consideração de outrem sobre a insensatez da decisão não crie quaisquer *inércia(s)* eficazes, verifica-se ainda:

1. Em caso de **emancipação** (cf. art. 133.º CCiv) ⁽⁶²⁸⁾;

2. Para efeitos de **Saúde Mental**, o menor, a partir dos 14 anos, pode, em geral, decidir «não receber intervenções diagnósticas e terapêuticas» (exceto internamento compulsivo de urgência); «não ser submetido a electroconvulsivoterapia»; e, «actividades de formação»; e, até à entrada em vigor da LIC — que amplia como se verá para os 16 anos— consignava a lei o mesmo para participar em investigações e ensaios clínicos (cf. art. 5.º, n.º 3 e n.º 1, al. c), d) e e); por fim, *a contrario sensu*: a faculdade de «não saber», que retiro da al. a), tudo da LSM) ⁽⁶²⁹⁾;

aqui a matéria em causa, com nítido prejuízo e consciência de uma justa censura. Por seu turno, volto à questão necessária e pontualmente em outros aspectos onde a fragmentação legislativa o sugere (para não dizer que o impõe).

⁽⁶²⁷⁾ Não obstante regras gerais extraíveis do regime do Direito Penal e do Direito Civil, de uma extensíssima lista de maioridades especiais, que merecem um tratamento dogmático específico e de um elenco tipificado que pode e de ser ainda mais apertado quando perspectivado pelas *faces da moeda da recusa*, —cf. por ora e por todos Guilherme de Oliveira, *o acesso de menores a cuidados de saúde*, in *Temas* (2.ª ed.... cit., pp. 239-246— a questão é que estando perante normas que dificilmente podem deixar de ser qualificadas como tendo carácter excepcional, a proibição da integração analógica impõe-se, cfr. art. 11.º do CCiv.

⁽⁶²⁸⁾ Art. 133.º (Emancipação): «A emancipação atribui ao menor plena capacidade de exercício de direitos, habilitando-o a reger a sua pessoa (...) como se fosse maior (...).» A idade para esta emancipação situa-se nos 16 anos de idade, pela conjugação interpretativa do preceituado nos arts. 132.º e 1601.º, al. a); 1604.º, al. a) também do CCiv; cf. ainda arts. 149.º e s. (consentimento para o casamento de menores).

⁽⁶²⁹⁾ Art. 5.º (direitos e deveres do utente) - Sem prejuízo do previsto na Lei de Bases da Saúde, o utente dos serviços de saúde mental tem ainda o direito de: (...) a) Ser informado, por forma adequada, dos seus direitos, bem como do plano terapêutico proposto e seus efeitos previsíveis; (...) c) Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros; d) Não ser submetido a electroconvulsivoterapia sem o seu prévio consentimento escrito; e) Aceitar ou recusar, *nos termos da legislação em vigor, a participação em investigações, ensaios clínicos* ou actividades de formação; (...) 3 - Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam menores

3. Para a **investigação clínica**, a LIC estabelece, como regra geral o regime partilhado da idade dos 16 anos associada a representante legal (e a discernimento) ⁽⁶³⁰⁾, cf. art. 7.º, n.º 1 e al. a) da LIC, permitindo até que os menores com idade inferior aos aludidos 16 anos, com discernimento, sejam associados á decisão —partilhada. Todavia, pese embora a al. c) do preceito em referência impor ao Investigador o respeito pela recusa onde reconheça discernimento —cf. a nota anterior— a verdade é que só considero essa faculdade para os casos em que se verifique uma idade inferior aos aludidos 16 anos. Impõe o art. 6.º da LIC, sob a epígrafe (condições mínimas de protecção dos participantes) que *só pode realizar-se um estudo clínico* «ou nos casos previstos no art. 7.º e 8.º ao seu representante quando forem cumpridos os seguintes requisitos:», expressando-se no n.º 4, o seguinte:

«O participante ou o seu representante pode revogar, a todo o tempo, o consentimento informado, sem incorrer em qualquer forma de responsabilidade.» ⁽⁶³¹⁾

A partícula com o *reforço* —talvez desnecessário— da utilização do verbo no singular; a que acresce a *ratio* em torno da teleologia da experimentação (terrenos de superior *securistismo*), conduzem à conclusão de que o legislador pretendeu colocar aqui um regime mais apertado para a recusa: neste caso para o teste de revogação: para a recusa ulterior (a outra face da moeda da recusa).

Estas parecem ser as especialidades da recusa, em termos absolutos, para os menores.

No mais ⁽⁶³²⁾, os regimes são os da autonomia partilhada, como regime regra construído a partir do preceituado no art. 38.º, n.º 3 do CP:

de 14 anos ou não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento.» (o sublinhado pertence-me).

⁽⁶³⁰⁾ Resulta daqui peremptório afirmar que: «para além de outros requisitos impostos por lei, (...) cumulativamente: «... o consentimento informado do menor com idade igual ou superior a 16 anos e do seu representante (...)», aceitando até que uma idade inferior justifica a aferição do discernimento; por seu turno, em termos cumulativos a al. c) do mesmo preceito refere dever: «O investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal respeitar a vontade expressa do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do estudo clínico a qualquer momento». Em minha opinião, como se verá, esta regra só valerá para os menores de 16 anos que pretendam exercer a recusa, pois o art. 6.º, n.º 4 da LIC é igualmente peremptório em recortar a faculdade de recusa aos 16 anos.

⁽⁶³¹⁾ Os sublinhados pertencem-me.

«3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.»

E com ligeiras variações —que em sentido geral— melhor seria certificar previamente nesta sede, a regra geral é a de associar a livre determinação ao caso concreto de cada um dos visados para as decisões importantes. Sucede todavia que os problemas que importa prevenir em termos das soluções legais (responsabilidades parentais, tutela e curatela) são os de que —em caso

(⁶³²) Esta matéria merece sérios desenvolvimentos a que, aliás, a nossa melhor doutrina, tem dado atenção: por todos, e cruzando os que se me afiguram fulcrais, com especial destaque para Geraldo ROCHA RIBEIRO, que sigo de perto a par de André DIAS PEREIRA ficam aqui as seguintes referências bibliográficas que me orientaram: André DIAS PEREIRA, *O Consentimento... cit.*, p. 301 e s.; em termos igualmente comparados adentro do ordenamento jurídico português, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde...* in *Temas*, 2.^a ed., pp. 239-246; Rosa Cândido MARTINS, *a Criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, Separata das *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, BFDUC, Coimbra Ed., 2004, pp. 791-831, *maxime* 824 e ss.; e novamente André DIAS PEREIRA, *a Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, in *AA.VV: Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Vol. II. Coimbra Ed., pp. 199-249; Mafalda Francisco SANTOS, *O Problema da (Ir)relevância do Consentimento dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos: uma perspectiva jurídico-penal* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., pub. CDBM|FDUC 21, 2013 ISBN 978-972-32-2137-4, *passim*; Geraldo ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, in *LexMed*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 105-138; todos a parecerem partilhar o que no que me concerne resulta de *o Consentimento... cit.*, pp. 202-215. Em sentido crítico, ao menos céptico, situa-se André TEIXEIRA DOS SANTOS, *Do Consentimento dos Menores para a realização de Actos Médicos*, in *RMP* (ISSNo870-6107), n.º 118, Ano 30, Abr-Jun 2009, pp. 123-155; a par do que antecede e porque a questão dos incapazes se envolve com este, ficam ainda as seguintes referências: Geraldo ROCHA RIBEIRO, *a Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., pub. CDF|FDUC 24, 2010 (ISBN 978-972-32-1876-3); *maxime* Cap. III, pp. 383-460, máx pp. 423-432; Geraldo ROCHA RIBEIRO, *Internamento "Voluntário" de Interditos: os poderes do representante legal*, in *RMP*, Ano 35, 138, DepLeg n.º 111997/86, pp. 63-94, máx pp. 73-88, e «proposta»: pp. 88 e ss; Geraldo ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, in *LexMed*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 105-138; AA.VV (Carlos LASARTE ÁLVAREZ: Director), *La Protección de las Personas Mayores*, Tecnos Ed., 2007 (ISBN 978-84-309-4579-5): obra que oferece uma perspectiva no campo do direito comparado (designadamente o espanhol e o italiano), onde sublinho, entre o mais, a proposta M.^a Fernanda Moretón Sanz, *El Nuevo Sistema de Protección de la Persona con Autonomía Limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia*, in *AA.VV, ibid*, pp. 31-49, *maxime* 48 e s. onde parece aderir a soluções de solução de conflitos dinâmicas que nitidamente retirem a solução dos problemas da esfera judicial; pois o sentido contrário ao que me parece viável que é exactamente o de tornar o sistema judicial, tal qual o sistema de saúde, em um sistema que funcione em permanência e que receba no seu seio os mecanismos dinâmicos que, me parece, são comuns a toda a «esfera administrativa».

de crise— depositam *nas mãos* dos prestadores dos cuidados de saúde os litígios e as divergências de opinião que, muito legitimamente os visados menores (e eventualmente, os interditos com discernimento pontual e inabilitados por razões de anomalia psíquica), tenham sobre os destinos que pretendem traçar para si próprios.

E os caminhos da autonomia têm ser certificados casuisticamente, admitindo que um menor, a partir de determinada idade —16 anos por exemplo⁽⁶³³⁾— mais do que estar associado a uma decisão onde é tradicional —até deontológico, como o mostra o art. 49.º do CDM— sugerir a família para fazer frente à recusa (como endossar ao MP uma similar viabilidade decisional) possa ser mero *participante* de uma decisão. Impõe o legislador até aos 18 anos um *acompanhamento* em assuntos cuja intrusão na esfera da correspondente dignidade se oferece já dois anos antes —pelo menos— com protecções várias, muitíssimo evidentes, muitíssimo significativas, nas esferas da intimidade e da privacidade.

Acredito que se afigure intolerável a uma pessoa razoável, a um cidadão médio. E o sentimento em que uma comunidade não se reconhece na ordem jurídica envolvente é um sentimento a evitar, porque pode conduzir ao caos, ao litígio gratuito.

Em outros tempos a questão da recusa merecia uma única resposta por parte do legislador. Com efeito, afirmava o já referido EH (1968) que o direito de recusar a assistência médica não podia ser exercido pelo representante ou tutor do assistido (cf. art. 8o.º, n.º 2)⁽⁶³⁴⁾. Actualmente, sobre esta mesma questão, a LBS parece admitir, como princípio relativo, a relevância do dissenhimento dos representantes legais. Assim, dispõe o n.º 3 da Base XIV da LBS:

«Relativamente a menores e incapazes, a lei deve prever as condições em que os seus representantes legais podem exercer os direitos que lhes cabem, designadamente, o de recusarem a assistência, com observância dos princípios constitucionais definidos». ⁽⁶³⁵⁾

⁽⁶³³⁾ Idade que escolho por causa da uniformidade que tal significaria no âmbito das *fracções* legislativas em que a disponibilidade sobre o destino da sua própria pessoa e dos seus bens já mereceu essa mesma referência etária. No mais, essa, como outra qualquer servem apenas de ponto de partida onde a bizzaria não sofrerá mais do que surpresas — iniciando-se o mesmo processo dialógico que qualquer prestador de cuidados de saúde iniciará com qualquer capaz que decida de forma análoga.

⁽⁶³⁴⁾ Trata-se do DL n.º 48 357, de 27 de Abril de 1968.

⁽⁶³⁵⁾ O sublinhado pertence.me.

Vale, pois, o regime geral acima referido sobre o exercício das responsabilidades parentais, supondo, obviamente, que as mesmas não mostram litígio. E ainda assim pergunto: serve esta solução perante a negativa dos representantes, quando o médico tenha razões para acreditar na essencialidade da intervenção proposta?

A verdade é que o instituto da representação visa salvaguardar os interesses do menor, como avanço já analogamente para os demais incapazes. Daqui compreendo que o consentimento para a actuação médica caiba aos seus representantes em primeira linha; e aos Tribunais em caso de litígio, e novamente aos médicos, porque os Tribunais rapidamente lhes endossam os problemas, eventualmente *chamando* outros médicos para diluir as dificuldades.

Mas a recusa se sabe que não. Uma vez mais, os planos significam *duas moedas*. Perante a decisão de um representante, tida por desadequada aos interesses do menor (ou do incapaz), o prestador dos cuidados de saúde lança mão do *teste da recusa (hipotética)* e decide ele próprio nos termos do aludido consentimento hipotético, ora sob os auspícios dos *melhores interesses do paciente*.⁽⁶³⁶⁾ Tem sido entendido, quer no âmbito penal, quer civil, poder (e dever) o médico intervir sem o consentimento dos pais, ou contra o expresso dissentimento destes, desde que não existam outros motivos, relacionados com a saúde do menor, justificativos da recusa dos pais, ou, não sendo possível, ou sendo arriscado, recorrer judicialmente⁽⁶³⁷⁾ ao curador de menores, atento o carácter inadiável da intervenção, que deverá mostrar-se aconselhada para atalhar, evitar ou suavizar uma doença grave ou sofrimento do menor⁽⁶³⁸⁾. Várias intervenções médicas possuem regulamentação onde

⁽⁶³⁶⁾ Reduzindo agora pragmaticamente a solução com recurso «instrumento» regulamentar que se publicou no jornal oficial, para tutelar «em primeira linha» a actuação dos médicos, e apenas para estes, refiro os arts. 52.º e 53.º do CDOM que impõem aos médicos os deveres de protecção das vulnerabilidades dos menores, dos incapazes (incluindo os de facto) e dos idosos.

⁽⁶³⁷⁾ Por exemplo, no âmbito da providência regulada no art. 1918.º do CCiv, que permite ao MP, a qualquer parente do menor ou mesmo à pessoa a quem ele esteja confiado, de facto ou de direito, requerer ao Tribunal sejam decretadas as medidas adequadas para velar, entre o mais, pela saúde do menor. E não vejo razão alguma para que não seja usada analogamente para projectar a esfera de actuação do tutor, no âmbito do preceituado no art. 145.º do C.Civ., e prevendo ou não a sentença, verificando-se, mercê do preceituado no art. 10.º, estender ao curados (cf. art. 153.º também do C.Civ).

⁽⁶³⁸⁾ Com a unanimidade da doutrina e da jurisprudência, refiro aqui Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...cit.*, pp. 412 e ss.; João Álvaro DIAS, *op. cit.*, pp. 288 e s., nota 125; Parecer da Procuradoria Geral da República de 16 de Janeiro de 1992 (homologado

se prevêem logo limites específicos a envolver uma actuação excepcional de privilégio de *decisão substituída*. É o caso da cessação da gravidez não punível, cf. art. 142.º, n.º 4, do CP. Não podendo ser obtido o consentimento — nos termos prescritos pelo n.º 3 do preceito em referência —, e revestindo-se a intervenção de urgência, o médico decidirá em consciência, de acordo com a situação, socorrendo-se, se possível, da opinião de outro ou outros médicos. Bem sei que existe o art. 142.º, n.º 5, do CP... Mas perante uma recusa de menor —ainda antes dos 16 anos— a que o prestador de cuidados de saúde reconheça mínimos de discernimento; de mera vontade, se verá se existe ou não um prático *teste de recusa* a convencer todo o rol de intervenientes até ao Tribunal e dali para baixo até à menor grávida, respeitando-lhe a birra, se necessário for.

Como muito sabiamente pondera Geraldo Rocha Ribeiro a respeito dos interditos, mas que generalizo aos menores, por maioria de razão:

«Compreender o conceito de capacidade de agir negocial como extensível a toda a dimensão humana de actuação jurídica representa um tratamento arbitrário das competências e qualidades humanas no livre exercício da sua liberdade e autodeterminação. (...) A dignidade da pessoa humana impede que, por sentença, se negue a alguém o exercício pleno dos seus bens jurídicos pessoalíssimos, possuindo esta competência bastante para se autodeterminar (...). Faz, portanto, sentido distinguir entre capacidade de agir negocial (...) enquanto conceito mais restrito, e capacidade de agir (...), pois esta abarca a competência para a autodeterminação dos direitos de personalidade.»⁽⁶³⁹⁾

Os problemas estão por ora endereçados todos aos Tribunais. Os prestadores de cuidados de saúde, como os bombeiros, como os agentes judiciários, têm forçosamente de estar munidos de meios permanentes para a solução dos problemas. Neste aspecto, o receio de caos merece atenção e forçará o

em 7 de Julho de 1992), in *B.M.J.*, n.º 418 (1992), pp. 285 — 318; Maria Paula RIBEIRO DE FARIA, *A lei do sangue...cit.*, pp. 259 — 275, *maxime* pp. 269 e s..

⁽⁶³⁹⁾ Cf. Geraldo ROCHA RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto (dissert.)... cit.*, p. 423, sendo certo que a respeito do último parágrafo citado o A. remete para a distinção que no direito inglês se colocou entre as capacidades para contratar e as para casar. A este respeito colocou-se analogamente, ainda no âmbito do Código de Seabra, análogo problema, sobre o qual não me inibo de citar aqui o inesquecível Mestre Francisco Pereira Coelho: «O consentimento, no casamento, deve possuir certas propriedades ou características, umas gerais, comuns a todos os negócios jurídicos, outras especiais, tratando-se agora de exigências particulares que a lei faz em relação ao casamento. Conjugando as primeiras com as segundas, podemos resumi-las neste enunciado: o consentimento, no casamento, deve ser *pessoal*, deve ser *puro e simples*, deve ser *perfeito* e deve ser *livre*.», FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família, I, Direito Matrimonial*, Atlântida Ed., Coimbra, 1965, p. 86.

legislador a criar atitudes segundo princípios normativos uniformes, ao invés de meramente legislar.

XII. § 1.º.3. Ainda os menores: Das intervenções em menores

Existem múltiplas zonas onde as decisões com carácter ou efeitos médico-medicamentosos dos Pais sobre os Filhos conduzem a andurriaais (terrenos inóspitos). Os pais que submetem um magro orçamento anual a um «regime» para conduzirem a criança da cidade à praia, de onde vem mais feliz, mais ginasticada e desenvolvida, merecem elogios e admiração. Mas se tropeçarmos em uma criança que se banha à torreira do sol perante a indiferença dos seus vigilantes, depressa rangemos os dentes com fundadas suspeitas sobre maus-tratos. Tudo parece linear e um sistema de justiça que fosse actuante poderia auxiliar muitíssimo, sendo certo que poucos entre nós ficaríamos com remorsos sobre delações acerca de assuntos que atingem exclusivamente a esfera do outro, sem autorização para ser penetrada. As dificuldades neste campo dos menores são ingentes. Já sabemos que a generalidade dos sistemas (tidos como sofisticados) que foram organizados em torno da protecção e vigilância institucional para os menores *funciona* em esferas de difícil interpenetração ^(64º) e somente no decurso de um terço do dia. Os primados que se plasmam na «lei de bronze» exigem que a alteridade se afirme na primeira pessoa do plural: trata-se do «nós» que agora fica impedido de ser perspectivado como um meio (seguindo ainda, não vendo eu substituto, para o imperativo categórico correspondente). Este «nós» penetra significativamente na «vontade presumida» e esta deverá ser iluminada com a atitude sensível aos parâmetros individuais que viabilizem o «desenvolvi-

^{64º} O linguajar técnico dos actores e o despeito, quando não verdadeiro desprezo, pelos conhecimentos alheios: judiciais, pedagógicos, sociais, de saúde, de avaliação psíquica e policiais são oriundos de universos tendencialmente estanques e inter-impenetráveis. Caiem facilmente em burocracias e, em linguagem nua e crua, «chutam a bola para terceiros». (exemplo da mulher a quem se sugeriu em decisão homologada por magistrado uma intervenção de esterilização que surge com a leitura inequívoca de uma «moeda de troca» para que os seus filhos não fossem conduzidos a instituições e à adopção). A verdade é que as organizações dificilmente «levantam» o traseiro dos seus gabinetes (pelas mais justificáveis das razões) para constatar ao vivo e receiam os pequenos decisionismos ou fazem destes tiranias... Enfim, um inferno.

mento da personalidade», mas em consonância com os cânones de uma comunidade onde a «universalidade de normas» seja reconhecida.

Em relação aos menores aceitar que estes possam negar as propostas, oferecendo respeito pelo respectivo «discurso comunicativo» exige esforços reforçados, e, contudo, trata-se do mecanismo adequado para «dar expressão (...) à compreensão espontânea do eu e do mundo de cada —instituível— indivíduo.». Continuando aqui com Habermas: «No discurso, tal como na acção, o «sim» ou «não» de uma pessoa conta porque —e na justa medida em que— é ela *própria* a origem das suas intenções, iniciativas e aspirações.» (641).

Pois se a criança é obesa, nenhum médico verá com estranheza que os detentores das responsabilidades paternas a submeta a um processo de regime alimentar, a uma dieta, ainda que «dolorosa». Se a obesidade for crítica, não causará espanto a aplicação de um regime medicamentoso cujos efeitos colaterais, ainda que existentes, depressa indiquem que o «fiel-da-balança» propenderá para a «vantagem; e se a obesidade for mórbida não será de descartar a intervenção cirúrgica altamente invasiva, desde que se verifique uma indicação médica terapêutica... Todavia, depressa entramos em exemplos mais difíceis: a criança que por razões meramente estéticas recebe uma proposta de intervenção cirúrgica que lhe trará vantagens de natureza económica (modelo, cinema, etc.), ou de natureza psíquica (reequilíbrio ou melhoria da auto-estima); as crianças a quem é diagnosticado hiper-actividade e que passa a receber ritalina.

Por fim, razões mais prosaicas: a opção por tatuagens, a prossecução de desportos radicais, que exijam determinados acrescentos de componentes proteicas.

E existem um sem número de acções de «fronteira»... entre estas, o futuro da investigação científica colocou o corno das dúvidas: falo das intervenções genéticas, que suscitam os discursos que causam nuvens sobre «eugenias» e debates interessantíssimos em que nas «teorias dos jogos» se colocam as apostas nos contornos desenhados da Humanidade que se constrói.

A discussão é muito mais velha do que a autoria «disciplinar» sugere:

Segundo o epigrama de Delos: «O mais nobre é a justiça e o mais desejável é a saúde;/mas o que mais doce há;/ é encontrar o que se ama.».

⁶⁴¹ Cf. Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana... cit.*, p. 101.

(...) Mesmo assim parece (...) que ela (a felicidade) ainda precisa de bens exteriores. É que é impossível, ou muito difícil executar acções nobres sem estar preparado. Muitas coisas são levadas à prática como que através de instrumentos, por meio de amigos, da riqueza, do poder político. Ora os que estão privados de alguns dos bens externos ficam com a marca da felicidade manchada, como é o caso daqueles que estão privados de um nascimento nobre, bons filhos ou beleza. Quem é absolutamente feio, mal nascido, solitário e sem filhos não pode ser completamente feliz e menos ainda se os seus filhos e amigos não prestam de todo para nada ou, sendo bons, tenham morrido. Tal como dissemos, então, parece que a felicidade necessita ainda de um acréscimo de uma prosperidade desta natureza. Daí que alguns ponham a boa sorte em mesmo lugar que a felicidade, enquanto outros põem a excelência.»⁽⁶⁴²⁾.

Uma vez que o correcto exercício da medicina visa prevenir e/ou debelar padecimentos no ser humano ou melhorar as suas condições físico-psíquicas, parece evidente dar cobertura legal às actuações correspondentes, e, até, desconsiderar o que constitui sempre objectivamente uma invasão na esfera alheia com dano físico-psíquico. Os problemas possuem candidaturas a serem *remediados* e, em termos puramente objectivos, os desconfortos, as dores, etc., são compensados pelo pior que se tenta prevenir ou debelar. Serão males maiores cuja desapareção, minimização, superação ou moratória é desejada ou desejável. E será este escopo que conduz a que a medicina seja *arte maior*.

Em termos jurídicos, porém, considerar as condutas dos agentes médicos como atípicas suscita interrogações, a primeira das quais reside na dúvida sobre se tanto se pode estribar na consideração sobre a respectiva «adequação social». Como é ínsito ao que afirmei, a abordagem é sedutora pois reside no facto de a intervenção levada pelos profissionais de saúde estar a coberto de uma correcta intencionalidade de inverter em procedimento louvável o que seria delineado como um escopo agressivo. Onde seja mais nítido o in-

⁶⁴² Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (tradução e Apresentação de António C. CAEIRO, Quetzal, 2004, p. 33. A disciplina da Eugenia resulta dos estudos de Francis GALTON, primo de Charles DARWIN, materializados nos seus estudos que usualmente são citados na obra de 1883, *Inquiries into Human Faculty and its Development*, Ed. Macmillan, Londres. E trata-se exactamente de ultrapassar os processos de transformar a procriação (que de si traduziu igualmente os concertos patrimoniais, políticos e sociológicos) em uma via para apurar pelas características dos progenitores os perfis dos descendentes. Compulsei a 2.ª Edição aberta facultada «on line» pela Kindle, datada de 1907, onde o A. regista o interesse que os estudos suscitaram como matéria «reconhecida» em Inglaterra (onde possuía nessa data assento no Colégio da Universidade de Londres,) e no Estados Unidos da América do Norte.

tuito terapêutico, a teleologia das «agressões» promove que estas desapareçam do horizonte da censura e sejam conduzidas ao altar do reconhecimento. A adequação social é redentora a aparenta apaziguar os efeitos que passam a colaterais.

Neste sentido e curso, seria até legítimo conjecturar a intervenção do profissional de saúde cuja adequação técnica ofendesse exclusivamente a autonomia do paciente, isto é, que sendo prosseguida perante a recusa, não viesse a merecer censura por se encontrar ainda sob o âmbito da compreensibilidade da valoração global que a meta-finalidade ainda protegesse e sobrevalorizasse. Está curado ou melhor, ou foi para o melhor que todos se esforçaram, pois sim?

A intenção curativa sana os percalços, como por exemplo, defende Rui Pereira ⁽⁶⁴³⁾ sempre que se verifique o intuito terapêutico, bem entendido. Mas, em rigor, ao construir o exemplo demonstrativo do raciocínio, este A. não deixa de «salvar um doente...» por via de intervenção com um desrespeito pelas *leges artis*, consistente em não se ter munido previamente de um electrocardiograma. O que se mostra logo em interrogação resolve argutamente o A. reclamando a necessidade de um tipo de crime *sui generis* a salvaguardar a prossecução e respeito das *leges artis*. Persistem interrogações: Será este respeito ou desrespeito que importará sempre aquilatar, é certo, mas em função do que venha a acontecer? Salvando-se o paciente os *retalhos da vida de um agente médico* de nada importam? Está bem de ver que a análise do que sejam riscos inultrapassáveis podem, por si só, justificar a intervenção a salvaguardar os correspondentes bens até ao limite do Direito Penal. Basta pensar no trânsito rodoviário para entender que uma condução perigosa não necessita de um acidente para saldar o *dano social* que causa o incremento intolerável de um perigo. Não se salvando o paciente, a averiguação entra em campo hipotético... E continua a ser necessário ponderar o que aconteceu. Ficam as *leges artis* reféns de algo mais do que a mera valoração social positiva da concreta acção de medicina levada a cabo.

Para além disto, o intuito terapêutico possui muitas gradações e pode mesmo situar-se fora do espectro da actuação dos profissionais de saúde. Para sustentar esta ideia preciso agora de lançar mão da actuação médica, e

⁽⁶⁴³⁾ Cf. ID, *Os crimes contra a integridade física na revisão do Código Penal*, in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 1998, pp. 183 e ss e p. 198.

nesta, logo a que seja (in)aceitavelmente experimental, e a que não é experimental, hão-de ser seguidas ambas segundo cânones; estes cânones passam a ser os que justificam uma legítima actuação do profissional de saúde; as *leges artis*. Mas como podem então as *leges artis* deixar de incluir o respeito por quem não quer ver a sua esfera físico psíquica invadida, sem receios de ser apanhado à socapa, quando não possa manifestar essa vontade? Retomando o exemplo do trânsito: chegou o cliente transportado são e salvo, pese embora a vertiginosa viagem alucinante que repudiou e... nada tem a queixar-se (?). Optou o motorista por omitir um atalho apertado ou preferiu-o ao invés de uma rua mais larga e segura; pois que importa essa alternativa ao conduzido? Pior não será retrair por ora a adequação social e o mesmo para a consideração única das *leges artis*, como finalidade e meio que se oferecem de forma algo restritiva para proteger bens sociais que, de forma adequada, reclamam atenção e ficam destapados.

A actuação dos profissionais de saúde, seja ela levada a cabo em áreas de nítida e incontroversa senda terapêutica ou em outras de menores tonalidades curativas, não deixa de poder ser eminentemente agressiva, a ponderar uma decisão, uma alternativa: a opção esclarecida. Entre os tratamentos radioactivos invasivos para combater um cancro ou uma medicação paliativa existem margens que não devem ser desconsideradas, cujo percurso decorre nas margens opostas do mesmo rio: não cabe ao profissional de saúde decidir por onde vai o paciente palmilhar, podendo ou tendo este que dar alvitre. Entre as duas margens correm as águas e estas, recordou Heráclito, nunca são as mesmas.

Uma intervenção medicamente inquestionada pode implicar nas suas parcelas integrativas aspectos relevantes que se autonomizam: a intervenção anestésica concomitante ou mais prosaicamente o regime da convalescença. Até a singela opção financeira pode auxiliar a decisão entre uma prótese dentária ou a submissão a várias intervenções de implantes... Não preciso de me encostar à *vaidade* apelativa que faz suspirar pelo rejuvenescimento ou incrementa a interacção social ou de me aportar à solidariedade do dador de órgãos, tecidos, etc. para entender que o motivo ou a finalidade das intervenções médico-medicamentosas não são um mecanismo binário, com mera alternativa em um passe-livre ou um mandato de detenção, que se verifica ou não. A questão dos tipos de crimes específicos que tutelam a medicina prender-se-á com o exercício desta, sem dúvida, mas com todos os valores sociais

envolventes que a mesma afecta e que, em rigor, se distinguem menos do que é hábito perceber ⁽⁶⁴⁴⁾.

Se estiver fisicamente tolhido, a minha liberdade ressen-te-se e vice-versa. Foi por virtude de uma decisão viciada que padeci; este desvalor envolve-se concretamente também na autonomia. Uma sova em uma criança afoita e malcriada pode ter o condão de a corrigir, de melhorar o respectivo carácter e proteger potencialmente as outras pessoas, mas não deixará de constituir um excesso, com a censurabilidade que em termos concretos merecer o que se apure em sede de justificação ⁽⁶⁴⁵⁾. O valor da pedagogia terá os seus limites e o poder de correcção é consabidamente discutível ⁽⁶⁴⁶⁾.

⁽⁶⁴⁴⁾ Sem esgotar, apenas no CP, o crime de «homicídio por negligência», p.p. pelo art. 137.º; «ofensa à integridade física»: «simples», p.p. pelo art. 143.º; «grave», p.p. pelo art. 144.º; «agravação pelo resultado», p.p. pelo art. 147.º; «por negligência», p.p. pelo art. 148.º; «intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos» dolosos com violação das *leges artis*, p.p. pelo art. 150.º, n.º 2; «intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários», p.p. pelo art. 156.º; «procriação artificial não consentida», p.p. pelo art. 168.º; com eventual «agravação», p.p. pelo art. 177.º; «violação de segredo», p.p. pelo art. 195.º; «omissão de auxílio», p.p. pelo art. 200.º; «atestado falso», p.p. pelo art. 260.º; «propagação de doença, alteração de análise ou de receituário», p.p. pelo art. 283.º; «recusa de médico», p.p. pelo art. 284.º; com «agravação pelo resultado», p.p. pelo art. 285.º.

⁽⁶⁴⁵⁾ O poder de correcção parece decorrer no âmbito do Direito Civil de uma funcionalização ínsita ao *dever de obediência dos filhos aos pais* previsto no art. 1878.º do C.Civ., que substituiu o expresso «poder de correcção» na sequência da reforma de 1977, a ser usado de molde a «corrigir moderadamente o filho nas suas faltas», pois que, como ensina Guilherme de OLIVEIRA a esse respeito: «ninguém pretenda que os pais tenham realmente perdido aquela faculdade de correcção, usando castigos proporcionados e moderados.», cf. ID, *A criança maltratada*, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Ed., 1999, pp. 187 e ss.. Contudo sempre ensinou o Professor de Coimbra a sabiamente procurar *ver longe*, esperando no devir dos tempos os *sinais* —até os contrários—, que mostrem vias sensatas alternativas. Sobre a evolução histórica do poder paternal, cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro*, Separata *Jures et de Jure*, nos 20 anos da FDUCP, Porto, 1998, s.n., 1998, pp. 173-193, pp. 175 e ss. Contudo, progressivamente, tem-se generalizado e estremado a protecção dos menores, autonomizada do combate generalizado à violência doméstica —sem excluir os fenómenos de violência radical gratuita, ideológica, xenófoba, etc.—, seja em termos expressos, seja em termos hermenêuticos; assim a Suécia logo em 1979, a Finlândia (1983), a Noruega (1987), a Áustria (1989), a Croácia (1999), o Chipre (1994) e a Dinamarca (1997), em 2000, junta-se a Alemanha, cf. § 1631|2 do C.Civ. alemão (BGB): «As crianças devem ser educadas sem o recurso à força. Medidas de correcção ofensivas da dignidade da pessoa, em particular castigos físicos e psicológicos são ilegítimas.», cf. Maria Paula Leite RIBEIRO DE FARIA, *O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal*, in AA.VV: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Ed., 1003 (ISBN 978-972-232-1190-0), pp. 607-645, pp. 610 e ss. E parece existir um consenso generalizado em sede de hermenêutica judicial sobre a progressiva moderação no uso desse poder/dever, funcionalizado em termos educacionais, mas que, mercê da vulnerabilidade em causa não resvale em abuso: neste sentido, entre nós, cf. Ac. STJ (João

O balanço entre o que sejam os feixes possíveis entre o desvalor do resultado, e o do desvalor da acção, não se aniquilam, antes de complementam. Parece *ser* oportuno registar agora os ensinamentos de Claus ROXIN:

«... a delimitação entre fazer e omitir não se rege nem pelo «*centro de gravidade*» da censura jurídica nem pelo «sentido social da acção». Em princípio, nem sequer é duvidosa. Na verdade, o único ponto a constatar é se um fazer positivo é causal em relação ao resultado; e, se a resposta for afirmativa —dado que nos crimes dolosos a questão não é problemática—, apenas fica por averiguar se esse fazer é negligente segundo as regras gerais. Se tal for o caso, não se pode excluir a responsabilidade penal afirmando que o facto, segundo o sentido social da acção, é um crime omissivo. Ao invés, se o fazer não é causa nem negligente, dever-se-á ainda examinar se o agente omitiu outra conduta juridicamente exigida que teria impedido o resultado.»⁽⁶⁴⁷⁾

A pena de morte pode erradicar da sociedade pessoas pouco desejadas, mas não deixa de justificar repúdio.

XII. § 2. Em volta do teste da recusa

A faculdade que abordo implica uma confiança saudável na equilibrada ponderação e correcta avaliação dos agentes médicos. O fundamento da oportunidade da intervenção essencial à vida é inquestionável e parece justi-

BERNARDO) de 05-04-2006 proc. n.º 06P468 (n.º convencional JSTJ000): «1. Para a caracterização do crime de maus tratos, previsto no artigo 152.º, n.º 1 do Código Penal, importa a aferir a gravidade da conduta traduzida por crueldade, insensibilidade ou até vingança; 2. A reiteração é, na maior parte das vezes, elemento integrante destes requisitos mas, excepcionalmente, o crime pode verificar-se sem ela; 3. Castigos moderados aplicados a menor por quem de direito, com fim exclusivamente educacional e adequados à situação, não são ilícitos; 4. Devendo, no entanto, ter-se consciência de que estamos numa relação extremamente vulnerável e perigosa quanto a abusos.», acessível em <http://www.dgsi.pt>. De todo o modo, o sentido da protecção penal será tendencialmente mais sensível. Concebo, todavia, que nesta sede, as reacções civis em torno da confiança dos menores e da convivência se mostrem indiferentemente agudas em termos civis e em termos penais. Será a protecção do interesse do menor a ditar a medida que pode *ferir* seriamente o pai *infractor*. A impossibilidade do convívio simultâneo desejado entre pais e filhos constitui um desfecho judicial com um muito amargo sabor para o progenitor que se veja com a convivência diminuída.

⁽⁶⁴⁶⁾ Os castigos físicos ou as humilhações que perpassam ainda em memória, guardada por exemplo, nos registos cinematográficos de muitos filmes de várias décadas do século passado, como sejam os puxões de orelhas, os pontapés no «traseiro», a lambada, o gesto de tirar o cinto; a colocação de umas orelhas de burro na sala de aula; e as reguadas nas palmas da mão, chegam e sobram para reflectir sobre a evolução das mentalidades e dos comportamentos.

⁽⁶⁴⁷⁾ Cf. Claus ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, (trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz), Vega Ed., 3.ª ed., 2004 (ISBN 972-699-157-9), p. 240.

ficar a actuação sem autorização do visado ou com uma autorização proferida num quadro incompleto de informação sobre o respectivo sentido e alcance. Mas esta configuração, perspectivada pelo agente médico, há-de ser avaliada objectivamente, de acordo com as *leges artis ad hoc*, e no quadro da reacção correcta de um médico perante a situação, sob pena de estarem em causa, no mínimo, o crime de *intervenções... arbitrárias*.

Aposto neste momento nas DAV a possibilidade de darem solução, quer para os casos concretos, quer como matrizes de ponderação de conhecimentos que habilitem os profissionais de saúde a conjecturar reacções das *personas razoáveis*, e ultrapassar as dúvidas sobre a circunscrição das excepções terapêuticas ⁽⁶⁴⁸⁾ no processo de substituição da vontade, designadamente no exercício da *decisão por substituição* (presumida)⁽⁶⁴⁹⁾ ou, subsidiariamente, na amplitude da decisão sobre o melhor interesse para o paciente ⁽⁶⁵⁰⁾. Em rigor, o perigo do mecanismo de excepção é exactamente o de prevenir e evitar que descambe em um privilégio discricionário ⁽⁶⁵¹⁾, a ponto de metamorfosear a actuação médica em um tratamento arbitrário.

Perante emergências é notório que se aceite uma diminuição de rigor no dever de informar, podendo mesmo ser reduzido ao mínimo o processo de esclarecimento ⁽⁶⁵²⁾. Se o utente apresenta um estado agudo de padecimento

⁽⁶⁴⁸⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...cit.*, pp. 461 e ss.

⁽⁶⁴⁹⁾ *Substituted Judgment* — trata-se de um padrão, originalmente utilizado na jurisprudência inglesa, pelo qual o médico se subroga na decisão que o paciente tomaria nas circunstâncias concretas em análise, pela apreciação dos conhecimentos que possui deste (cf. Nancy DUBLER/David NIMMONS, *op cit.*, p. 126 e s.). Sobre esta matéria, ver ainda João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, *Metáfora...cit.*, pp. 43 e ss..

⁽⁶⁵⁰⁾ Sob o conceito tutelar do privilégio terapêutico, este critério dos melhores interesses do paciente permite obviar as dificuldades da aplicação do critério da decisão por substituição, *v.g.*, em relação a um recém nascido (cf. João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, *Metáfora...cit.*, p. 45, nota 58).

⁽⁶⁵¹⁾ A expressão não deverá ser confundida com a *discricioniedade técnica* que reflecte uma margem de autonomia e de opção do médico, por exemplo, na escolha entre dois processos de medicação e respectivo esclarecimento. É uma vez mais a questão das regras objectivas da actuação técnica. Como diz a este respeito Sérvulo CORREIA: «(...) a liberdade de opção do médico não é total, não se confunde com arbítrio. Ela rege-se por leis científicas e considerações de ordem técnica, que integram a chamada *lex artis*. Faz, pois, sentido qualificar como *técnica* a margem de livre determinação da prestação de facto. E parece correcto o emprego do termo *discricioniedade* porque — na grande maioria, senão mesmo na totalidade dos casos — os conhecimentos científicos e técnicos não libertam o agente administrativo-médico de prognosticar, ponderar e escolher» (cf. *As Relações Jurídicas...cit.*, pp. 36 e s.).

⁽⁶⁵²⁾ Cf. Albert R. JONSEN, *et al*, *Ética Médica...cit.*, p. 56

a sua autodeterminação está notoriamente limitada. Mas tanto não inibe que o agente médico, caso a caso, perante a intensidade da intervenção, deixe de pensar em usar constantemente o *teste da recusa*. Como o mesmo passa forçosamente por uma atitude dialógica, inquisitiva, tanto permitirá formar opinião e a sua transmissão em vista de alternativas possíveis a uma decisão isolada. Poderá colher o auxílio dos seus pares ou considerar que a importância da decisão justifica o recurso a informações obtidas junto de quem conviva nos círculos mais próximos do paciente. Muitas informações colaterais são da maior importância para o próprio processo terapêutico. Já antes afirmei que não custa aceitar que um veredicto fatal possa equivaler à antecipação de uma *vida já vestida pela mortalha*, isto é, que a *verdade pode ser destrutiva*. Todavia, tanto quanto a mentira. E se estes argumentos são verdadeiros também valem para os casos de obstinação e devem igualmente pesar nessa *decisão substituída*. Existem informações a dar, em uma dimensão que não vede as expectativas do paciente —aquilo que os profissionais apelidam de *direito à esperança* ⁽⁶⁵³⁾—, mas trata-se de uma dimensão delimitada de igual sorte pela consciência do seu estado, ajustada à sua doença e, acima de tudo, ao que de melhor se possa extrair para a saúde do paciente do seu direito de saber a verdade.

Ocultar ao paciente, total ou parcialmente, a verdade, a dimensão e os efeitos do tratamento a prescrever, o curso infausto provável significa para o próprio que está a usar uma medida excepcional e, por isso, deverá redobrar cuidados. Entre estes estará o de aquilatar previamente os fundamentos do que seria o juízo deste, as suas sensibilidades e expectativas, para, então, decidir ponderadamente. Mas como obter essas preciosas informações que o auxiliam a compreender a personalidade do paciente, a conhecer os seus valores, a presentir as suas decisões?

XII. § 2.1. A decisão partilhada no teste da recusa

A urgência da protecção da saúde e/ou da vida podem justificar o silêncio em relação ao paciente, mas a decisão do prestador de cuidados de saúde pode, ainda assim, ser partilhada. Na ausência de DAV, pode recorrer não ape-

⁽⁶⁵³⁾ Colhi a expressão de David KHAYAT, oncologista (chefe do serviço de oncologia do Hospital «Pitié-Salpêtrière»), em entrevista publicada na revista *Le Nouvel Observateur*, n.º 1772, 22/28 de Outubro de 1998, sob o título: *Faut-il dire la vérité aux malades?*

nas à equipa e a colegas, mas também aos entes queridos do paciente, quem lhe esteja perto e demonstre conhecer-lhe o perfil e o carácter. Retomo aqui um exemplo antigo, já usado e reiterado em sessões reiteradas sobre a matéria: «uma doença do foro neurológico poderá ser omitida ao paciente se for previsível ao médico que a notícia é susceptível de provocar estados de ansiedade que sejam, por si só, causa de degeneração do tecido cerebral. A necessidade de o médico omitir a extensão da doença não está directamente relacionada com o seu desenlace, podendo justificar-se atendendo apenas a variações indesejáveis do seu curso. Mas, independentemente de existirem ou não procedimentos a tomar no círculo de relações mais próximas do paciente (medicação essencial, etc.), as informações silenciadas interessarão a quem partilhe esta esfera íntima de convivência do paciente, sempre que esteja em causa uma diminuição das condições físico-psíquicas prévias. E esta regra geral não deverá ser esquecida pelo médico. Tal o sentido e alcance que me parece corresponder ao pensamento legislativo a que o intérprete deve respeito, nos termos do art. 9.º do C.Civ.».

XII. § 2.2. O processo clínico e o teste da recusa

As limitações ao acesso dos registos médicos são ainda uma manifestação do privilégio terapêutico. O dever de apontar os resultados das observações efectuadas no paciente é denominado o «dever de documentação»⁽⁶⁵⁴⁾. Este dever encontra-se vertido nos arts. 100.º a 103.º do CDOM. E encontra ainda eco no regime do DL n.º 16/93, de 23/01 (Regime Geral de Arquivos e do Património Arquivístico), com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 14/94, de 11/05 e pela Lei n.º 107/2001, de 08/09. Acresce ainda a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, o regime da LPDP e o da LADA. Mas trata-se de questão que será igualmente analisada em outro local deste trabalho.

Para já uma ligeiríssima incursão sobre o que me parece pertinente que fique já aqui *arquivado*. Qual a extensão deste dever? Eis uma questão em relação à qual se retira uma resposta contraditória: por um lado, em termos ob-

⁽⁶⁵⁴⁾ Assim o designam Jorge FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade... cit.*, p. 42. De realçar que se trata simultaneamente de um direito do médico, pelo que este poderá recorrer a estes dados para demonstrar o respeito pelas *leges artis*, ou mesmo, no terreno da sua carreira profissional, desde que evite a identificação dos doentes, ou se estiver autorizado, mesmo com esta identificação (cf. arts. 100.º a 103.º do CDOM)

jectivos, é suposto que o registo deve ser concretizado *cuidadosamente*, expressão a já se emprestou o significado de que «... deverão ser levados a registo todos os factos importantes respeitantes ao diagnóstico e terapêutica»⁽⁶⁵⁵⁾; por outro lado, em uma dimensão subjectiva, bastam os factos *considerados como relevantes*, frase que não poderá deixar de ser pleonástica, mas fora do sentido literal da primeira parece mais conforme com a realidade⁽⁶⁵⁶⁾.

Os parâmetros devem ser os que combinam com as *leges artis*, aqueles que, face às concretas condições físico-psíquicas dos pacientes, permitam deduzir um correcto evoluir factual das condições do paciente segundo as observações dos profissionais de saúde em termos tais que viabilizem o discernimento por qualquer interveniente médico. Constituem a parte objectiva do processo do doente «os exames complementares de diagnóstico e terapêutica.» Estes registos podem ser facultados ao paciente quando este os solicite, aceitando-se no entanto que o material a fornecer seja constituído por cópias correspondentes aos elementos constantes do Processo Clínico. O direito à informação sobre os registos médicos está ainda acautelado no art. 10.º, n.º 2, da CDHBio, que estabelece o «... direito a conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde», pode ser restringido, *a título excepcional*, pelos ordenamentos internos dos países subscritores, desde que as restrições sejam estabelecidas *no interesse do paciente*, cf. art. 10.º, n.º 3, da CDHB. A protecção dos dados relativos à saúde das pessoas merece ainda consagração na LPDP. A nossa lei civil também estabelece uma *obrigação de informação* para quem «esteja em condições de prestar as informações necessárias», a ser fornecida «sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo» (cf. art. 573.º, n.º 3 do CCiv). Parece, pois, ser defensável exigir do médico a verdade e a generalidade das informações, como regra geral à qual o médico não se poderá furtar fora do estrito quadro a que nos referimos.

Mas já não se poderá afirmar o mesmo acerca da aparente faculdade de impor ao médico a apresentação dos documentos relativos à situação clínica do paciente. Penso nos relatórios médicos, nas radiografias ou, entre o mais, nos documentos em que foram vertidos os resultados de análises. Com efeito,

⁽⁶⁵⁵⁾ ID, *ibid.*

⁽⁶⁵⁶⁾ Cf. JAVIER SANCHEZ-CARO e Fernandez ABELLAN, *Derechos e Deberes de los pacientes... cit.*, pp. 10 e s.16 e s.

não obstante o preceituado nos artigos 574.º e ss. do Código Civil, onde se estabelece o dever de apresentação de coisas e documentos e o direito à sua reprodução, a verdade é que o legislador criou uma teia de disposições contraditórias a este respeito que urje serem sanadas e deveriam, caso tivesse sido levada adiante o já aqui reiteradamente invocado projecto aprovado sobre a autonomia do paciente e o processo clínico... Em lugar próprio retomarei a discussão. Todavia, não é complicado conceber algumas situações em que o confronto, sem mais, com a informação contida em relatórios médicos justifiquem a restrição de um conhecimento directo: o conhecimento das informações relativas a terceiro; a revelação de uma grave doença infecto-contagiosa; sintomas que permitem uma classificação enganosa de uma doença, etc. ⁽⁶⁵⁷⁾. Todas estas circunstâncias invocam a restrição ao denominado *direito à autodeterminação sobre a informação*. Mas não de forma absoluta, i.e., fazendo pender sobre o utente o ónus de encontrar um médico sempre que queira ter acesso ao processo clínico onde estão registados dados que lhe interessam sobre a sua saúde. Os processos em causa devem ser sinalizados e então, fazer recair sobre a unidade de saúde a tarefa de incumbir um profissional de saúde de realizar a triagem e explicar ao paciente o que houver a explicar. Mais existe uma garantia individual de, em regra, aceitar ou proibir — total ou parcialmente — a divulgação e utilização das informações e dados pessoais ⁽⁶⁵⁸⁾.

⁽⁶⁵⁷⁾ Como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, para exemplificar algumas dificuldades de o regime processual penal aceitar as manifestações do direito penal, como seja exactamente a exclusão da ilicitude pelo consentimento do portador de um bem jurídico: «... muitas vezes a ficha médica de um paciente contém igualmente dados sobre a doença de outras pessoas ...» que estiveram em contacto com o paciente, e logo adiante, cita AMELUNG: «É o que acontece sobretudo no tratamento de doenças psíquicas e sexuais, isto é, nas áreas onde subsiste um ou mais sério interesse na preservação do segredo ...», *Sobre as Proibições de Prova...cit.*, p. 52.

⁽⁶⁵⁸⁾ ID, *ibid.*, p. 47

Capítulo XIII. A ineficácia ou indiferença na recusa: tratamentos compulsivos

Já defini tratamento compulsivo ⁽⁶⁵⁹⁾ como tratando-se da actuação potestativa médica medicamentosa susceptível de ser invasiva da esfera físico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde com o objectivo de protecção individual ingente, ou de uma intervenção defensiva social, ou mista, de casos concretos e tipificados de saúde.

Será fundamentalmente estribada na protecção dos interesses sociais, comunitaristas ou humanistas, garantindo uma tendencial eficácia materializada do direito fundamental à saúde, a nível colectivo e/ou individual, em caso urgente. Pode ainda verificar-se pela compressão de outros direitos fundamentais, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica e ainda assim, mercê de uma decisão judicial ou, ainda em casos mais contados: de uma decisão administrativa excepcional.

Existe também aqui uma paleta de designações alternativas possíveis: «tratamentos obrigatórios» ⁽⁶⁶⁰⁾ ou «tratamento sanitário obrigatório» ⁽⁶⁶¹⁾, a intervenção em causa inclui a «ordem de internamento ou de prestação compulsiva de (ou de submissão a) cuidados de saúde» ⁽⁶⁶²⁾. São questões do domínio do Direito da Saúde Pública ⁽⁶⁶³⁾, mediante a qual se «(...) regula a organização e a actividade da Administração Pública, movida pelos fins de

⁽⁶⁵⁹⁾ A expressão foi já empregue com sentido mais restrito, para designar as intervenções em doentes psíquicos com deficiente autonomia da vontade (cf. João BARRETO, *Doença Psíquica...cit.*, pp. 320 e ss.).

⁽⁶⁶⁰⁾ Esta a expressão, utilizada em 1945 por José CALVET DE MAGALHÃES para abranger as doenças infecciosas cuja repressão profiláctica poderia incluir a adopção de medidas de internamento obrigatório, e sob isolamento, em hospitais, nos termos do Dec. 17 844, de 31 de Dezembro de 1929; a «hospitalização forçada» dos pacientes que sofressem do *mal gálico* (doenças venéreas), conforme dispunha o Regulamento Geral de Saúde de 1901 (art. 52.º, n.º 17); ou ainda a vacinação obrigatória, *v.g.*, contra a varíola, nos termos do Regulamento de 23 de Agosto de 1911. Cf. *op. cit.*, p. 71.

⁽⁶⁶¹⁾ Cf. Giuseppe Dalla TORRE, *op. cit.*, pp. 49 e ss..

⁽⁶⁶²⁾ Cf. Sérvulo CORREIA, *As Relações Jurídicas...cit.*, pp. 68 e s.. No mesmo sentido, cf. MARTINEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, II vol., pp. 108 e ss..

⁽⁶⁶³⁾ Sobre esta matéria cf. Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública... cit.*, pp. 5 a 28

concretizar a garantia constitucional da protecção da saúde [664] e manter tão elevado quanto possível o nível sanitário da população» (665).

A matéria encontra-se actual e fundamentalmente enquadrada no regime de Vigilância da Saúde Pública, regulado pela Lei n.º 81/2013, de 21 de Julho, com o objectivo de observar e tomar medidas tendentes à:

«monitorização do estado de saúde das populações ao longo do tempo, e visa determinar o risco de transmissão de qualquer doença, ou outros fenómenos de saúde, bem como a prevenção da sua entrada ou propagação em território português, mediante controlo da sua génese e evolução» (666)

Estas tarefas envolvem várias instituições (667) que, por sua vez se encontram articuladas pelo Conselho Nacional de Saúde Pública (CNSP), cf. art. 4.º do diploma em referência com articulação em outras duas entidades: a Comissão Coordenadora de Vigilância Epidemiológica (CCVE) e a Comissão Coordenadora de Emergências (CCE), cf. arts. 5.º e ss. A Lei atribui ao CCVE a competência para operar um Sistema de Informação Nacional de Vigilância Epidemiológica (SINAVE) que será instalado, e será ainda criada uma Rede Integrada de Informação de Comunicação sob alçada de um director-geral da saúde que assumirá a qualidade de Autoridade de Saúde Nacional (ASN), tudo a ser regulamentado e a regulamentar. Assim existirá um sistema de *Entidades Sentinela* devidamente colocadas em rede com o escopo de tomar e executar os planos e as medidas de prevenção e de controlo das doenças de saúde e outros riscos em saúde pública, cf. arts. 12.º e ss.

Creio dever inserir aqui serviços como sejam os de «polícia sanitária» para as vacinações e os rastreios; a despistagem de doenças infecto-contagiosas; os serviços que lutam contra epidemias, quer para prevenção geral, quer especial, de doenças; os de internamento e tratamento de doenças mentais nas respectivas instituições hospitalares, etc..

(664) Cf. artigo 64.º da CRP.

(665) Cf. Sérvulo CORREIA, *Introdução... cit.*, pp. 48 e s

(666) Cf. art. 3.º da Lei n.º 81/2013, de 21/07.

(667) Cf. art. 3.º, n.º 2, al. b) da Lei n.º 81/2013, de 21/07, sob tutela da ARS, a saber: Direcção-Geral da Saúde (DGS); Instituto Nacional de Saúde Ricardo Jorge, I. P. (INSRJ, I. P.); Autoridades de saúde; Serviços de saúde pública sedeados nas administrações regionais de saúde; e Serviços de saúde pública, junto das localidades, sedeados nos agrupamentos de centros de saúde (ACES) ou nas unidades locais de saúde (ULS).

Tratam de poderes das *Autoridades de Saúde*, pelo qual a administração pública garante em todo o território nacional, a vigilância e a intervenção, se necessário discricionária e compulsiva, em situações que possam envolver grave risco para a saúde pública (cf. Base XIX da LBS e o art. 5.º do DL n.º 135/2013, de 04/10 desenvolvimento da Base XIX da LBS) ⁽⁶⁶⁸⁾. As funções de autoridade de saúde detêm competência especializada em matéria de vigilância sanitária e tutela sobre as unidades de saúde e fiscalizam as instituições sociais, privadas e públicas, em todo o território nacional, podendo ordenar a suspensão de actividades ou o encerramento daquelas instituições, despoletar a prestação compulsiva de cuidados de saúde a pessoas cujo estado possa ser prejudicial para a saúde pública, requisitando os meios materiais e humanos em caso de epidemias graves e *situações semelhantes* ⁽⁶⁶⁹⁾. Sobre estas e outras matérias, designadamente para o exercício dos poderes de promoção da vigilância epidemiológica por parte dos *serviços de saúde pública*, cf. Os Relatórios de actividades do MS|DGS, designadamente nos termos e para os efeitos do preceituado no DL n.º 212/2006, de 27 /10 ⁽⁶⁷⁰⁾ e nos termos e para os efeitos do preceituado nos arts. 17.º e 18.º da Lei n.º 81/2013, de 21/07, que passa a cruzar-se com a anterior ⁽⁶⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁸⁾ Este diploma visa a regulamentação da Base XIX da LBS e o alargamento dos vários níveis das autoridades de saúde, previstas de forma intercalar na Lei n.º 82/2009, de 02/04, designadamente para os ajustamentos necessários ao Regulamento Sanitário Internacional. Assim: «Para efeitos do presente decreto-lei, entende-se por autoridade de saúde a entidade à qual compete a decisão de intervenção do Estado na defesa da saúde pública, na prevenção da doença e na promoção e protecção da saúde, bem como no controlo dos factores de risco e das situações susceptíveis de causarem ou acentuarem prejuízos graves à saúde dos cidadãos ou dos aglomerados populacionais. / 2 - A autoridade de saúde detém os poderes necessários ao exercício das competências referidas no número anterior na sua área geodemográfica de intervenção, bem como os poderes relativos à vigilância de saúde no âmbito territorial nacional que derivem da circulação de pessoas e bens no tráfego e comércio internacionais.» (cf. art. 2.º, n.º 1 e n.º 2).

⁽⁶⁶⁹⁾ Cf. a citada Base XIX da LBS, n.º 2, n.º 3 e n.º 4.

⁽⁶⁷⁰⁾ O de 2010 encontra-se acessível via https://www.google.pt/?gws_rd=ssl#q=DL+n.%C2%BA+286%2F99%2C+de+27%2F07

⁽⁶⁷¹⁾ Creio ser prudente, atendendo à dispersão legislativa deixar menção dos dois preceitos que estipulam expressamente poderes de intervenção em caso de urgência e calamidade pública: Cap. IV: Medidas de excepção (Artigo 17.º: Poder regulamentar excepcional): «1 - De acordo com o estipulado na base xx da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, o membro do Governo responsável pela área da saúde pode tomar medidas de excepção indispensáveis em caso de emergência em saúde pública, incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de actividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infecção ou contaminação. / 2 - O membro do Governo responsável pela área da saúde, sob pro-

Neste tipo de casos, como afirmam Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, as intervenções dispensam a proposta de consentimento e não suscitam dúvidas⁽⁶⁷²⁾ sobre um eventual exercício de recusa, todavia, dúvidas tenho sobre se a recusa ulterior, logo que constatada uma interferência intolerável na esfera do visado não pode ser invocada e exercida, designadamente no âmbito do *direito de resistência* previsto no art. 21.º da CRP, materializável pelo força jurídica que lhe confere o preceituado no art. 18.º também daquele diploma fundamental. Eis um outro plano, afinal fulcral para a distinção do que apelidarei de *duas moedas*.

XIII. § 1.º Saúde Pública: restrições fundamentais

Questões existem que são profundamente indesejáveis e em que a intervenção do Estado parece ser inevitável, ainda que à custa da esfera individual da liberdade e da autonomia. Existem intervenções médico-medicamentosas decorrentes de *necessidades* que justificam que a vontade dos cidadãos seja subalternizada aos superiores valores e bens jurídicos envolvidos. Em rigor,

posta do director-geral da Saúde, como autoridade de saúde nacional, pode emitir orientações e normas regulamentares no exercício dos poderes de autoridade, com força executiva imediata, no âmbito das situações de emergência em saúde pública com a finalidade de tornar exequíveis as normas de contingência para as epidemias ou de outras medidas consideradas indispensáveis cuja eficácia dependa da celeridade na sua implementação. / 3 - As medidas previstas nos números anteriores devem ser aplicadas com critérios de proporcionalidade que respeitem os direitos, liberdades e garantias fundamentais, nos termos da Constituição e da lei. / 4 - As medidas e orientações previstas nos n.ºs 1 e 2 são coordenadas, quando necessário, com o membro do Governo responsável pelas áreas da segurança interna e protecção civil, designadamente no que se reporta à mobilização e à prontidão dos dispositivos de segurança interna e de protecção e socorro, devendo ser comunicadas à Assembleia da República;

Artigo 18.º (Situações de Calamidade Pública): Nos casos em que a gravidade o justifique e tendo em conta os mecanismos preventivos e de reacção previstos na Lei de Bases de Protecção Civil, o Governo apresenta, após proposta do CNSP, baseada em relatório da CCE, ao Presidente da República, documento com vista à declaração do estado de emergência, por calamidade pública, nos termos da Constituição.»

⁶⁷² Cf. FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade... cit.*, pp. 70 e s.. Estes AA. pronunciavam-se sobre o teor do art. 158.º, n.º 3, do CP, segundo o qual não se verificava a punibilidade no crime de *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* «... quando a intervenção ou o tratamento forem impostos pelo cumprimento de uma obrigação legal»; redacção esta que veio a ser suprimida pelas alterações introduzidas pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, na sequência das quais o preceito que contem o tipo de crime passou a ser o art. 156.º do Código Penal.

existe uma co-responsabilização do Estado, da sociedade e dos cidadãos nas obrigações de saúde pública, e tanto significa a possibilidade de adoptarem meios que em outras circunstâncias seriam qualificados como intoleravelmente atentatórios dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. E ofensivos de uma bateria de direitos fundamentais e do direito geral de personalidade ou de direitos específicos de personalidade, mais concretamente, do direito à integridade pessoal (cf. art. 25.º, n.º 1), dos demais direitos pessoais (cf. art. 26.º, n.º 1) e mesmo do direito à liberdade previsto no art. 27.º (todos da CRP), onde se incluem os direitos a não ser «fisicamente impedido ou constringido por parte de outrem» e o «direito à protecção do Estado contra os atentados de outrem à própria liberdade»⁽⁶⁷³⁾. Eis onde preceitos específicos e excepcionais de «harmonização» permitem que se justifiquem mais do que meras compressões dos direitos fundamentais em confluência, segundo critérios, bitolas ou medidas de equilíbrio e de proporcionalidade, mas de verdadeira intromissão e pontual colocação em posição hierárquica de molde a suprir dificuldades face a um caso concreto. É o que resulta do confronto entre os valores da autonomia, da liberdade e da saúde⁽⁶⁷⁴⁾, em que se estribam e balançam os equilíbrios viáveis⁽⁶⁷⁵⁾. Com a consciência de me repetir, reitero que o art. 18.º, n.º 2, da CRP, permite restringir os direitos, liberdades e garantias individuais quando seja necessário «(...) salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». «As limitações imanentes ou as colisões⁽⁶⁷⁶⁾ entre direitos fundamentais exigem do intérprete uma avaliação do âmbito da protecção constitucional dos respectivos bens jurídicos». A emergência de um determinado bem jurídico ou interesse relevante que pede protecção, e que esteja implícito ou explicitamente a coberto da esfera de influência de uma norma constitucional, determina medidas de restrição ou de repúdio perante outros valores *rivals* nesse caso concreto. Ensina o Mestre de Coimbra que forçoso será proceder à interpretação sobre se a norma é harmonizadora ou se a conviência implica a sobrevivência simultâ-

⁽⁶⁷³⁾ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anot. I ao art. 27.º, p. 184.

⁽⁶⁷⁴⁾ Cf.: APPELBAUM *et al.*, *op. cit.*, p. 28 e ss. e 192 e s.; João Álvaro DIAS, *op. cit.*, p. 136 e ss.; e CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 227 e s. e 552 e ss..

⁽⁶⁷⁵⁾ Desejável, segundo Jean-Marie AUBY, *op. cit.*, p. 181

⁽⁶⁷⁶⁾ Sobre estes conceitos remetemos uma vez mais para José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 213 e ss.

nea com meras compressões aceitáveis segundo modelos de proporcionalidade e de equidade ⁽⁶⁷⁷⁾.

A viabilidade das intervenções compulsivas no âmbito da nossa CRP imbrica a aplicação do critério hermenêutico previsto no art. 16.º, n.º 2, da CRP, segundo o qual os direitos fundamentais deverão ser interpretados «... em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem» ⁽⁶⁷⁸⁾.

O art. 9.º da DUDH proíbe a prisão ou detenção arbitrária de uma pessoa, e no art. 29.º, o n.º 1 e o n.º 2 consigna-se que os deveres para com a comunidade não podem permitir mais do que «... as limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros...». Em concordância com o preceituado nos arts. 8.º e 16.º, n.º 1, da CRP sobre a vigência interna do direito internacional, e tendo em consideração a DUDH, concretiza-se na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) ⁽⁶⁷⁹⁾, o regime de excepções ao direito individual à liberdade e segurança. Ora, o art. 5.º, n.º 1, al. e), da CEDH, permite a «detenção legal de uma pessoa susceptível de transmitir uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico ou de um vagabundo».

Por outro lado ainda, a disciplina constitucional do *estado de necessidade interno* ⁽⁶⁸⁰⁾ justifica também a tomada de medidas de excepção, com efeitos já não restritivos, mas sim suspensivos dos direitos, liberdades e garantias (cf. art. 19.º, n.º 1, n.º 3, n.º 4, n.º 5 e n.º 6, da CRP). Penso no estado de sítio ou no estado de emergência ⁽⁶⁸¹⁾ que sejam declarados por calamidade pública (cf. art. 19.º, n.º 2, da CRP). No conceito de calamidade pública, segundo ensina

⁽⁶⁷⁷⁾ Sobre esta matéria cf. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 225 e ss..

⁽⁶⁷⁸⁾ A DUDH, de 10 de Dezembro de 1948, foi publicada no *Diário da República*, 1.ª série, de 9 de Março de 1978.

⁽⁶⁷⁹⁾ Esta *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* foi publicada com a Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

⁽⁶⁸⁰⁾ Sobre o estado de necessidade e a sua evolução na perspectiva constitucional, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...cit.*, p. 1013 a 1021. Sobre o estado de necessidade interno, cf. ID, *ibid.*, pp. 1025 e ss..

⁽⁶⁸¹⁾ O estado de emergência implica um quadro de concreta gravidade com menor intensidade do que em relação ao estado de sítio e, conseqüentemente, com menor implicação para os direitos, liberdades e garantias (cf. art.19.º, n.º 3, e cf. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *CRP anotada...cit.*, anotações: II, IV, VI e VII ao art. 19.º da CRP).

Gomes Canotilho ⁽⁶⁸²⁾ situam-se as catástrofes naturais, as tecnológicas e os acidentes graves.

Em relação às primeiras este A. apresenta, entre outros, o exemplo das epidemias. Nas restantes poderão verificar-se também circunstâncias de ameaça concreta (incêndios, explosões, etc.) que justifiquem uma intervenção do Estado. As Autoridades de Saúde podem prosseguir medidas compulsivas para a protecção da saúde e a organização de pessoas, meios e afectação extraordinária de restrições de movimentação, requisição de bens ou serviços.

A avaliação da gravidade dos motivos justificativos e a extensão das medidas determinará o Presidente da República a tomar a decisão de declarar o estado de sítio ou de emergência, ouvido o Governo e obtida a autorização da AR, cf. art. 134.º, al. d) e art. 138.º da CRP) ⁽⁶⁸³⁾. A declaração será fundamentada, especificará os direitos, liberdades e garantias que ficarão suspensos e será ainda temporária, excepto em caso de guerra (cf. art. 19.º, n.º 5, da CRP).

Concordo com um desejável princípio de tipificação normativa prévia para as intervenções compulsivas, sentido em que é essencial determinar a *fronteira* a partir da qual a necessidade de se salvaguardar a saúde pública justifica a execução forçada das respectivas determinações ⁽⁶⁸⁴⁾. Na maioria dos

⁽⁶⁸²⁾ Que sigo nesta parte, cf. José Joaquim G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...cit.*, p. 1028

⁽⁶⁸³⁾ Se não for possível reunir a Assembleia, será a autorização proferida pela sua Comissão Permanente e confirmada pelo plenário logo que seja possível concretizar a sua reunião (cf. cit. art. 138.º, n.º 1 e n.º 2, da CRP). Relacionados com esta matéria cf. ainda os arts. 161.º, al. l; 179.º, n.º 3, al. f), em relação à A.R.; arts. 140.º e 197.º, al. f), em relação ao Governo; e 139.º, quanto ao PR interino.

⁽⁶⁸⁴⁾ Registo a opinião contrária de Augusto SILVA DIAS, para quem a ordem constitucional não permite justificar a intervenção arbitrária numa pessoa mesmo que «... a epidemia ou doença contagiosa ganhasse foro de calamidade pública». A protecção da dignidade individual é absoluta e radicalmente protegida como primeiro bem da ordem jurídica constitucional. Afirma o A.: «Ora, quando o interesse público não pode ser salvaguardado à custa da restrição da liberdade e identidade da pessoa em momentos de sério perigo — refere-se o A. ao preceituado actualmente no art. 19.º, n.º 3 e no n.º 6 da CRP —, muito menos o poderá ser em conjuntura de normalidade» (cf. *A Relevância...cit.*, pp. 136 e ss.). Pois estou em crer que o problema, e a sua solução, reside em perspectivar uma hierarquização rígida dos bens e valores constitucionais, ao invés de aceitar a convivência destes mesmos bens e valores em esferas que se comprimem e relevam quando necessário se torne. O próprio confronto de direitos constitucionalmente protegidos com a sobreposição de um sobre outro, ou outros, não significa aceitar um absoluto sentido hierárquico dos respectivos bens e valores, mas sim que no quadro concreto da vida social um determinado bem emerge privilegiado pela protecção constitucional.

casos serão bastantes medidas preventivas adequadas ⁽⁶⁸⁵⁾, e/ou, mais drasticamente, a tipificação criminal ⁽⁶⁸⁶⁾, por exemplo: o crime de *Propagação de doença, alteração de análise ou de receituário*, previsto no art. 283.º do CP para punir a recusa. Em suma, despoletada a necessidade de protecção social da saúde, «...o indivíduo não tem uma alternativa *lícita* para a decisão...» ⁽⁶⁸⁷⁾ mas pode, no entanto, permanecer obstinadamente a recusa. E então? Será que o agente médico deve prosseguir sobre o dissentimento do paciente com fundamento na protecção daquele interesse geral? A lei parece permitir a execução forçada quando estabelece como competência das *Autoridades de Saúde*: «Desencadear, *de acordo com a Constituição e a lei* ^[688], o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a saúde pública» (cf. Base XIX, n.º 3, al. c), da LBS) ⁽⁶⁸⁹⁾, não fora o «*princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas (ou restritivas) da liberdade*» ⁽⁶⁹⁰⁾, previsto no n.º 2 do citado art. 27.º da CRP, e o facto de estas medidas em referência (tratamentos compulsivos) não resultarem previstas no catálogo excepcional estipulado no n.º 3 deste preceito constitucional, excepto nos casos de internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica, nos termos a que alude a al. h). Esta questão merecerá

⁽⁶⁸⁵⁾ Penso aqui nas campanhas de divulgação e sensibilização e, bem assim, na disponibilização dos meios profilácticos.

⁶⁸⁶ GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA aceitam a derrogação do direito à integridade pessoal nestes casos, não indicando qualquer excepção que permita a execução forçada de «*intervenções no corpo das pessoas*» (intervenções que exemplificam com a vacinação e a colheita de sangue para testes de alcoolémia); pelo contrário, defendem nesta matéria, tal como nas afins — experiências médicas e científicas —, dever estabelecer-se «uma barreira infrangível contra as lesões da integridade pessoal» (cf. *op. cit.*, nota IV ao art. 25.º, p. 178º).

⁶⁸⁷ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Prática...*, *cit.*, p. 167. O itálico pertence-me.

⁶⁸⁸ O itálico pertence-me.

⁶⁸⁹ Vejam-se ainda, por exemplo, os amplos poderes prescritos no art. 33.º, n.º 4, do DL n.º 413/71, de 27 de Setembro, para usar em casos de enfermos com doenças infecciosas e cf. ainda a Circular Normativa da DGS n.º 2|DSMIA de 16/07/07 (Relativo à administração de imunoglobulina a todas as grávidas), cf. <http://www.bing.com/search?q=Direc%C3%A7%C3%A3o+de+Servi%C3%A7os+de+Profilaxia&form=IEIoTR&src=IEIoTR&pc=ASU2JS> . Cf. outros exemplos decorrentes da legislação indicada por Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 227, notas 467; 468; 468a; 469 e 469a; p. 264, nota 622 e p. 526, sobre outras situações de tratamentos compulsivos expressamente previstos na lei. Neste aspecto terá ainda interesse referir a Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949: lei geral sobre a luta contra as doenças infecto-contagiosas e o DL n.º 547/76, de 10 de Julho, relativo à Lepra (Doença de Hansen) cuja indicação recolhi em Maria João ANTUNES, *O internamento de imputáveis...cit.*, p. 117, nota 313.

⁽⁶⁹⁰⁾ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anot. III ao art. 27.º, p. 184

uma breve alusão adiante, que sintetizo desde já como futura interrogação os problemas que o Direito da Medicina provoca e com que assaltam procedimentos: como conciliar as necessidades pragmáticas das soluções quotidianas com mecanismos de intervenção necessariamente mais lentos, erráticos, dispersos e perante um quadro constitucional —directamente invocável— onde frutificam *novas constelações: a biomedicina*, por exemplo; tudo aplicável nos dramas concretos? ⁽⁶⁹¹⁾ E sinceramente estou em crer que o regime aludido no 4 anterior que se encontra sob a alçada do regime previsto na Lei n.º 81/2013, de 21 de Agosto aumenta todos os receios implícitos ao que agora descrevo, pela inserção burocrática e dispersão orgânica que o processo de decisão administrativa implica ao «articular» as decisões, consultas e funcionamento do que se oferece para uma «decisão em 24h»). Será um momento de cepticismo, convenho que sim, mas antes da receber essa censura apelo ao leitor destas linhas a prévia leitura, a análise do diploma, para depois efectuar uma conjectura hipotética de uma situação de calamidade nacional ⁽⁶⁹²⁾.

XIII. § 1.º.1 A teoria da força normativa dos factos

As inúmeras discussões doutrinárias em torno das infecções por via de (HIV) acabaram por suscitar questões próximas de novas formas de perspetivar os eixos dogmáticos existentes que se ajustaram perante as convulsões do problema. Em meros dois grupos exemplificativos traço as questões que recortaram as preocupações existentes nesta matéria. Em primeiro lugar, os problemas da segregação e da marginalização que se confrontaram com a

⁽⁶⁹¹⁾ Há data que em que revisito este texto (Julho de 2014) vivem-se momentos em que uma epidemia —o Ébola— iniciou um processo inusitado de alastramento não antes detectado nos 30 anos de que há notícia da sua existência. Inexiste vacina ou medicação com eficácia comprovada no *estado técnico das artes científicas*. Nesse período de tempo as sociedades aceleraram os meios de transporte e multiplicaram-se: estão reunidos os ingredientes para que qualquer experimentação científica seja bem-vinda. Pura e em regime de excepção, com contingências de alarme até onde as medidas tiverem de ser tomadas. Oxalá me engane, mas se existir um preço elevado nos corredores da morte que se conjecturam, ao menos que retire da quitação a justificação que me conduziu a pensar escrever a parte I do presente trabalho. Não basta criar regulamentos: é necessário pensá-los primeiro em termos holísticos, testá-los depois e observar os efeitos díspares que os *laboratórios* demonstrem (na Medicina são as unidades de saúde e os profissionais de saúde; nos Tribunais, os profissionais do foro e as suas decisões).

⁽⁶⁹²⁾ Existiu aqui um subtítulo —expurgado do texto— que se denominava: «Enterrem-se os mortos; cuidem-se dos vivos».

necessidade de processar cautelas de vigilância sanitária e de declaração obrigatória: a privacidade v.º os impactos em terceiros ⁽⁶⁹³⁾. Em segundo, a discussão sobre a possibilidade — excepcional — de se proceder compulsivamente a revelações e testes, por exemplo, no caso de ocorrer um acidente que envolva um agente médico e um paciente eventualmente infectado ⁽⁶⁹⁴⁾. A similitude com o problema das doenças contagiosas sugere aceitarem-se medidas de exceção prosseguidas pelos agentes médicos nos casos em que, apesar de o legislador não ter tipificado a conduta, se verificarem os requisitos da colisão de direitos, do estado de necessidade ou da legítima defesa. É o campo pragmático em que se digladiam bens e interesses relevantes, cuja garantia e prevalência anima debates mais interessantes, mas implica *decisionismos* legislativos, onde o legislador tomba ou para a protecção social ou para a protecção individual, sendo certo que a estas subsistirá sempre a possibilidade dos meios de defesa individual existentes na ordem jurídica.

É aqui que o comando normativo —qualquer que seja— permite encontrar a sua *prova de resistência*. A intolerabilidade social concreta deixa espaço para a teoria da *força normativa dos factos*, sem desconsiderar todas as reservas que se lhe opõem ⁽⁶⁹⁵⁾. Eis o que me parece acabar por ocorrer igualmente na doutrina na autonomia no campo do direito da medicina. É característica essencial a livre revogabilidade das decisões. O domínio de facto sobre, no seu extremo, a própria insensatez de uma opção, demonstra como não existe grande eficácia em perder o que é essencial no *senalagma* possível da relação médica e que resulta na *aliança* que a *confiança* produza ⁽⁶⁹⁶⁾. Em rigor terá

⁽⁶⁹³⁾ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anot. IV ao art. 25.º, p. 178. Cf. CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 33.

⁽⁶⁹⁴⁾ António SARMENTO: *Problemas éticos...cit.*, pp. 35 a 366; e do mesmo A.: *Seropositividade e Sida...*, *cit.*, p. 308. Este A. sustenta a admissibilidade excepcional da realização de testes na «...legislação de alguns países (...) em caso de acidentes com pessoal de saúde com sangue de indivíduos potencialmente infectados, ocorridos no decurso da sua actividade profissional». Esta discussão mereceu já a atenção da jurisprudência inglesa, bem como da americana e da canadiana, muito embora as primeiras decisões proferidas sobre a questão tenham insistentemente tomado partido pela autonomia do paciente, hoje verifica-se uma inflexão no sentido de tipificar os casos em que se pode exigir a submissão. Sobre este assunto, cf.: Gerald D. CHIPEUR, *Blood Testing...cit.*, pp. 521 e ss., e ID., *ibid.* II...*cit.*, pp. 55 e ss.; Paula KOKKONEN, *Informed Consent...cit.*, p. 588.

⁽⁶⁹⁵⁾ Sobre a questão remetemos para J. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 44 a 49.

⁽⁶⁹⁶⁾ A confiança, com as suas componentes emocionais específicas pode cegar quanto à razão, e tornar-se inexpugnável, durante o intervalo em que persistir. A psicologia ensina que esse intervalo pode ser relativamente mensurável mediante *testes*: eis o embrião para a

sido a constatação de que a intolerabilidade sobre o conselho ou sob o comando gera ineficácia que terá determinado o reconhecimento de que actuação de facto merece ser, em determinados casos acalentada e moldada na ordem jurídica. Convenço-me, por mero raciocínio de que assim aconteceu na medicina, e persistiu: a primeira norma que previu a recusa (EH) continha enunciativamente a possibilidade do exercício compulsivo... era possível abandonar o hospital depois de se ter assegurado os tratamentos mínimos. Mas o paternalismo tinha os dias contados. Faz todo o sentido. A favorabilidade inibe as interrogações durante o espaço de tempo em que se mantenha. Se for necessário aumentar o arco de tempo em que a favorabilidade é necessária, então é necessário alimentá-la. Fornir o diálogo significa esconjurar o receio. Mas de pouco importa isto quando o quadro legal não ajuda. Veja-se o seguinte exemplo e o drama do problema:

Como muito pertinentemente apontou Maria João Antunes ⁽⁶⁹⁷⁾, pouco tempo depois da aprovação do texto constitucional a questão da inconstitucionalidade de algumas medidas específicas privativas da liberdade que *escaparam* à tipificação não impediu o legislador de instituir medidas de internamento compulsivo hospitalar para o combate à doença de *Hansen* ⁽⁶⁹⁸⁾. Estas resultavam em uma sentença proferida após requerimento do Ministério Público ou de autoridade sanitária e proferida em relação aos «...doentes que, por negligência ou recusa não cumpram as prescrições terapêuticas ou as indicações consideradas indispensáveis para a defesa da saúde pública», cf. art. 5.º, n.º 3, do DL, n.º 547/76, de 10/07. A verdade é que os restritos limites e requisitos das causas de justificação e de exclusão, e a casuística factual que os suscita, impõem, uma vez mais, dúvidas sobre se as limitações destas virtualidades servem os propósitos que se colocam em termos abstractos. No caso concreto, a verificação acaba, ao menos, por ser feito no âmbito do inquérito judicial. Mas sabe a pouco esta resposta do jurista ao médico que inquire se a resposta ao problema que tem pela frente —hoje tudo é urgente— tem de esperar pela decisão do Tribunal. Pior: se ouve dizer que terá de ser elaborada a lei para dar solução ao estado de calamidade ou

funcionalidade da recusa. Para mais desenvolvimentos, cf. Ronald DORON e Françoise PARROT (org.), *Dicionário de Psicologia*, Climepsi ed., 2001, ISBN 972-8449-70-4, pp. 164 e ss.,

⁽⁶⁹⁷⁾ Cf. Maria João ANTUNES, *op. cit.*, p. 117, nota 313.

⁽⁶⁹⁸⁾ A lepra.

para intervir sobre uma pessoa portadora de um vírus cujo contágio seja grave. Nada disto sossegará as apreensões de ninguém.

Outro exemplo clássico situa-se na figura da justificação da ilicitude, ou da exclusão da culpa. Como resolver a qualificação da conduta do prestador de cuidados de saúde que, sem qualquer meio alternativo à sua disposição, extrai compulsivamente sangue a uma outra pessoa e concretiza a transfusão salvífica para um utente? ⁽⁶⁹⁹⁾ Por um lado, avulta a proibição de *reificação* da pessoa humana mercê de uma instrumentalização infundamentada; por outro lado, situa-se o teste da recusa. Quanto ao primeiro aspecto há que analisar a concreta colisão de bens e valores e a respectiva graduação lesiva. No caso, a integridade pessoal e a liberdade; centrando-se em ambas o desvalor da actuação ⁽⁷⁰⁰⁾. Com efeito, atendendo exclusivamente à integridade física do dador forçado de sangue, dissociada da autonomia, não repugnaria aceitar a compressão da protecção deste bem pelo da protecção da vida. A autodeterminação, ainda que não tenha de ser objecto de um fundamentalismo, exige um quadro legal de justificação. Já antes respondi da seguinte forma: «A falta desta tipificação legal conduzirá, em princípio, a repudiar toda a instrumentalização do ser humano, por lhe retirar a ponderada fundamentação em que aquela será excepcionalmente aceitável. Pois por aqui, também por regra, a resposta será a prática do crime de *ofensa à integridade física* e a posterior averiguação da existência de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa. A segunda baliza também parece indicar, igualmente em regra, uma resposta negativa. A indisponibilidade manifestada não é ilícita. A protecção da solidariedade social não impõe o auxílio à custa da própria integridade física, especialmente se não existir um dever de auxílio. Assim

⁽⁶⁹⁹⁾ O exemplo é conjecturado por Augusto SILVA DIAS, para quem se deve extremar a defesa da autonomia: não se pode deixar de excluir neste âmbito «... toda a possibilidade de compensação inter-pessoal» (cf. ID *op. cit.*, pp. 134 e s.). Sem conceder, prefiro a ideia da *proibição da instrumentalização ostensiva das pessoas*, avançada por este A., para, a partir dela, encontrar a delimitação do campo em que se deva justificar a ilicitude de uma conduta.

⁽⁷⁰⁰⁾ ID, *ibid.* A protecção absoluta da liberdade não permite responder ao facto de existir pelo menos um caso no nosso ordenamento jurídico em que o legislador aceita comprimir a liberdade individual em benefício da protecção da vida, como nos parece resultar evidente da proibição da cessação voluntária da gravidez fora do quadro das excepções admissíveis previstas na lei.

não acontecerá, porém, se se verificarem os termos de exigibilidade a que alude o art. 200.º do Código Penal» (701).

XIII. § 1.º.2. A teoria da confiança

É exactamente no ramo da psiquiatria e na sua história que vou recolher as sementes para justificar, quer as componentes de informação e de esclarecimento, quer a inércia com que os requisitos da autonomia justificam o teste da recusa. Tudo se explica de forma simples. De acordo com as evidências, em cerca de 200 anos, os profissionais de saúde que se dedicaram à psiquiatria viram o seu estatuto de «curandeiros do manicómio terapêutico» transformar-se em «guardiões do *prozac*» (702). Verdade seja dita que o processo foi algo comum às várias especialidades ou disciplinas médicas. Mas as várias nosologias foram transitando de disciplinas e, como se exemplifica, oriundos da psiquiatria os avanços da neurologia receberam, vg, os acidentes vasculares cerebrais; os pediatras o atraso mental e as componentes das consultas de avaliação da sexualidade juvenil; a obstetrícia os desarranjos psíquicos de certas nosologias hormonais (menopausa); a medicina interna recebeu partes da epilepsia; os psicólogos uma parte dos desvios de natureza social, e assim por diante. E se compulsar com alguma liberdade o *Manual de Doenças Mentais* de Júlio de Mattos (703), encontro uma série de patologias que se afastaram do campo da psiquiatria, umas porque se esclareceram no campo da ciência, outras porque de lá saíram definitivamente. Segundo Edward Shorter, a psiquiatria arriscou em determinado momento —arrisca ainda— ser ultrapassada pela *medicalização* que vai estiolando a raiz dos significados das nosologias cerebrais, tal como aconteceu já com outras disciplinas científicas, como seja a hidroterapia, que, mantendo-se residual, foi nitidamente superada pela ciência. Esta primeira asserção catastrófica não deixa de conviver com notícias que revelam um aumento do *mercado* (704), e seguramente o proble-

(701) Não vejo razão para alterar o que pensei, cf. *O Consentimento*, p. 303. Sobre o crime de *omissão de auxílio*, cf. as anotações de AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO ao art. 200.º do Código Penal, in *Comentário Conimbricense...cit.*, pp. 846 a 863.

(702) Cf. Edward SHORTER, *Uma História da Psiquiatria. Da era do manicómio à era do prozac*, Climepsi Ed., 2001 (ISBN 972-8449-79-8), pp. 322 e s.

(703) Cf. ID, *op cit.*.

(704) Sobre aumento de suicídios e depressões (crise), cf. <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&cad=rja&uact=>

ma não reside nas disponibilidades dos medicamentos e na sua evolução. O problema da psiquiatria, segundo este especialista, reside no tempo necessário às *leges artis medicinae* e usa para o efeito o seguinte exemplo do malogrado defensor da «medicina humanista» Mark Franklin Longhurst:

«Pondere-se este confronto: “Tenho-me sentido cansada, em baixo e chorosa” disse uma doente. “Parecia grave e embora eu vá raramente ao médico, achei prudente fazer um *check-up*. Ele ouviu-me durante dois minutos (sem sequer olhar para mim) e disse subitamente: “Você está deprimida”, estendeu-me uma receita e saiu». A doente ficou tão furiosa que bateu com a porta do gabinete e correu para casa em lágrimas. “Pelo que ele se importava eu bem podia ser uma peça de mobiliário — e nem sequer fui observada!”» (705)

É bem verdade que muita da essência do que resulta do relato não é problema privativo da medicina, mas é esta que conta aqui e agora. E a questão entra em paroxismo nas demais disciplinas e especialidades dos prestadores de cuidados de saúde. De acordo com E. Shorter a psiquiatria constitui uma especialidade médica *especializada* no diálogo, i.e., na relação médico-paciente. Foi pois esta notícia que me levou a procurar por ali os ingredientes que aqui me faltam. Independentemente de a formação se prender preponderantemente com a vertente psicoterapêutica ou com a neurocientífica, até o tirocinante de psiquiatria rapidamente assume no seu processo de aprendizagem «que oferecer o seu tempo aos doentes é a essência da sua arte.» o tempo médio da medicina interna ou de obstetrícia dura normalmente menos 30 minutos do que a de psiquiatria (706). O resultado é uma combinação progressiva entre a medicação e a psicoterapia, com vantagens, além da mera adição temporal, já que o discurso e o conhecimento vai permitindo ao próprio paciente desenvolver uma compreensão que potencia o auto-

[8&ved=oCDUQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.jn.pt%2FPaginaInicial%2FSociedade%2FInte-rior.aspx%3Fcontent_id%3D3070960&ei=vXDvU6KkGaqaoQWtvIGwBA&usg=AFQjCNGnxIhjPx1Ws7kYj7IzOpal-IGglw&sig2=BpqZGQqNxf5osWgmTBbkqA&bvm=bv.73231344.d.bGQ;](http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Inte-rior.aspx?content_id%3D3070960&ei=vXDvU6KkGaqaoQWtvIGwBA&usg=AFQjCNGnxIhjPx1Ws7kYj7IzOpal-IGglw&sig2=BpqZGQqNxf5osWgmTBbkqA&bvm=bv.73231344.d.bGQ;)
 Casoso de crianças com depressões, cf. http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=oCCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.noticiasaoiminuto.com%2Fpais%2F215795%2FCasos-de-criancas-com-depresso-es-e-ansiedade-dispa-ram&ei=vXDvU6KkGaqaoQWtvIGwBA&usg=AFQjCNGGddBpI_I5L5w1OFZfWDo6jCBkyw&sig2=uWgT5s7XoAzoqKMfgd21hg&bvm=bv.73231344.d.bGQ.

(705) Cf. Mark F. LONGHURTS, *Angry Patient, Angry Doctor*, *Canadian Medical Association Journal*, 123 (1980), pp. 597-598.

(706) Cf. Kelly KELLEHER *apud* Edward SHORTER, *História da psiquiatria... cit.*, p. 323.

processamento da(s) desorientação(ões) cognitiva(s) que ocorre(m) na sua doença.

«Parece ser verdade que se potencia uma certa catarse alcançada quando se conta a própria história a uma figura que se respeita, e essa figura não é apenas um amigo ou confidente mas um médico. O sofrimento humano reage à palavra dita com compaixão por pessoas colocadas no papel da cura», disse um observador «Embora os homens saibam disto há muito tempo, continua a ser uma boa nova» (707)

Para a psiquiatria acabou por ser uma excelente alternativa ao dilema que o início do séc. XX lhe oferecia: o encarceramento terapêutico em campos hospitalares, onde, como em um armazém, se aguardava que houvesse reclamação do estado psíquico prévio, fosse pelo próprio, fosse pela ausência de quem ou o que o levasse...; ou o das intervenções psicocirúrgicas que continham o condão de acalmar.

Mas o que me interessa realçar é que o Direito da Medicina possui a faculdade de agarrar este exemplo da psiquiatria e de o generalizar, e introduzir nas *leges artis medicinae* o que por ali falta: as componentes da relação médico-paciente que levem à concretização da confiança, da aliança terapêutica. O diálogo, explícito, consome tempo; o tempo que se mostre adequado para desencadear a compreensão. Quando não integralmente, ao menos para que se instale um conhecimento suficiente que determine a confiança. Esta pode igualmente conduzir por força desse simples e mero *esclarecimento* a que o utente *não deseje saber mais*, inserido que está na aliança médico-medicamentosa.

E nisto se resume o quadro geral do *teste da recusa*. A recusa subsiste na inquirição, curiosa ou suspeitosa, sobre o devir e os seus mistérios, até onde possa ser desvendada. Se ao paciente for *garantido* pelo prestador de cuidados de saúde um *resultado* (—vai ficar bom! vai voltar a ver, a andar, atc.) e estiver a mentir —mesmo que piedosamente— está a falhar o teste da recusa.

(707) KENETH S. BOWERS *apud* Edward SHORTER, *História da psiquiatria... cit.*, p. 323. (A tradutora, Fátima ANDERSEN, deixa uma referência quanto à expressão compaixão que não me inibo de reproduzir: «na nossa cultura a palavra compaixão já não tem infelizmente, este seu significado de profunda e genuína empatia, significado que vinha ultimamente a recuperar por influência da espiritualidade oriental mas também da própria reformulação católica. Então, uma vez mais para todos, esta palavra que é uma combinação extraordinária — com»+«paixão— foi, como tantas têm sido na nossa língua, completamente banalizada e desvirtuada»). Não partilho o cepticismo. Julgo encontrar entre cada uma das espiritualidades e no racionalismo mais extremo a «entrega» que interpretei na tradução. Mas o que é preciso é tempo: *carpe diem*.

O exercício da actividade médica consiste em uma *obrigação de meios*, logo deve existir uma consciência da álea correspondente, mínima ou praticamente inexistente para riscos de verificação muito afastada, é certo. Mas à medida que aumenta o carácter invasivo, mais a mais, com diminuição do carácter terapêutico, sabendo-se que o estado dos conhecimentos configura o risco, este deve ser colocado, de sorte a que o utente seja conduzido a satisfazer a sua curiosidade ou a bastar-se com a sua ignorância.

A confiança constitui um conceito igualmente utilizado no campo da psicologia, cuja análise se revela oportuna para o que venho defendendo. A confiança implica em psicologia os *limites* a partir dos quais se delega, em que os parâmetros de satisfação individual conferem graus de precisão de conhecimento suficiente para traçar um *intervalo*, em que a pessoa possui o rigor habilitante de que necessita para (se) entregar a outrem o que pretende ou o que lhe é solicitado.

Esse *intervalo* constitui um *arco* de tempo. E a relação entre o paciente e o agente médico necessita de circunscrever não apenas o *arco* como cimentar o conjunto de valores que o compõem. Esses valores são as informações necessárias à aceitação de uma proposta. A fórmula parte de uma ou mais hipóteses, para as quais se estabelecem parâmetros e adentro destes, as soluções — viabilidades — que a esses factos se associam evidências de actuação. Estas evidências são o resultado do estado da arte e do limiar dos conhecimentos aplicáveis. Daqui nascem, com precisão, as *propostas* de actuação, e entre estas as *eleitas*.

Eis o processo que é processado pelo decisor, por qualquer decisor: a) significado dos factos *coados*; b) o fluxo sensível subjacente (representações consequentes); c) O acto de intelecção prática; d) a reflexão pragmática; e, por último: — a decisão.

Estas fases intelectivas —que podem ser simplificadas à compreensão imediata, à entrega pela confiança, ao que decorre em reflexão demorada, e pode dar azo a um permanente processo de certificação de factos, premissas, etc.— são comuns e geram o que Bernard Lonergan ⁽⁷⁰⁸⁾ sintetiza magistralmente:

(708) Cf. Bernard LONERGAN, *Insight... cit.*, pp. 701-707.

«Puede poseer también alternativas externas, cuando se consideran simultaneamente diferentes cursos de acción y, en tal caso, el consentimiento a uno y el rechazo a los demás constytuen una elección.»

A missão de esclarecimento do profissional de saúde pode então passar por esse simples teste. Facultar os dados suficientes para que o paciente decida em sentido da anuência, no sentido desejável da beneficência; ou, pelo contrário, inquirir... é o teste de recusa.

Ao colocar deste modo a fórmula desvio-me dos modelos —e das respectivas interpretações— que são classicamente fornecidas por Tom L. Beauchamp e por James F. Childress (709), já que estes autores limitam-se a emprestar ao procedimento da autonomia III fases, em que inserem a capacidade e voluntariedade (pressupostos), na I; a revelação, recomendação e entendimento (informação) na II; e decisão e a autorização (consentimento) na III. Assim, acabam por afirmar —reconhecer— que a recusa significa alterar a III fase, sendo certo que as modificações na II são inevitáveis... O mesmo é dizer que parece semelhante, mas é, afinal, completamente diferente. Trata-se de outro modelo. É o antípoda.

Esta última forma de enunciar o modelo, ao invés de o processar segundo um mecanismo simples conduz ao que já Appelbaum advertia ser a pecha —os temores— do consentimento... para ser informado aumentam-se as hipóteses indesejadas de recusa (710), sendo certo que é o próprio quem explica que o receio é mero *fantasma*. Parece ser exactamente o contrário que acontece. Tal como a racionalidade leva igualmente a acreditar, a inteligência, devidamente *alimentada*, conduz a soluções sensatas; caso contrário, uma de duas: ou não está bem *alimentada* ou a solução não é sensata (de todo ou para o interessado). É legítimo.

O teste permanece à disposição. Se o paciente entra pelo hospital e vai colaborando com o que lhe explicam e acede ao que lhe pedem para fazer, tudo prossegue na senda do consentimento, seja por esclarecimento, seja porque não se lhe oferecem dúvidas: tem confiança. Se indaga e as respostas o satisfazem, prossegue o consentimento. Se recusa e pretende arrepiar caminho, logo os prestadores de saúde se acercam para lhe fornecerem explicações

(709) Cf. Tom L. BEAUCHAMP e por James F. CHILDRESS, *Princípios de Ética Biomédica... cit.*, pp. 162-167.

(710) Cf. Paul S. APPELBAUM *et al*, *Informed Consent... cit.*, pp. 202 e ss.

mais minuciosas sobre o que lhe pode acontecer de pernicioso. Eis o teste vivenciado agora de forma simples. Eu próprio já o ensaiei. Foi assim mesmo que aconteceu.

XIII. § 2.º A Indiferença da Recusa: outros casos:

No que respeita a autonomia em sede de tratamento compulsivo, fica assente ficar vedado ao utente a possibilidade de, licitamente, recusar o que é proposto pelas autoridades de saúde para a salvaguarda dos interesses e necessidades públicas. Mas a desnecessidade de respeitar o prévio consentimento não prejudica o dever (independente) de serem fornecidas as informações prévias ao acto compulsivo, certificando-se o esclarecimento do paciente. Como defende Guilherme de Oliveira, «...a limitação do direito à livre determinação do sujeito só pode ser restringido na estrita medida em que o interesse público o exigir; e o interesse público só exigirá que se retire a faculdade de recusar a intervenção, sem se retirar o direito de ser esclarecido sobre ela — esclarecimento que favorece a adesão do indivíduo ao acto imposto e, assim, respeita a sua dignidade» (7^u).

Assim, o tratamento compulsivo, quando permitido, não despreza a autonomia, persistindo o que viabiliza o *teste da recusa*, sem a decisão, ie., a informação e o esclarecimento. Estes passos serão sempre importantes para o respeito pela dignidade humana, ainda que comprimida pela necessária protecção de outros valores e bens fundamentais.

Embora sinteticamente, para o que aqui importa, sem exaurir, afloro questões avulsas em que se verificaram dúvidas sobre a legitimidade da intervenção compulsiva, a saber:

XIII. § 2.º.1. A Indiferença da recusa: Os tratamentos em detidos

A pena de privação da liberdade não retira ao preso a sua dignidade humana, pelo que o regime prisional pressupõe um princípio geral de humani-

(7^u) Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Prática...cit.*, p. 167.

dade no tratamento dos detidos ⁽⁷¹²⁾. Entre o conteúdo essencial dos direitos que permanecem intocados ⁽⁷¹³⁾ consta a autodeterminação, como corolário do direito à integridade física?

A assistência médica prestada aos reclusos em estabelecimentos prisionais vem prevista em termos especiais no Lei n.º 21/2013, de 21/02, que introduz o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL). A regra geral consiste em o tratamento médico ser prestado por força da titularidade que mantém dos seus direitos fundamentais, cf. art. 6.º, sem prejuízo das limitações que integrem a decisão judicial tal como as que decorrem da lei e das condições concretas de ordem e segurança do estabelecimento prisional. Posso pois retirar que a autonomia permanece como regra geral, levando a que ao recluso seja garantida a protecção da vida, integridade pessoal e liberdade de consciência, cf. art. 7.º, al. a), tal como ter acesso em condições de plena igualdade ao SNS, cf. o mesmo preceito al. b) CEPML. No mesmo sentido segue a melhor doutrina entre nós ⁽⁷¹⁴⁾.

Onde se verificam expressos desvios é no campo dos deveres, designadamente os constantes do art. 8.º, al. f), g) e i), designadamente: revelar com prontidão «as circunstâncias que representem perigo considerável para a vida, integridade e saúde próprias ou de terceiro»; e «sujeitar-se a testes para detecção de consumo de álcool e de substâncias estupefacientes, bem como a rastreios de doenças contagiosas, sempre que por razões de saúde pública ou as finalidades da execução da pena ou medida o justifiquem». A possibilidade de, em termos gerais, verificar-se uma execução coerciva nos casos em que esteja em causa a defesa da saúde pública não oferece dúvidas para Anabela Miranda Rodrigues, «... desde que se respeitem os princípios que regem as restrições de direitos — aqui com o particular cuidado devido à natureza do direito que se limita (a autodeterminação sobre o corpo e a saúde)», aceitando ainda a possibilidade de intervenção obrigatória fora dos casos previstos

⁽⁷¹²⁾ Sobre este assunto e a evolução dos regimes, cf. Anabela MIRANDA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso...cit.*, pp. 12 e ss.; e da mesma A.: *Novo Olhar... cit.*, pp. 7 e ss. e pp. 65 e ss.

⁽⁷¹³⁾ ID, *A Posição... cit.*, pp.163 e ss.. Sobre o direito do recluso à saúde, cf. ID, *Novo Olhar... cit.*, pp. 101 e ss..

⁽⁷¹⁴⁾ Como já ensinava Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar... cit.*, pp. 58 e ss., e reiteradamente, pp. 168 e ss.. Esta A. sublinha com perfeita actualidade a configuração do direito a não ser tratado como manifestação do direito de ser diferente, tal como o conceito de tratamento.

na lei geral para a saúde pública quando a intervenção seja «... extensiva a outras espécies de meio-físico onde se levantem problemas análogos (hospitais, quartéis, etc.)» (715). Existe uma circunstância especial de consentimento do recluso: o que resultar do exame médico a que será submetido antes da sua libertação, caso seja ponderado que a mesma pode causar «perigo para a sua vida ou perigo grave para a sua saúde», em que, pós consentimento, fica a decisão na discricionariedade do Director do estabelecimento. O que se aplica á reclusa durante a gravidez ou puerpério ou após a cessação da gravidez (cf. art. 25.º do CEPMPL).

Todo o Título VII do CEPMPL) é dedicado à saúde, enunciando o art. 32.º os princípios gerais de acesso a cuidados de saúde sem discriminação, incluindo no âmbito do SNS; sendo-lhe facultado o direito de opção (*intuitu personae*) na escolha de profissional de saúde a suas expensas, possuindo um processo clínico individual, com garantias de confidencialidade. O art. 33.º permite-lhe o acesso —constitui um direito— de informação genérica e específica sobre cuidados de saúde, sendo certo que o n.º 2 deste preceito determina expressamente que: «podem ser impostos ao recluso rastreios de doenças contagiosas, de acordo com as orientações dos serviços clínicos, sempre que razões de saúde pública ou as finalidades da execução da pena ou medida o justifiquem.».

Já no que concerne ao rastreio de «doenças transmissíveis», as mesmas carecem do consentimento do recluso, pelo que a estas pode o mesmo negar-se, cf. art. 33.º, n.º 3 (a *contrario sensu*).

Algo de *sui generis* resulta do preceituado no art. 34.º n.º 1 e n.º 3: de acordo com a conjugação destes preceitos cabe ao director do estabelecimento autorizar a saída do recluso para a recepção de cuidados ambulatorios «sob proposta dos serviços clínicos»; e da mesma sorte, no n.º 3 em referência «o internamento em unidade de saúde não prisional depende de autorização do director-geral dos serviços prisionais, salvo urgência médica, caso em que o director do estabelecimento determina o internamento, comunicando-o de imediato ao director-geral.». Salvo o devido respeito, muitas dúvidas me sobram sobre o acerto da redacção. Coloca director e o director-geral em papel que apenas coincidentemente poderá ser médico. Ora a decisão da prática de acto médico é exclusiva de profissional de saúde, pelo que o resultado inter-

(715) Cf. Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar...cit.*, p. 108 e s..

pretativo há-de ser feito em conformidade. Existindo proposta de serviço clínico no sentido da conveniência na prestação de serviços de saúde a decisão em contrário do director poderá —e deverá— acarretar as responsabilidades inerentes caso se desvie de algo que fica vedado ao legislador que é conferir a qualidade de *profissional de saúde ad hoc*. Espúrio se revela igualmente a determinação formal de internamento pelo director-geral no caso do n.º 3. Caso se verifique um problema formal de delegação de poderes e a impossibilidade momentânea de proferir o «despacho» poder-se-á dar «uma desgraça». O resultado é o indesejado: há que prever que o legislador se soube expressar, mas não parece ser este o caso (cf., art. 9.º do CCiv.).

O art. 36.º (casos de internamento, doença grave ou morte), previne a existência de DAV (agora reportadas ao regime mais alargado em que integro o RENTEV e o RENNDA, fornecendo ainda mecanismos que habilitem os profissionais de saúde a formarem a decisão substituída que se imponha, mediante a consulta de pessoas da esfera próxima do recluso. Todavia, é no preceituado no art. 35.º do CEPEMPL, que me parece dever concentrar atenção: estabelece este preceito as regras específicas no que concerne aos «cuidados de saúde coactivamente impostos», e daqui, resultam excepções ao regime geral da autonomia, com restrições ao respeito pela recusa informada sem prejuízo dos casos já enunciados. Reproduzo o preceito:

«1 — As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação não podem ser coactivamente impostos, salvo nas situações previstas no presente artigo e nos termos da lei. / 2 — As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos podem ser coactivamente impostos ao recluso em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para o corpo ou para a saúde de outras pessoas. / 3 — As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação podem ainda ser coactivamente impostos se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e se o seu estado lhe retirar o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa. / 4 — As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coactivos limitam-se ao necessário e não podem criar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso. / 5 — As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coactivos são ordenados por despacho fundamentado do director do estabelecimento prisional e executados ou ministrados sob direcção médica, sem prejuízo da prestação dos primeiros socorros quando o médico não puder comparecer em tempo útil e o adiamento implicar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou saúde do recluso. / 6 — As intervenções, os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coactivamente impostos são imediatamente comunicados ao director-geral dos Serviços Prisionais.»

A possibilidade de se forçarem os reclusos a intervenções médico medicamentosas parece apenas ser excepcional, e não cai fora da disciplina hierárquica do estabelecimento. É certo e compreensível que as actuações que coloquem em perigo terceiros (cf. n.º 2) permitem actuação, mas já o n.º 3, em conjugação com o n.º 4, introduz a solução para o problema clássico da intervenção forçada em caso de «greve da fome» levada às suas últimas consequências. E ao optar pela solução *paternalista* —que não deixa de ser legítima— acaba por se colocar em crise a solução visada, mercê da generalidade e abstracção emprestadas. Assim por exemplo, se o recluso, não elaborar nenhuma DAV, ao chegar a um ponto em que não possua o discernimento as instruções não formais que tenha dado e que constem do seu processo podem ser desconsideradas, e não me refiro à «greve da fome». Paradoxalmente, em caso de «greve da fome» a eficácia desta decisão fica fora do alcance do director, já que a última parte do n.º 3 refere expressamente como condição cumulativa já não possuir discernimento. Exactamente o que as DAV permitem solucionar. Ou seja, um detido pode levar uma greve da fome até à suas últimas consequências caso elabore uma DAV.

Não obstante a opção do legislador em comprimir o direito fundamental de autodeterminação do recluso além das já referidas medidas face à saúde pública (calamidades), o cerceamento da autonomia do recluso parece pisar um pouco mais do que as meras regras de funcionamento da instituição global que é a prisão ⁽⁷¹⁶⁾ parece ter-se frustrado a intenção da protecção Estadual em relação ao recluso, em torno dos especiais problemas do suicídio ⁽⁷¹⁷⁾, não tanto

⁽⁷¹⁶⁾ Sobre este aspecto da matéria não será pior reflectir o ensino de Manuel da COSTA ANDRADE que parece emprestar uma densificação das dificuldades em torno deste problema, cf. *Consentimento e Acordo...cit.*, p. 408, nota 129.

⁽⁷¹⁷⁾ Quer Manuel da COSTA ANDRADE (*ibid*) quer Rabindranath CAPELO DE SOUSA (*op. cit.*, pp. 206 e s., nota 401), tratam o tema da alimentação forçada dos reclusos associada ao do suicídio, ainda que, como o faz este último A., distinga as motivações deste com os da *greve de fome*, pelo menos em regra. O suicídio constitui tema recorrente nas abordagens do sistema prisional, assim, por exemplo: cf. nos *Textos de apoio* do Encontro Nacional sobre *Saúde Mental em Ambiente Prisional*, as intervenções de ANTÓNIO ALVES GOMES e ÁLVARO CARVALHO, *O suicídio...cit.*, e de DANIEL SAMPAIO, *Suicídio...cit.*, pp. 59 e ss. e 76 e ss., respectivamente. O «reflexo prático-clínico dos fenómenos reactivos, de adaptação e psicopatológicos, ligados ao encarceramento...» foram objectivos apontados pelo protocolo de cooperação celebrado entre a Direcção Geral dos Serviços Prisionais do Ministério da Justiça e o Serviço Universitário de Psiquiatria e Saúde Mental da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Nova de Lisboa, em Maio de 1987 (cf. *Textos de apoio* do Encontro Nacional sobre *Saúde Mental em Ambiente Prisional...cit.*, pp. 14 e s., e cf. o discurso do Ministro da

pelo «pensamento legislativo», que acalenta a ideia, mas pelo facto de a conjugação dos preceitos e das respectivas teleologias levantarem dúvidas sobre se o regime das DAV não vieram sanar a nítida preocupação pelas dúvidas «pro-vita» que a irreversibilidade da decisão de eventual protesto acarreta. Ora diante, o discernimento pode ser prospectivamente afirmado.

De todo o modo a letra da lei continua a abarcar uma realidade maior do que a decisão consciente de morrer pela recusa de um tratamento médico. Basta a verificação de grave perigo para a saúde, que não só perigo de vida, para justificar os tratamentos coercivos. Mas, por força do que avancei em relação às DAV já não estão definitivamente comprometidas, por exemplo, as alternativas de diagnóstico ou de terapêuticas que, sendo menos eficazes, se revelem igualmente menos invasivas da esfera físico-psíquica da pessoa e, por isso, sejam toleradas e preferidas pelo paciente, ainda que aumentem o risco de insucesso e, eventualmente por isso, integrassem putativamente o algo difuso conceito de *grave perigo para a saúde* utilizado pelo legislador. Em suma, a recusa consciente de tratamento que possa salvar, ou dilatar a duração da vida, não está comprometida ao detido, tal como a opção por determinada qualidade de vida no decurso do processo da doença fatal, uma vez seja concretizada uma DAV nesse mesmo sentido.

Fica assim a legislação, valendo a bondade da interpretação exposta, em consonância com a doutrina. Esta parecia afastar-se do resultado da faculdade de desrespeitar a vontade do recluso, embora pela discussão em torno dos valores constitucionais invocados. Costa Andrade, antes ainda de encarar a constitucionalidade destas medidas compulsivas, sugere se «esgotem todos os meios hermenêuticos disponíveis para identificar e clarificar (...) o próprio regime» ⁽⁷¹⁸⁾ em causa, reduzindo a possibilidade de aplicação concreta da alimentação e dos tratamentos compulsivos ao recluso. Isto porque considera a bondade do argumento de Bottke, que cita, segundo o qual será de atender à identidade de relevância da vontade, num quadro factual em que nada justifica seja alterado por força de se verificar num estabelecimento prisional ou fora dele. Se a *greve da fome* ocorrer por razões de protesto social ou político, prosseguida em consciência por um cidadão em liberdade, a intervenção compulsiva será ilegítima. Neste mesmo argumento se centra Capelo de Sou-

Justiça in *BMJ*, n.º 366, 1987, pp. 7 e s.). Sobre esta questão, cf. ainda HENRIQUE RODRIGUES DA SILVA, *Evolução...cit.*, pp. 38 e ss.

⁽⁷¹⁸⁾ Cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...cit.*, p. 410, nota 129.

sa para, invocando «o direito de ser deixado sozinho» e «os direitos à liberdade de expressão e à defesa de bens ou valores reputados idóneos pelo grevista», concluir pela ilicitude da alimentação forçada (719).

Em suma, como afirmei anteriormente, a reclusão, como medida preventiva, como medida reeducativa ou ressocializadora, ou como pena retributiva, não deverá afectar mais do que esta esfera externa da liberdade, permanecendo absolutamente protegido o resíduo de liberdade que é indissociável da dignidade humana. Esta será ainda uma manifestação da última instância interventora dos meios de tutela do Estado que comportam a privação da liberdade. Entre as esferas de intervenção do Estado o Direito Penal ocupará a última. Será possível prender o corpo, onde o exija a intolerância da justiça, mas a alma e a consciência serão sempre intrinsecamente livres, por idêntica consequência da justiça.

Anabela Miranda Rodrigues admite a intervenção coactiva em determinados casos (720), justificando a limitação dos direitos individuais de liberdade e de autodeterminação «... no interesse do Estado em preservar a vida e em manter a ordem e a segurança do estabelecimento [prisional], nos termos estritamente necessários à satisfação destes interesses» (721). É nestas circunstancialismo que a A. coloca a possibilidade de intervenção coactiva no caso de greve de fome e da auto-mutilação, mas apenas a partir do momento em que se verifique *um perigo grave para a saúde ou para a vida do recluso*. Pelo lado do paciente estão as suas liberdades de protesto e de reivindicação, embora limitadas pela necessidade de manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento face a um *significativo* transtorno da vida social no seio da população prisional. As mesmas razões agora sem a motivação justificante em que consiste a verificação de um conflito entre os interesses do recluso e os interesses do Estado, conduzem a idêntica conclusão no caso da tentativa de suicídio e no da verificação de risco para o recluso em consequência da

(719) Cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 207, nota 401.

(720) De fora ficaram já os casos em que se verifica para o paciente uma criação fortuita do risco (por exemplo: SIDA ou cancro), em que o tratamento coactivo não é admissível, cf. Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar... cit.*, pp. 109 e ss..

(721) Cf. ID, *ibid*, p. 121.

vida prisional (por exemplo: uma amputação em consequência de um acidente laboral) ⁽⁷²²⁾.

XIII. § 2.º.2. A Indiferença da recusa: O internamento compulsivo de doentes afectados por anomalia psíquica

O internamento compulsivo de doentes afectados por anomalia psíquica é uma realidade contemplada na *Declaração dos Direitos do Deficiente Mental* ⁽⁷²³⁾, encontra-se a sua delimitação negativa prevista no art. 7.º da CDHBio, e tem ainda reflexo em legislação avulsa ⁽⁷²⁴⁾, merecendo naturais cuidados especiais, desde logo que seja prosseguida em estabelecimento especializado e que não possua finalidades de mero *armazenamento*, mas sim um escopo preventivo e terapêutico e preventivos.

O internamento de paciente portador de doença do foro mental que revele perigosidade para si ou para terceiros é tradicionalmente caracterizado como

⁽⁷²²⁾ Para uma melhor compreensão e desenvolvimento destas matérias remetemos para ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar... cit.*, pp. 101–128, de onde retirei o exemplo.

⁽⁷²³⁾ A Declaração dos direitos do deficiente mental foi proclamada pela AG da ONU, em 20 de Dezembro de 1971 (cf. *BMJ* n.º 249, 1975, pp. 367 a 369) que receberá a articulação com Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Protocolo Opcional que Portugal depositou, na sede da ONU, na sequência das Resoluções da AR n.º 56/2009 e n.º 57/2009 e decretos do PR n.º 71/2009 e 72/2009, que permitiram a respectiva ratificação

⁽⁷²⁴⁾ Sem esgotar: A organização da prestação de cuidados de psiquiatria e saúde mental resulta actualmente estabelecida no DL n.º 35/99, de 5 de Fevereiro, nos termos das alterações sucessivas, relativamente às quais pontifica neste momento o DL n.º 304/2009, de 22/10.

O regime da responsabilidade civil das unidades, equipas e pessoal da rede de cuidados continuados integrados de saúde mental foi criado pelo DL n.º 8/2010, de 28 de Janeiro, que veio ainda dar resposta em matéria de «cuidados continuados integrados» para pessoas cujos padecimentos mentais fossem graves de modo a serem considerados em situação de dependência (incapacidade psicossocial). O diploma em referência mereceu já duas intervenções legislativas, tendo-se concretizado a última mercê do DL n.º 22/2011 de 10/02, em que o legislador propôs-se «clarificar» o regime de responsabilidade civil, pelo que inseriu alterações pontuais republicando aquele. O regime legislativo possui um glossário cuja consulta se afigura de grande utilidade para o processo judicial de interdição ou para o que seja requerido e processado através da LSM.

O Plano Nacional de Saúde Mental encontra-se vertido na resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2008, de 26/03 (in *DR*, n.º 47, I).

A LSM, consta da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, cujo art. 5.º prevê a criação de um órgão consultivo do Governo para a política de saúde mental, a saber o Conselho Nacional de Saúde Mental (CNSM), cf. DL n.º 35/99, de 05/02, cuja última actualização é a do DL n.º 22/2011, de 10/02.

medida privativa da liberdade ⁽⁷²⁵⁾ e, conseqüentemente, encontra-se na nossa ordem jurídica sujeita a prévia apreciação e decisão judicial. Isto mesmo parece resultar do art. 27.º, n.º 2, da CRP. Sucede, porém, que este «princípio da judicialidade» pode revelar-se com alguma ineficácia quando aplicado na sua pureza às situações de emergência ⁽⁷²⁶⁾ suscitadas por casos graves de perigosidade de pacientes que padeçam de doenças do foro mental. A morosidade que naturalmente envolve qualquer processo de averiguação judicial da realidade não se revela adequada a casos em que a patologia determine agressividade e, em consequência, perigo para pessoas e/ou bens. Estas razões levam alguns autores e especialistas a defenderem dever ser arredada do regime legal que regula as intervenções em matéria de saúde mental, com maior ou menor extensão, a via judicial, louvando antes um regime terapêutico com natureza administrativa, mais ou menos temperado ⁽⁷²⁷⁾.

A questão foi objecto de célebre polémica pois a LSM continha fundamentalmente uma regulação do regime do internamento compulsivo, circunstância com que as condicionantes constitucionais ao tempo pressionaram o legislador, mas não se perdendo a oportunidade, como alude José Carlos Vieira de Andrade de concluir o seguinte:

«Julgo, porém, que esta referência legislativa é susceptível de uma interpretação positiva, como expressão da ideia de *subsidiariedade* no quadro político: a lei pretende ser a lei da saúde mental, que regula com alguma densidade (e veremos que porventura ainda insuficiente) o internamento compulsivo, porque se trata de uma matéria de reserva legislativa (de direitos fundamentais) em que se exige um grau elevado de concretização, e que se limita a estabelecer os princípios gerais da política de saúde mental, porque é assim, *apenas através*

⁽⁷²⁵⁾ Utilizo aqui a expressão empregue na *Exposição de motivos* da Proposta de Lei de Saúde Mental (Proposta n.º 121/VII, publicada no *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 53, de 19 de Junho de 1997).

⁽⁷²⁶⁾ Assim, convindo com Pedro SOARES DE ALBERGARIA, *Lei de Saúde Mental Anotada*, Almedina Ed., 2003 (ISBN 972-40-1844-X), cf. anot. ao art. 5.º, § 12.º, pp. 19 e s., e anot. ao art. 12.º, pp. 37.º e ss..

⁽⁷²⁷⁾ Veja-se a alusão a quem perfilha esta solução, no seu extremo, nas anotações e nos comentários tecidos a este respeito por CUNHA RODRIGUES, *Sobre o estatuto jurídico... cit.*, pp. 67 e s.. Suscitando pertinentes questões de ordem técnica no campo da saúde mental, cf. ADRIANO VAZ SERRA, *Comentários Críticos... cit.*, pp. 53 — 60. Ainda nestes restritos termos técnicos, cf. CARLOS ARAÚJO, *O tratamento/internamento... cit.*, pp. 63 — 70 e ANTÓNIO DOS REIS MARQUES, *Lei de Saúde Mental... cit.*, pp. 111 — 119.

de princípios, que o legislador deve intervir normativamente no plano da definição política.»⁽⁷²⁸⁾.

Eis uma boa lição que melhor seria seguir sempre que se decide legislar. O plano dos princípios evita em muito a mobilidade e a dispersão, e, para o bem e para o mal a LSM permanece —com o seu debate em torno do plano dos princípios— sem ter percebido a sucessão vertiginosa que outras matérias, igualmente delicadas têm padecido, que não só no campo do direito da medicina⁽⁷²⁹⁾.

A solução intermédia reside em habilitar determinadas autoridades a actuar e, bem assim, as instituições onde funcionem serviços técnicos psiquiátricos a avaliar e a determinar o internamento compulsivo de urgência, só *posteriormente confirmado por decisão judicial*. Esta é, aliás, a solução prevista no nosso ordenamento jurídico, como veremos. Todavia, referindo-me exclusivamente à Constituição de 1976, apenas o é com a entrada em vigor da al. h) do n.º 3 do art. 27.º, introduzida pela 4.ª revisão constitucional de 1997, segundo a qual o «internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado *ou confirmado* por autoridade judicial competente» passou a integrar o quadro típico das excepções à declaração judicial de privação da liberdade (n.º 2 deste artigo em referência). O regime está hoje previsto na já indicada LSM⁽⁷³⁰⁾. Estas encontram-se previstas — e já antes da citada revisão constitucional — no art. 27.º, n.º 2, da CRP, como susceptíveis de, naquele quadro restritivo, viabilizarem a privação de liberdade. Trata-se da denominada *reserva de decisão judicial* para a aplicação de medidas privativas da liberdade e que, em termos absolutos, como ocorria ao tempo, implicava que estas pudessem ser concretizadas através de me-

⁽⁷²⁸⁾ Cf. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *O Internamento Compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais*, in AA.VV., *A lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, CDBN|FDUC, n.º 2, 2000 (ISBN 972-32-0985-3), pp. 71-91, *maxime* p. 80. Nesta obra sublinho ainda a intervenção preciosa dos seguintes AA.: Álvaro de CARVALHO; Cunha RODRIGUES; Adriano VAZ SERRA; Jorge de FIGUEIREDO DIAS; Carlos ARAÚJO; António RODRIGUES; Francisco MILLER MENDES; António de REIS MARQUES; Hélder ROQUE; José Luís LOPES DA MOTA).

⁽⁷²⁹⁾ Vejam-se ecos do problema em Pedro SOARES DE ALBERGARIA, *Lei de Saúde Mental Anotada*, Almedina Ed., 2003 (ISBN 972-40-1844-X), anot. ao art. 1.º, p. 10.

⁽⁷³⁰⁾ Pondo fim às inúmeras questões que envolveram o regime de internamento na vigência da anterior Lei n.º 2 118, de 3 de Abril de 1963 —Neste sentido, cf. Ac. TC n.º 674/98, de 2 de Dezembro, in *DR*, II série, de 3/3/99.—, e que foram levantadas pelo condicionalismo constitucional e respectiva articulação com o regime de competência dos tribunais para aplicação das medidas de segurança.

didadas administrativas (731). Contudo, a amplitude e a restrição da aplicabilidade das medidas de segurança por tribunais civis provocaram alguma polémica na doutrina e na jurisprudência. Torna-se conveniente relembrar os contornos do problema, pois este poderá *ressuscitar* futuramente, ao menos em alguns aspectos, quanto a outros casos em que seja de avaliar a determinação de um internamento e/ou de um tratamento contra a vontade do visado (732).

(731) Além dos AA. citados, cf. J. J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP anotada...cit.*, anot. IV ao art. 27.º, p. 185.

(732) Recordando: «A nossa jurisprudência, como vimos —Cf. o citado Ac. RP de 13/12/90, in *Col. Jur.* 1990, t. V, pp. 137 e s.—, estribou-se na possibilidade aberta pelo art. 27.º, n.º 2, da CRP, da privação (total ou parcial) da liberdade por «aplicação judicial de medida de segurança», à qual adicionaram o disposto no art. 30.º, n.º 2, deste mesmo texto fundamental, que estatui a faculdade de, por decisão judicial, prorrogar as medidas de segurança privativas (ou restritivas) da liberdade «em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto»; para concretizar a possibilidade, prevista na Lei n.º 2 118, de 3 de Abril de 1963, de proceder ao internamento compulsivo por anomalia psíquica que, em termos gerais, se encontrava previsto nas Bases XX, XXIII e XXIV e XXX, restringindo o campo de aplicação ao cumprimento do «princípio da judicialização» A solução apareceu consignada numa informação do Secretário de Estado da Saúde, veiculada pela Circular n.º 2 144 da PGR do Porto, em 19 de Julho de 1977. Para uma análise evolutiva do regime, pela qualidade da síntese, remetemos para as alegações de recurso de GONÇALO DE MELLO BREYNER, *Internamento...cit.*, pp. 161 a 167. Que sigo ora diante de perto: contudo, a solução não foi consensual. Em primeiro lugar, na jurisprudência, a extensão da aplicabilidade das medidas de segurança acabou por revelar um conflito de competências. A exclusividade da competência dos tribunais criminais defendida pelo já referido Acórdão da Relação do Porto de 1990 foi colocada em crise, formando-se uma corrente jurisprudencial —também de 2.ª instância — que aceitou a competência dos tribunais civis perante a verificação dos requisitos de existência de grave, permanente e actual anomalia psíquica e de perigosidade individual e social, independentemente de essa perigosidade constituir objectivamente um facto criminoso, isto é, de o visado estar ou não acusado, ou condenado, pela prática de um crime, a par da competência dos tribunais criminais quando ocorra igualmente a circunstância de prevenção e repressão criminosa. Os argumentos, para além do regime de competências previstos na LOTJ, estenderam-se à amplitude do conceito de medidas de segurança, por forma a incluir os estados de perigosidade social motivada por anomalia psíquica; ao facto de a Lei n.º 2 118, na sua Base XLI, n.º 2, mandar aplicar como direito subsidiário o direito processual civil, e, ainda, de o regime da interdição prever, em relação ao tutor, o dever de *cuidar da saúde do interdito* e de praticar *com a autorização do tribunal* os actos cuja omissão possa ser desfavorável para o representado (cf. arts. 145.º e 142.º do Código Civil) Mesmo aceitando, por necessidade de raciocínio, estes argumentos, a verdade é que é vaga a fronteira entre o estado de perigosidade social e a situação de prevenção criminal, ou de pré-delito, permitindo o conflito negativo de competência dos tribunais civis e criminais, ou a coincidência de matérias sobre as quais ambos se consideraram com competência para decidir. As duas virtualidades implicam uma indefinição intolerável para o Direito e uma morosidade na intervenção judicial em casos que exigem exactamente uma pronta solução. Por outro lado, doutrina houve a apresentar sérios obstáculos a este meio de fundamentar os internamentos compulsivos. Um deles consiste no facto de os arts.

A LSM estabelece como regra geral a competência do tribunal judicial de competência genérica da área de residência do internando (cf. n.º 1 do art. 30.º); excepto se na comarca existir tribunal de competência especializada em matéria criminal, pois se assim acontecer, a questão será de sua competência⁽⁷³³⁾. Com a mesma lógica, o regime adjectivo foi construído em termos que permitem identificar a forte influência das garantias processuais penais (v.g. os arts. 14.º a 21.º). Estas soluções foram eminentemente pragmáticas, pois parecem ter resultado de o legislador se concentrar na apreciação das questões que envolvem a privação da liberdade, radicalizando no direito penal a correspondente faculdade e elegendo este regime como regime substantivo por ser aquele que, entre nós, se revela mais «seguro» nestas matérias. Daqui resultou ainda aceitar conferir aos tribunais criminais a competência para

27.º e 30.º da CRP integrem a Constituição Penal e, por força, arredarem a possibilidade de apenas a verificação de mera perigosidade social poder despoletar uma medida de segurança — Cf. Maria João ANTUNES, *op cit.*, pp. 116 e s.. Se bem que não seja o único apresentado por esta A., parece-nos ser o decisivo para o efeito.— Segundo Jorge FIGUEIREDO DIAS, por medida de segurança deve-se entender «... toda a reacção criminal, detentiva ou não detentiva, que se liga à prática, pelo agente, de um facto típico-ilícito, tem como pressuposto e princípio de medida a sua perigosidade, e visa, primacialmente, finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de segurança, seja sob a forma de (re)socialização». E exclui expressamente a possibilidade de considerar a medida de segurança como *medida puramente administrativa*, tal como os estados de para-delinquência ou de marginalismo criminoso que, não constituindo *factos ilícito-típicos*, pudessem ser considerados equivalentes — Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...cit.*, pp. 414 e s.—.. Seguindo ainda o ilustre Professor, serão de aceitar as medidas administrativas que *na sua exteriorização* se aproximem das medidas de segurança criminais, aplicáveis por entidades administrativas sem beliscar os fundamentos constitucionais, como sejam exactamente as medidas de tratamento privativas da liberdade em doentes mentais, independentemente de terem previamente praticado um acto ilícito-típico. É concretamente com a verificação deste requisito que se poderão distinguir as figuras, pertencendo estas exclusivamente ao campo das medidas de segurança do direito administrativo. Contudo, por implicarem consequências para a liberdade individual, deverão respeitar o *princípio da judicialidade*. A duvidosa invocação da «perigosidade social» para justificar o internamento compulsivo de pacientes mentais constitui um problema estranho ao direito penal.»

⁽⁷³³⁾ A querela sobre a competência dos tribunais para o internamento ainda reapareceu no âmbito da LSM, agora no aspecto de conflito negativo de competências entre o tribunal criminal e o tribunal de execução de penas. A questão foi já apreciada em 2.ª instância, tendo sido definido que: «I. O tribunal de competência especializada em matéria criminal, a que se refere o n.º 2 do art. 30.º da LSM (...), é, no Porto, o Tribunal Criminal, desdobrado em Juízos Criminais; II. Assim, os tribunais competentes para, no Porto, proceder à revisão do internamento hospitalar decretado ao abrigo da Lei n.º 2 118, de 2/4/63, são, nos termos conjugados dos arts. 45.º, n.º 2, e 35.º, da Lei n.º 36/98, os Juízos Criminais», cf. AC. RP, in *Col. Jur.*, 1999, t. IV, pp. 239 e ss.. O problema desaparecerá no novo regime do Mapa judiciário por força da anunciada competência especializada prevista em termos concentrados.

aplicar aquelas medidas que comungam na privação da liberdade. Como afirma António Leões Dantas: «a opção por qualquer outro ramo de direito nunca introduziria um sistema tão coerente e seguro como aquele que se encontrou. É sabido que o direito à liberdade nunca foi preocupação do direito civil e o espaço do direito administrativo não tem capacidade de resposta para dar solução às exigências que se fazem a um diploma com esta natureza» (734). Assim, pesando todas as apontadas distinções fundamentais em relação ao direito penal e mantendo presente que não é conveniente sobrepor os planos da anomalia psíquica e da imaturidade biológica (735), —configure-se o instituto da interdição e o da tutela (cf. arts. 138.º a 151.º e 1927.º a 1947.º, todos do Código Civil, e os arts. 944.º a 958.º do CPC).

Permanece a suspeição de que a medida administrativa de internamento e/ou de tratamento compulsivo de um paciente portador de anomalia psíquica grave se adapta melhor a um regime substantivo alterado e especializado, que não confunda a *oxigenação* pragmática penal com o *dióxido de carbono* com que determinadas circunstâncias de facto ligadas aos padecimentos mentais são reportadas (desacatos; violência etc.). A Saúde Mental melhor será que permaneça exterior, como é, aos valores e interesses envolvidos, bastando-lhe a grave diminuição da autonomia individual que implica (736).

Mantenho a convicção de que «a execução administrativa da decisão judicial que decreta o despejo de uma habitação, da que determina o arrolamento ou a penhora de bens, da que decreta o encerramento de um estabelecimento por ofensa de um direito de personalidade, etc., envolvem uma certa violência e convivem suficientemente perto com a liberdade individual para que ao direito civil se reconheça suficiência, segurança e coerência bastantes

(734) Cf. António LEÕES DANTAS, *Notas...cit.*, p. 59 e ss. E ainda Pedro SOARES DE ALBERGARIA, *op cit.*, anpt. Ao art. 30.º, pp. 73 e s. Não vejo razões para alterar o que ponderei in *O consentimento.. cit.*, pp. 316 e ss. a que me reporto igualmente no texto: «Esta a explicação: a proximidade entre os regimes deve-se apenas a não terem sido encontrados os meios alternativos eficazes para a consecução das garantias que tinham de rodear a medida de privação da liberdade. Apenas um comentário: ao contrário do afirmado em relação ao direito civil, esta disciplina, exactamente por *pressupor a liberdade*, revela inúmeras e decisivas manifestações deste princípio, pelo menos com idêntica, ou talvez mesmo maior, proximidade em relação ao internamento compulsivo do que o regime penal.»

(735) Neste sentido, cf. CUNHA RODRIGUES, *Sobre o estatuto jurídico,, cit.*, p. 71, de onde retirei as expressões empregues no texto. O artigo pode igualmente ser encontrado em AA.VV, *A Lei de Saúde Mental... cit.*, pp. 19 — 52.

(736) Sublinho ter-se procurado conferir legitimidade às pessoas que poderão representar o paciente ou requerer a sua interdição (cf. art. 13.º, n.º 1, da LSM).

para o desiderato.» e não serão questões de celeridade que vão convencer do contrário a bondade do argumento, pois aquelas subsistem. A própria medida administrativa carece de tutela judicial e esta não necessita de ser penal. Mais a mais: entramos em tempos de especialização. Será de esperar que a formatação intelectual dos magistrados venha a receber as influências próprias das diferenças dos regimes substantivos e, sobretudo, dos regimes adjectivos. Não ser pior levar todos os aspectos colaterais em conta quanto chegar a «hora do balanço». Mesmo em matéria de interdição e de incapacitação, a redacção do n.º 2 do art. 897.º do CPC prevê o internamento por um período de tempo indispensável, nunca excedente a um mês, para que possa ser efectuado um exame especializado para confirmação do estado de incapacidade, que, todavia, deve ser imediato (o que constitui nítida indicação ao juiz da celeridade dos autos) ⁽⁷³⁷⁾.

Nem se diga que a *autorização constitucional* consta da *constituição penal* a que pertence o citado art. 27.º da CRP, para daqui extrair a explicação da aludida proximidade. A alínea *h*) do n.º 3 deste artigo vem confirmar a pré-existente recepção no nosso ordenamento jurídico do teor do art. 5.º, n.º 1, al. *e*), da CEDH, cuja proximidade com o direito penal não significa forçosamente total coincidência. Por fim, acresce que no específico campo do direito processual civil talvez se consiga obter, em determinadas circunstâncias, uma superior protecção da liberdade, especialmente da autodeterminação das pessoas, do que em similares soluções do direito processual penal. Neste sentido, e antecipando, compare-se o regime previsto no art. 417.º, n.º 3, al. *a*) do CPC, que legitima a recusa de qualquer pessoa em colaborar para a descoberta da verdade quando a colaboração, solicitada judicialmente, implique a violação da sua integridade pessoal (física e moral); e os regimes processuais penais muito mais agressivos que estabelecem a obrigatoriedade de sujeição a *qualquer exame médico-legal* reputado pela autoridade judiciária competente como necessário ao processo de investigação prosseguido (inquérito ou instrução), como se verá de seguida.

Ainda no campo da lei adjectiva, importa esclarecer uma aparente perplexidade decorrente da preferência pelo regime processual penal. Como já foi

⁽⁷³⁷⁾ Neste cadinho a redacção permaneceu inalterada com as revisões que o CPC mereceu em 1995, 1996, 1999 e 2000... até à actual de 2013 (DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, DL n.º 180/96, de 25 de Setembro, DL n.º 375-A/99, de 20 de Setembro e DL n.º 183/2000, de 10 de Agosto e a da Lei n.º 2013, de 26 de Junho)

afirmado, o art. 17.º, n.º 5, da LSM, parece excluir da livre apreciação da prova a efectuar pelo tribunal o juízo técnico-científico inerente à avaliação psiquiátrica. O regime tem tradição na lei processual penal. No domínio do Código de 1929, o juiz tinha mesmo de acatar o juízo técnico atingido por unanimidade pelos peritos de psiquiatria forense ⁽⁷³⁸⁾, sendo certo que na redacção actual do art. 163.º do CPP se generaliza o respeito pelo resultado das peritagens técnico-científicas (cf. n.º 1); mas permite ao Juiz registar fundamentadamente a divergência entre o seu juízo e o dos peritos (cf. n.º 2), pese embora o que de controverso oferece o regime das perícias médico legais e forenses em Portugal, como afluirei adiante. De todo o modo, a LSM aponta para o primeiro regime, mas, aparentemente, inflecte em favor do segundo, pois aceita casos de divergência entre juízos técnicos, embora não estipule solução expressa em termos de prevalência. Assim acontece para a realização da intervenção psicocirúrgica, cuja decisão técnica deverá ser corroborada por dois médicos psiquiatras (cf. art. 5.º, n.º 2); verificando-se pareceres discordantes dos psiquiatras nos actos preparatórios para a sessão conjunta na sequência da qual o juiz decidirá o internamento (cf. art. 18.º, n.º 3); e no caso de o juiz decidir pela manutenção do internamento de urgência, deverá ordenar a realização de nova avaliação clínico-psiquiátrica (cf. art. 27.º, n.º 1). Em suma, perante juízos técnico-científicos contraditórios, mais generosa se revela, quanto a nós, a solução adjectiva do direito civil, que assume expressamente a inevitável margem de manobra ao juiz em termos de liberdade de apreciação, como acabará inevitavelmente por acontecer, segundo nos parece, nas aludidas situações previstas na LSM.

Devo reconhecer, contudo que o recurso à lei processual penal acabará por fornecer similar solução prática, uma vez que o art. 163.º, n.º 2, do CPP, permite ao juiz discordar do juízo inerente ao relatório pericial, desde que fundamente a sua posição. Em casos como estes, poderá até usar para a sua alegação o teor do outro parecer em litígio ⁽⁷³⁹⁾. A doutrina avança ainda os conceitos indeterminados de que se encontra eivada a LSM: «bens jurídicos de relevante valor», ou a «deterioração aguda do estado de saúde», «o perigo

⁽⁷³⁸⁾ Cf. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado*, 9.ª ed., anot. n.º 3 ao art. 163.º, p. 371.

⁽⁷³⁹⁾ Cf. Ac. TRE de 13/05/2014 in anotação ao art. 163.º do CPP, acessível in http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0163&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=#artigo

imminente,» etc. ⁽⁷⁴⁰⁾. Mas a verdade é que decorridos 14 anos sobre a aplicação judicial não tenho notícia de que os mesmos tenham sofrido problemas cuja controvérsia hermenêutica tenha animado os nossos Tribunais Superiores. Em rigor, retomando os ensinamentos de Vieira de Andrade:

«... cabe ao juiz uma dupla função: não se limita (...) a assegurar um *procedimento correcto* (na linguagem anglo-saxónica, um ‘fair procedure’ ou um ‘due process of law’), tem ainda uma *tarefa substancial* de verificação e de controlo da existência dos requisitos legais do internamento compulsivo — um juízo que tem carácter decisório designadamente em face da imprecisão e, portanto, da abertura normativa dos conceitos utilizados pela lei.» ⁽⁷⁴¹⁾.

A LSM permite ultrapassar a recusa do utente que sofra de grave anomalia psíquica com perigo para bens jurídicos pessoais ou patrimoniais poderá ser ultrapassado e aquele submetido a internamento e/ou a tratamento compulsivo ⁽⁷⁴²⁾, verificados os requisitos de gravidade e de perigo, (cf. art. 12.º, n.º 1, da LSM). Caso inexista discernimento para obter anuência ou colaboração (será aqui o sentido possível de consentimento) perante factos que revelem que o mesmo não consegue «... avaliar o seu sentido e alcance», e acrescentando a convicção de que a ausência de tratamento pode significar uma deterioração acentuada da sua saúde (cf. art. 12.º, n.º 2); e, por fim, em caso de urgência, quando os pressupostos da gravidade e do perigo para bens jurídicos tuteláveis se revele iminente, «... nomeadamente, por deterioração aguda do seu estado» (cf. art. 22.º).

Nas duas primeiras hipóteses, existe decisão judicial prévia ao internamento ⁽⁷⁴³⁾, com contraditório e a possibilidade de serem apresentados factos probatórios no sentido de garantir uma defesa da recusa (nomeação de *defensor*, eventual requerimento de *habeas corpus*; com viabilidade de recurso). A decisão estriba-se em relatório clínico-psiquiátrico, *tendencialmente* subtraído à livre valoração do juiz (cf. arts. 14.º e ss., *maxime*: art. 15.º, n.º 1, art.

⁽⁷⁴⁰⁾ Cf. CUNHA RODRIGUES, *Sobre o estatuto jurídico... cit.*, p. 74, e VIEIRA DE ANDRADE, *O internamento compulsivo... cit.*, p. 86 e ss..

⁽⁷⁴¹⁾ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *O internamento compulsivo... cit.*, p. 86.

⁽⁷⁴²⁾ A lei submete o internamento ao princípio da proporcionalidade com o perigo que a anomalia psíquica grave revele para as pessoas ou para os bens patrimoniais. Sobre esta matéria cf. CUNHA RODRIGUES, *Sobre o estatuto jurídico... cit.*, pp. 74 e ss. Sobre a delimitação em relação à defesa da saúde pública, cf. Carla AMADO GOMES, *op cit.*, pp. 39 e s..

⁽⁷⁴³⁾ Sobre as faculdades de intervenção do MP nos procedimentos previstos na LSM, cf. FRANCISCO MILLER MENDES, *A Nova Lei... cit.*, pp. 99-110.

17.º, n.º 5, art. 20.º, art. 31.º e art. 32.º) (744). Na terceira hipótese, a divergência decorre da proximidade que o quadro oferece com uma medida cautelar. É uma intervenção urgente e permite então a posterior *certificação judicial* da detenção do visado. Caso seja a primeira entrevista clínico-psiquiátrica no sentido de persistirem as razões que conduziram à intervenção de internamento então será imperioso a *imediata* comunicação ao tribunal judicial competente (cf. arts. 22.º e ss.). A avaliação clínico-psiquiátrica e a consequente comunicação deverão ser feitas com a maior diligência e celeridade. Mais concretamente, deverá ser preferencialmente comunicada no próprio dia em que o paciente dê entrada nos serviços de urgência, uma vez que entre o momento da privação da liberdade e a decisão de manutenção da privação da liberdade não poderão decorrer mais de 48 horas (cf. art. 26.º, n.º 2). A decisão de manutenção despoletará o processo de internamento nos moldes já referidos, incluindo-se a necessidade de proceder a nova avaliação clínico-psiquiátrica, elaborada por dois psiquiatras distintos dos que elaboraram a avaliação que determinou o pedido de manutenção da privação da liberdade (cf. art. 27.º, n.º 1).

Uma análise do preceituado nos arts. 11.º, 12.º e 19.º, n.º 3, permite pugnar que a irrelevância da recusa parece significar igualmente a dispensa da prestação de informações e do esclarecimento que for possível prestar e digo isto para o internamento compulsivo, pois este é determinado pelo prévio dissentimento ou pela ausência de discernimento. De todo o modo a questão cai na esfera dos deveres do juiz que profere a decisão de internamento compulsivo que terá de se certificar do cumprimento dos deveres de aferir até onde poderá esclarecer. Tanto parece ser a economia do preceituado no art. 19.º, n.º 3, quando dispõe:

«Se o internando aceitar o internamento e não houver razões para duvidar da aceitação, o juiz providencia a apresentação deste no serviço oficial de saúde mental mais próximo e determina o arquivamento do processo».

Como referi já: «O internamento compulsivo ou de urgência decidido sobre um dissentimento formado na ausência de informação e de esclarecimento parece justificar seja requerido o pedido de *habeas corpus*, nos termos do preceituado no art. 31.º, n.º 1, al. c). Com efeito, uma das condições que *moti-*

(744) Sobre as faculdades do juiz na decisão de internamento, insisto no interesse em confrontar o exposto com o ensinamento de VIEIRA DE ANDRADE, *O internamento compulsivo... cit.*, pp. 86 e ss.; e, por exemplo, a opinião de Hélder ROQUE, *Uma reflexão... cit.*, pp. 130 e s..

va o internamento e/ou o tratamento compulsivos é a recusa do paciente, ou a constatação da sua falta de discernimento em consentir (nos termos do art. 12.º, n.º 1 e n.º 2). Implicando a decisão de consentir, tal como a de dissentir, uma prévia consciencialização da acção e das sequelas pretendidas, o que decorre da informação correspondente, será óbvio concluir que, faltando esta, estaremos *fora das condições previstas na lei*, aludidas na citada al. c) do n.º 1 do art. 31.º.» (745).

XIII. § 2.º.3. A Indiferença da recusa: decisões judiciais e decisões autorizadas a autoridades para a prossecução de finalidades judiciais

Outros casos de determinação judicial de intervenções médicas, **os exames periciais**, suscitaram, e suscitam ainda, problemas cuja conexão com a possibilidade de ser ultrapassado o dissentimento do visado merece, ainda que brevemente, sejam referidos.

XIII. § 2.º.3.1. Indiferença da recusa: a perseguição do crime e o regime adjectivo

A lei de processo penal atribui ao juiz o *dever* e o *poder* de investigar para descobrir a verdade e decidir a causa que lhe é cometida. Para tanto, poderá ordenar a produção dos meios de prova que repute necessários, ponderando o que lhe for solicitado ou requerido nesse sentido (cf. art. 340.º do CPP), sendo certo de que deverá negar os meios cuja obtenção se lhe oferecer notoriamente inadequado de obtenção difícil ou de natureza duvidosa (cf. n.º 4). Neste último sentido, como se verá, o despacho que o ordenar deve possuir as necessárias reservas como *comando* a quem execute. O objectivo é determinar todos os factos que possam contribuir para descobrir a existência de um crime e a identificação do agente (cf. art. 124.º do CPP).

Contudo, a busca da verdade não justifica a utilização de todos os meios de prova disponíveis pelo juiz (746). A lei impõe proibições às provas obtidas

(745) Cf. *O Consentimento... cit*, p. 324.

(746) Face aos conceitos instrumentais da *verdade material* e da *verdade formal*, GERMANO MARQUES DA SILVA salienta «... que não há duas espécies de verdades, mas somente a *verdade*». Cf. *ID, Curso...cit.*, pp. 108 e ss., *maxime* p. 111.

(⁷⁴⁷) com ofensa, entre o mais, da autodeterminação e da integridade pessoal (cf. art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º, n.º 1, al. a), estabelecendo expressamente o CPP, nesse mesmo preceito o que entende o legislador por *ofensa*) (⁷⁴⁸). No que interessa aqui concretizar como provas ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as que, independentemente do consentimento destas, sejam obtidas mediante *perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através (...) de meios (...) enganosos*, ou com *utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; ameaça, etc.* (cf. n.º 2, al. a) e c)). A sanção prevista é a nulidade (⁷⁴⁹). Quanto a estas faculdades é inegável que assumem nos dias que correm enorme importância para uma investigação criminal eficaz os *exames* e as *perícias médico-legais*. Actualmente, entre os materiais genéticos disponíveis, são preferenciais os exames de ADN recolhidos de material hematológico que permite exames com resultados cuja eficácia é muito elevada em termos de aferição dos «perfis de ADN» (⁷⁵⁰). Trata-se de exames que permitem a identificação de uma pessoa com um elevadíssimo grau de certeza, face ao estado actual da ciência, habilitando, por exemplo, relacionar pessoas em termos de parentesco biológico ou relacionar pessoas com objectos, presença em locais, etc.. Estes factos, entre os demais extraíveis dos conhecimentos do genoma humano possuem crescente interesse

(⁷⁴⁷) Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...cit.*, pp. 209 e ss.. Em síntese, cf. MAIA GONÇALVES, *CPP anotado*, 9.ª ed., anot. n.º 3 ao art. 126.º, pp. 318 a 320.

(⁷⁴⁸) A norma constitucional em referência determina a nulidade das provas obtidas mediante coacção.

(⁷⁴⁹) Quanto aos n.ºs 2 a 4 do art. 126.º do CPP, reproduzo: «São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: / a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; / c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; / d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; / e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. / 3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.»

(⁷⁵⁰) Invoco quanto a toda esta matéria, os ensinamentos de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações...cit.*, n.º 3860: pp. 325 a 332; n.º 3861: pp. 361 a 363; n.º 3862: pp. 10 a 12; n.º 3863: pp. 35 a 46; n.º 3864: pp. 70 a 73; n.º 3865: pp. 103 a 107. Assim: «ADN é a sigla de Acido Desoxirribonucleico — uma molécula formada por um conjunto de substâncias químicas elementares, em que avultam quatro elementos que se agrupam em pares e que formam os intermináveis *degraus da escada helicoidal* a que se chama a *dupla hélice*» (cf. n.º 3860, p. 325 e ss.). Estes quatro elementos designam-se: adenina, timina, guanina e citosina.

para a investigação criminal ⁽⁷⁵¹⁾. Todavia, a sua realização implica, com maior ou menor grau, uma invasão da esfera físico-psíquica da pessoa e, conseqüentemente, pode colocar em crise também a liberdade individual, face a um dissentimento do visado ⁽⁷⁵²⁾.

O CPP permite —em geral— a sujeição compulsiva a exame mediante prévia decisão «da autoridade judiciária competente» ⁽⁷⁵³⁾ com o escopo obtenção de provas para a descoberta de um crime (cf. arts. 171.º, n.º 1, *maxime* 172.º, n.º 1, do CPP), sendo atribuídos os exames médico-legais aos peritos do INML|CF ou por quem este indicar, nos termos do art. 159.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP. Por seu turno, o Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto estabelece em matéria de *exames e perícias médico-legais* a obrigatoriedade de sujeição a exames (cf. art. 6.º, n.º 1) ⁽⁷⁵⁴⁾. Com efeito, de acordo com este preceito, «Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal... » perante a ordem de pessoa prevista na lei ⁽⁷⁵⁵⁾. A palavra «qualquer» abarca todos os exames científicos determinados pelo «estado de ciência» que é ditado pelo INML|CF, nos termos gerais das *leges artis* previstas pela rede internacional dos Institutos congéneres, no âmbito da correspondentes investigações cien-

⁽⁷⁵¹⁾ Cf. arts. 171.º e ss., do CPP. Para uma visão de síntese, mas global, acerca das potencialidades dos testes de ADN, cf. M. FÁTIMA PINHEIRO, *Contribuição...cit.*, pp. 145 a 153.

⁽⁷⁵²⁾ Estes mesmos fundamentos suscitaram já a FIGUEIREDO DIAS e a SINDE MONTEIRO a questão sobre a constitucionalidade dos preceitos que viabilizam a prática compulsiva dos exames, por violação do art. 25.º da CRP (cf. *Responsabilidade...cit.*, p. 70, nota 133).

⁽⁷⁵³⁾ Para efeitos do CPP, *autoridade judiciária* é «o juiz, juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência (cf. art. 1.º, n.º 1, al. b), do CPP). Todavia, quanto ao MP a *autoridade* não estende ou confunde com a *qualidade*; convenho com o teor do voto de vencida expresso por Helena MONIZ no Ac. do STJ de uniformização de jurisprudência de 28/05/2014, cf. *ColJur STJ* n.º 256, Ano XXII, T. II, 2014, pp. 12-31.

⁽⁷⁵⁴⁾ A mesma redacção tinha o art. 40.º, n.º 1, do DL n.º 387-C/87, de 29 de Dezembro, que foi revogado pelo referido DL n.º 11/98, de 24 de Janeiro e assim sucessivamente.

⁽⁷⁵⁵⁾ O preceito tem a seguinte redacção: Artigo 6.º: (Obrigatoriedade de sujeição a exames): «1 - Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei. / 2 - Qualquer pessoa devidamente notificada ou convocada pelo director de delegação do Instituto ou pelo coordenador de gabinete médico-legal para a realização de uma perícia deve comparecer no dia, hora e local designados, sendo a falta comunicada, para os devidos efeitos, à autoridade judiciária competente. / 3 - O examinado pode, nos termos do disposto no artigo 155.º do Código de Processo Penal, com as necessárias adaptações, fazer-se acompanhar por pessoa da sua confiança para a realização do exame pericial. / 4 - A autoridade judiciária competente pode assistir à realização dos exames periciais.». Sem comentários por ora, remetendo para o que adiante escreverei a respeito do INML|CF.

tíficas (con)validadas. Assim, fica uma indicação muito notória de que os bens e valores juridicamente tutelados pelo direito penal justificam a restrição da liberdade e da integridade física ou moral das pessoas eventualmente envolvidas como agentes ou vítimas num determinado crime. Nenhuma novidade parece decorrer em primeira linha desta asserção, ou não fosse a prisão preventiva para averiguação de factos uma das viabilidades da investigação. Mesmo se me concentrar em aspectos menos relevantes, devo conceder que o art. 27.º, n.º 3, al. g), da CRP, permite expressamente —com restrições mínimas—, a privação temporária da liberdade de suspeitos para meros fins de identificação. E ainda bem que assim é, por mor da certeza e da segurança de pessoas e bens. O problema, invoca, claro está, a prévia verificação das condições de *necessidade, adequação e proporcionalidade*, segundo os parâmetros do art. 18.º da CRP, para a salvaguarda dos interesses e valores constitucionalmente protegidos, agora a estabelecer entre as medidas restritivas pretendidas em torno dos meios de prova em causa e os valores e bens concretamente visados no crime ⁽⁷⁵⁶⁾. Mas a regra será absoluta?

A doutrina e a jurisprudência aceitam unanimemente que toda a colheita, mesmo do mais singelo material genético, implica uma invasão da esfera físico-psíquica de uma pessoa. A questão reside então no grau da invasão, na proporcionalidade entre os meios empregues e as finalidades visadas e nas relações que se colocam ao nível dos bens constitucionalmente em compressão ou colisão. Os métodos de aferição existentes carecem de recolhas progressivamente menos invasivas, como sejam a saliva, as raízes dos cabelos ou os fragmentos de unhas ⁽⁷⁵⁷⁾, pelo que a ponderação de interesses e bens jurídicos envolvidos tenderá a creditar a tese da constitucionalidade daquelas normas que viabilizem a actuação compulsiva deste tipo de colheitas ⁽⁷⁵⁸⁾.

⁽⁷⁵⁶⁾ Critério que funcionará como mecanismo da delimitação de fronteiras, como será o caso da possibilidade limitada de, em processo penal, obrigar o lesado, os demandados e os intervenientes, a comparecerem em julgamento «... apenas quando tiverem de prestar declarações a que não puderem recusar-se» (cf. art. 80.º do CPP). A constitucionalidade deste preceito foi já objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional que o não julgou inconstitucional (cf. Ac. n.º 629/98, DR, II série, n.º 66, de 19 de Março de 1999).

⁽⁷⁵⁷⁾ M. FÁTIMA PINHEIRO faculta outros exemplos de material humano susceptível de permitir uma análise eficaz: sangue (inclusive seco), esperma (mesmo misturado com outro esperma), pelos, saliva em filtros de cigarros fumados, em selos ou subscritos, etc., músculo, ossos, dente (polpa dentária) e material fetal (este sujeito a rápida degradação). Cf. ID, *op. cit.*, pp. 145 e ss. E a actualização deste assunto é vertiginosa.

⁽⁷⁵⁸⁾Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações...cit.*, n.º 3860, p. 328.

No âmbito do processo penal, é possível traçar com relativa actualidade em relação à data em que o presente trabalho é realizado dois extremos da interpretação, quando perspectivada no sentido e alcance prático do regime legal, cuja interpretação —segundo o esteio constitucional— permite a compulsividade, embora com diferentes limites. Independentemente da extensa evolução jurisprudencial sobre a matéria, reduzo, por um lado à interpretação que se aproxima do AC. TRL de 27/11/2013 (Rel. Laura GOULART MAURÍCIO) ⁽⁷⁵⁹⁾, onde se pugnou pela possibilidade da «recolha coerciva de saliva por zaragatoa permitindo o regime, na respectiva interpretação uma «ampla actividade indagatória do Estado, seja ela judicial, seja policial», ⁽⁷⁶⁰⁾ sob pena de —argumenta-se no aresto em referência— o regime legal ficar *esvaziado do seu sentido*. Logo, mais do que a coercibilidade em conduzir o visado ao INML pode ali proceder-se «à ordenada recolha que será coerciva». Para além dos elementos de analogia com outras intrusões na esfera da liberdade e da integridade pessoal, assume-se que a intervenção é tão ínfima que perante a mesma dificilmente se assume a conceptualização de uma violação da integridade pessoal (físico-psíquica), pelo que a recusa é integralmente inaceitável. Acresce à douda argumentação que, do todo o modo, com semelhante solução, acata jurisprudência do TC a coercibilidade em causa, mercê do argumento da proporcionalidade dos meios ⁽⁷⁶¹⁾. E, para resumir, transcrevo o sumário:

«I. Estando em causa um crime de homicídio qualificado, justifica-se a recolha, ainda que compulsiva, de amostra biológica do arguido, por meio de zaragatoa bucal.

II. Nesse desiderato, configura-se lícita a emissão de mandados de condução do arguido ao IML para recolha coerciva de colheita de amostra biológica do arguido.

III. No caso, a ofensa do direito à autodeterminação corporal do arguido mostra-se justificada e legitimidade em função do interesse do Estado na realização da justiça.»

Pelo outro lado, em representação de linha menos *dura*, mas que admite igualmente a recolha «compulsiva», escolho o Ac. TRP de 10/07/2013 (Rel.

⁽⁷⁵⁹⁾ Cf. *ColJur*, Ano XXXVIII, T. 5, pp. 142-144. Cf. ainda o Ac. de uniformização de jurisprudência do STJ *supra* ciado de 28/12/2014.

⁽⁷⁶⁰⁾ O sublinhado pertence-me.

⁽⁷⁶¹⁾ Neste sentido invoca o Ac. TC n.º 228/97. Convém igualmente analisar o Ac. TC. 155/2007 de 02/03/2007 (Rel. Gil GALVÃO).

Joaquim Arménio Correia GOMES) ⁽⁷⁶²⁾, seja pela qualidade da fundamentação seja pela profundidade com que —em minha opinião— acertadamente analisou a questão e seleccionou a jurisprudência em que foi alicerçada a decisão (seja do TC seja do TEDH), apenas discordando que as premissas *alinhas* permitam sem mais chegar à conclusão em referência, que não à que resulta do 3.º § da súmula que adianto desde já:

«I - As intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de **zaragatoa** bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime.

II - Mostram-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas (i), perseguirem uma finalidade legítima (ii), mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii), revelando-se idóneas (a), necessárias (b) e na justa medida (c).

III - Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v), não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, neste casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN (vii).» ⁽⁷⁶³⁾

O aresto surpreende pela escalpelização da matéria, e pelo rigor metodológico com que satisfaz todas as interrogações que o problema suscita, deixando apenas em aberto a questão fulcral e que é a seguinte: — para que se verifique uma certificação de que a «respectiva execução» não envolve um «tratamento desumano ou degradante», perto de *novas metodologias de tortura* (forçada abertura da boca ou início de asfixia, por exemplo), então será conveniente a presença do próprio Tribunal (Juiz, MP e mandatário do arguido), ou, ao menos, do MP e do Defensor no INML|CF, de modo a determinar presencialmente a opção justificada pela recolha de «fluido orgânico que possa ser devidamente recolhido», para o efeito, sem aquela interceptação violadora das regras constitucionais e convencionais, caso o visado deseje recusar o que lhe deve ser expressa e esclarecidamente colocado em opção ⁽⁷⁶⁴⁾.

⁽⁷⁶²⁾ O Ac. é acessível in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument&Highlight=o.zaragatoa.bocal>

⁽⁷⁶³⁾ Os sublinhados pertencem-me.

⁽⁷⁶⁴⁾ A questão não é obviamente a de uma desconfiança sobre os órgãos de autoridade ou sobre os cientistas do INML|CF, mas exactamente para libertar essas delicadas tarefas

No mais, o aresto, como avancei coloca todas as questões de tal sorte que justifica seja seguido à letra:

Desde logo, estão efectivamente em causa, fundamentalmente, os preceitos constitucionais previstos no art. 25.º, n.º 1 da CRP (inviolabilidade da integridade pessoal) conjugados com o n.º 2 (proibição de tratamento desumanos) e com garantias de defesa (art. 32.º, n.º 1 e n.º 8 CRP), acrescentando o demais quanto a autodeterminação informativa (cf. art. 35.º, n.º 3 e n.º 7). O balanço que é viabilizado pela proporcionalidade a que alude o art. 18.º, n.º 2 conduz aos aludidos:

«três princípios estruturantes na contrição dos direitos fundamentais e das liberdades públicas: o primeiro é o princípio da legalidade (i), que tem um carácter simultaneamente legitimador e delimitador; o segundo é o princípio da intervenção mínima (ii), que tem um carácter vector; o terceiro é princípio da proporcionalidade, o qual tem um carácter operativo ou funcional (iii). Aliás, neste último podemos ainda encontrar três outros sub-princípios: da idoneidade ou adequação (a), da necessidade ou exigibilidade (b), ambos respeitantes à optimização relativa do que é factualmente possível, e da proporcionalidade em sentido estrito ou da justa medida (c), o qual se reporta à optimização normativa (Ac. TC 11/83, 285/92, 17/84, 634/93, 86/94, 99/99, 187/2001, 302/2006, 158/2008, acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt, assim como os demais a que se fizerem referência deste tribunal).»

Pelo que a eficácia do teste de recusa do visado tem de ser ultrapassada ou pela expressa existência de uma norma «harmonizadora» dos valores constitucionais em confronto — *vg.* norma específica em que o legislador fundamenta a restrição: solução do dissentimento para a recolha de órgãos *post-mortem* ou despacho judicial proferido nos termos e para os efeitos do preceituado na Lei n.º 05/2008, de 12/02— mas, ainda assim, quando colocada em crise perante putativa violência, haverá de afastar a mesma, e então, ponderar-se-á, tal como para as demais decisões de conflito, a possível restrição quando:

«i) estiver *constitucionalmente prevista* (18.º, n.º 2, I parte); ii) for *legalmente suportada* (18.º, n.º 2, I parte; e 165.º, n.º 1, al. b)); iii) visar a *salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido* (18.º, n.º 2, in fine); iv) sendo a mesma *necessária* a essa salvaguarda, *adequada* para o efeito e na *justa medida* desse objectivo (artigo 18.º, n.º 2, II parte); v) revestindo-se a lei de *carácter geral e abstracto*, não tiver *efeito retroactivo* e não *diminua a extensão, bem como o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais* (18.º, n.º 3).»

das suspeições correspondentes e de acelerar uma marcha processual sem incidentes. A existência de um auto, devidamente oficializado, ultrapassará a questão.

Ultrapassada a certificação, retoma-se —e bem— a fundamentação constitucional, mas exactamente com as mesmíssimas cautelas que foram vertidas, quer no Ac. a que me venho referindo quer pelo que se retira da maturada jurisprudência constitucional, a saber.

«Daí que o Tribunal Constitucional tenha afirmado que “a Constituição não proíbe em absoluto, a recolha coactiva de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica da **zaragatoa** bucal) e a sua posterior análise não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime”, impondo, no entanto, que essa determinação seja judicial e não apenas por decisão do Ministério Público (Ac. TC 155/2007; 228/2007). Nem essa recolha corresponde a qualquer violação do privilégio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), o qual se encontra consagrado nos artigos 2.º, 26.º, 32.º, n.º 2 e 4 da Constituição (Ac. TC 155/2007; 228/2007), no seguimento do entendimento já anteriormente seguido, quer sobre o direito do acusado não prestar declarações, quer do seu posterior depoimento como testemunha, após separação de processos, quando anteriormente era co-arguido (Ac. TC 695/95, 542/97, 304/2004, 181/2005)». ⁽⁷⁶⁵⁾

E, por fim transcrevo a lista sobre a questão colocada do ponto de vista da CSDH e da jurisprudência do TEDH, que não pode deixar de ser tida como integrante do nosso ordenamento jurídico (cf. art. 8.º da CRP. Uma vez mais, a qualidade do texto afasta comentários que possam desvirtuar o raciocínio límpido do aresto:

«O TEDH também considerou que o privilégio do acusado em não auto-incriminar-se, enquanto vertente do direito a um processo equitativo consagrado no artigo 6.º, n.º 1 da CEDH, encontra-se ligado, por um lado, à inadmissibilidade da prova obtida mediante tortura ou métodos opressivos (3.º CEDH), e por outro lado, à vontade do acusado em não prestar declarações, decorrente do seu direito ao silêncio. No entanto, tal não se estende à recolha de prova obtida independente da sua vontade, mesmo que através de métodos de

⁽⁷⁶⁵⁾ Os sublinhados pertencem-me. Devo registar que possuo muitas dúvidas sobre se não existe a necessidade de se submeter o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* a uma revisão dogmática. O respectivo sentido e alcance merece ser determinado em termos actualistas, de sorte a viabilizar, por um lado, chegar ao princípio da verdade material —o que me parece ser viável com a solução avançada em III do Ac. do TRP que venho cotejando e resulta igualmente da jurisprudência do TEDH— e, por outro, que não se caia na tentação de usar *novos mecanismos de tortura* como os que ainda não há muito tempo se viam em «directo» nos órgãos de comunicação social, mercê de interrogatórios por tempos infindos, ou o da administração de fármacos ou tubos para provocar a expulsão de fluidos ou forçar uma pessoa a abrir a boca etc. Creio que similares interrogações assolaram Helena MONIZ a inscrever alguma prudência sobre o assunto in *Parâmetros Adjectivos, constitucionais e de direito comparado...* p. 49, in AA.VV: *Bases de Dados Genéticos Forenses...* cit. De todo o modo, a decisão judicial terá de ser devidamente motivada, cf. art. 205.º da CRP e art.º 97.º, n.º 5 do CPP.

coerção (“compulsory powers”) desde que legais, como seja a apreensão de documentos ou através de testes ao ar expirado, ao sangue, à urina ou do ADN, (TEDH casos Saunders v. UK, de 1996/Dez./17; § 69; P.H. e J.H. v. U.K., 2001/Set./25, § 80; Jalloh v. Alemanha 2006/Jul./11, § 102). Para o efeito da admissibilidade dessa ingerência coerciva, deve-se atentar, entre outras coisas, à natureza e ao grau de constrangimento que é causado (TEDH caso Heaney e McGuinness v. Irlanda, 2000/Dez./21, §§ 51-55; Allan v. UK, 2002/Nov./05). A propósito a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (Com. EDH), começou por considerar que qualquer interferência na integridade física de uma pessoa, por mínima que seja, pode ser considerada como uma violação do artigo 8.º da CEDH, podendo, no entanto, essa ingerência considerar-se como legítima se a mesma estiver prevista na lei e seja considerada necessária numa sociedade democrática (ComEDH, casos X v. Holanda de 1978/Dez./04, n.º 8239/78 - teste sanguíneo na circulação rodoviária; X v. Áustria, de 1979/Dez./13, n.º 8278/78 - recolha de sangue para determinação da paternidade; X v. RFA, de 1980/Mar./14, n.º 8518/79 - administração de substâncias psico-farmacêuticas e neurológicas; Peters v. Holanda, 1994/Abr./04, n.º 21131/93 - teste de urina). Assim, acaba por se aceitar a interferência na integridade física, podendo-se esta ir mesmo para além de actuações inofensivas, se, mediante um critério de proporcionalidade, essa ingerência for minimamente suportável e não ponha em risco a saúde do visado. No entanto e mais recentemente considerou-se não ser aceitável, por se tratar de um tratamento desumano ou degradante não permitido pelo artigo 3.º da CEDH, a provocação forçada de vômitos, mediante a ingestão coerciva, através de um tubo, de substâncias farmacológicas que foram introduzidas para obtenção do produto estupefaciente (0,2182 gr. cocaína) que o arguido tinha, entretanto, ingerido (TEDH caso Jalloh v. Alemanha, 2006/Jul./11). Daí que não se possa ignorar que o uso de técnicas de ADN, para além de poderem colocar em causas os referidos direitos fundamentais à integridade corporal e à autodeterminação informativa, podem ainda gerar riscos em relação à obtenção e aplicação das respectivas técnicas (*The use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system: recommendation no. R (92) 1 and explanatory memorandum*, Council of Europe Press, Estrasburgo, 1993, pp. 11-13). Por isso e em caso de recusa obstinada em ceder esse fluidos bocais, é muitas vezes aconselhável, designadamente quando o uso da força coactiva possa redundar num tratamento desumano ou degradante, que no período de detenção para a recolha de saliva bucal, se espere que o visado “liberte” qualquer outra mostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN.»

Compreendendo que uma decisão judicial se encontre recheada da equidade do caso concreto, sobre o qual dita a aplicação de uma solução particularizada de um raciocínio em que sintetiza a generalidade a abstracção vigente no ordenamento jurídico global. Resta-me contudo reiterar o único e ligeiríssimo ponto de divergência: não me basta a bondade de uma decisão judicial motivada em que, no respectivo cumprimento, se verifica uma opção entre o pragmatismo de uma opção que, em meu entender, não deve deixar de ser comunicada e assumida. Em rigor, mesmo esta formalidade teria o con-

dão de evitar —ou atrasar—que, daqui amanhã, ressuscitem interrogações sobre o princípio da proibição *nemo tenetur se ipsum accusare*.

XIII. § 2.º.3.2. Indiferença da recusa: a condução sob a influência do álcool ou de estupefacientes

A condução perigosa de veículos (sem condições para o fazer e criando perigo para a vida ou para a integridade física de outrem ou bens patrimoniais alheios de valor elevado); tal como a mera condução de veículos (com ou sem motor) em estado de embriaguez ou sob a influência de psicotrópicos que perturbem «a aptidão física, mental ou psicológica», constituem crimes p.p. pelos arts. 291.º, n.º 1, al a) e 292.º do CP. Por seu turno, independentemente das acções de fiscalização previstas no CE (para as quais inexista qualquer suspeição sobre a prática de qualquer crime) caso se verifique um acidente, o regime previsto no CE impõe a submissão dos condutores e dos peões eventualmente envolvidos a exames para a detecção das percentagens de álcool ou a existência dos aludidos estupefacientes ou análogos.

Eis o que consta do preceituado no art. 156.º do CE (766). Da mesma sorte, no art. 157.º, corre em termos análogos o enquadramento fáctico e os procedimentos quanto a substâncias psicotrópicas, prevendo-se também aqui a aplicação da pena do crime de desobediência para a recusa dos exames complementares, cf. n.º 4, e aplica-se remissiva do regime previsto no art. 156.º CE.

Importa apenas então apurar se o exame a que aludem os preceitos em referência determinam a faculdade das autoridades policiais, GNR, ou os profissionais de saúde envolvidos poderem determinar em termos compulsivos a recolha de sangue para apurar a existência de álcool ou das referidas subs-

(766) Art. 156.º (Exames em caso de acidente): «1 — Os condutores e os peões que intervenham em acidente de trânsito devem, sempre que o seu estado de saúde o permitir, ser submetidos a exame de pesquisa de álcool no ar expirado, nos termos do artigo 153.º / 2 - Quando não tiver sido possível a realização do exame referido no número anterior, o médico do estabelecimento oficial de saúde a que os intervenientes no acidente sejam conduzidos deve proceder à colheita de amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado de influência pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas. / 3 — Se o exame de pesquisa de álcool no sangue não puder ser feito ou o examinando se recusar a ser submetido a colheita de sangue para análise, deve proceder-se a exame médico para diagnosticar o estado de influência pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas. / 4 - Os condutores e peões mortos devem também ser submetidos ao exame previsto no n.º 2.»

tâncias no sangue, como parece indicar o art. 156.º, n.º 2 do CE, tal como o REGULAMENTO DE FISCALIZAÇÃO DE CONDUÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL... publicado em anexo à Lei n.º 18/2007, de 17/05, cf. art.s 4.º e 7.º; e 11.º e 12.º e s., devendo para tanto as pessoas serem conduzidas a estabelecimento apropriado para a recolha hematológica, que deverá respeitar as fórmulas de procedimento regulamentares previstas nas Portarias n.º 902-A/2007 e 902-B/2007, de 13/08, in DR, I Série.

Sou de opinião que o exame compulsivo não decorre da economia legal dos preceitos em análise para pessoas vivas e conscientes, i.e., em condições de manifestarem a sua vontade e de agirem. Afirmo-o pelas seguintes razões: em primeiro lugar o preceituado nos aludidos art. 156.º do CE, n.º 3, prevê expressamente que a «recusa» do visado implica um subsequente «exame médico» que há-de estar regulamentado; exames esses que voltam a ter eco do Regulamento anexo à citada Lei n.º 18/2007, de 17/05. E estes regulamentos prevêem procedimentos de avaliação específicos no Cap I, secção III, art. 11.º e no Cap. II, secção III, art. 25.º ⁽⁷⁶⁷⁾. Posto isto, e perante a possibilidade

(767) A saber (transcrevem-se pelo *profundo* rendilhado normativo que mereceram): — para o álcool: «11.º No exame médico para avaliação do estado de influenciado pelo álcool, referido no artigo 7.º do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, deve ser observado o seguinte: A — Aspecto geral: Apresentação — fâcies, conjuntivas, hálito, pulso; / B — Provas de equilíbrio: a) Equilíbrio (olhos abertos e pés juntos); b) Equilíbrio sobre o pé esquerdo; c) Equilíbrio sobre o pé direito; d) Sinal de Romberg; e) Marcha (olhos abertos); f) Marcha (olhos fechados e percorrendo o mesmo caminho que fez de olhos abertos); g) Marcha pé ante pé; / C — Coordenação dos movimentos: a) Prova do dedo indicador ao nariz; b) Prova de oposição dos dedos indicadores, da mão esquerda e da mão direita; c) Rítmicos alternados; d) Tremor dos dedos das mãos — tipo intencional e postural;/ D — Funções cognitivas: a) Orientação temporal; b) Orientação espacial; c) Orientação autopsíquica; d) Orientação alopsíquica; e) Memória; f) Juízo crítico; g) Conversação sobre tema banal, de preferência profissionista; h) Leitura (em voz alta) e compreensão de um texto; i) Descrição de uma gravura; j) Interpretação de uma gravura; l) Dicção; m) Escrita; n) Cálculo simples; o) Contar de 20 a 1; / E — Provas oculares: a) Reacção pupilar à luz; b) Reacção pupilar à acomodação; c) Nistagmo; / F — Reflexos: a) Reflexos rotulianos — à esquerda e à direita; b) Reflexos aquilianos — à esquerda e à direita; / G — Sensibilidade: a) Dolorosa; b) Discriminativa; / H — Entrevista: a) Contacto com o médico; b) Atitude geral no decorrer da observação; / I — Quaisquer outros dados que possam ter interesse para comprovar o estado do observado; / J — Declarações do observado: a) Dia e hora da última refeição e tipo de alimentos consumidos; b) Bebidas alcoólicas ingeridas nas últimas doze horas: qualidade, quantidade e hora da última ingestão; c) Hábitos alcoólicos, doenças registadas e medicamentos em uso. / 12.º O médico que efectuar o exame deve, após a sua conclusão, preencher em triplicado o impresso do modelo do anexo III e apor a sua vinheta de identificação profissional no original.» — e para as substâncias estupefacientes e análogas: — « 25.º No exame médico destinado a avaliar o estado de influenciado por substâncias psicotrópicas referido no n.º 1 do artigo 13.º do Regulamento para a

de o visado responder pelo crime de desobediência, creio que a correcta interpretação da lei impõe inequivocamente a opção da recusa, alternativas para apurar a verdade dos factos, e as consequências daquela manifestação de vontade.

Morte.¹ Em caso de morte (cf. art. 156.º, n.º 4), a lei impõe a colheita, sendo certo que o acidente implicará também a possibilidade de autópsia. Nestes termos, encontro aqui uma excepção de natureza pública e que decorre da investigação subjacente à suspeita sobre o envolvimento em prática de crime, que o legislador, expressamente fez consignar na lei.

Inconsciência.² Caso mais complicado é o de a colheita ser realizada em pessoa viva mas que não se encontra consciente, após o acidente, no momento em que o profissional de saúde se propõe realizar a colheita hematológica.

Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas deve ser observado o seguinte: A — Observação geral: a) Estado geral e de nutrição; b) Aspecto geral e coloração da pele e mucosas — estigmas de picadas nas mãos, antebraços, braços, sangrados, pescoço, trajecto das jugulares, pés ou outros, sinais de abscessos e fleimões, lesões cutâneas cicatrizadas, pele pálida, cianosada ou húmida, sudação, piloerecção; c) Temperatura; d) Pulso; e) Tensão arterial; f) Frequência respiratória; g) Amplitude respiratória; h) Olhos — pupilas, conjuntivas hiperemiadas, lacrimo-mejo; i) Nariz — rinorreia, crises esternutatórias, septo nasal; j) Boca — hálito etílico, hálito a amoníaco, hálito a éter, mucosas, higiene oral, cáries dentárias, dentes incisivos; / B — Estado mental: a) Nível de consciência; b) Contacto com o médico; c) Comportamento motor; d) Atitude no decorrer da observação; e) Funções cognitivas: Orientação temporal; Orientação espacial; Orientação autopsíquica; Orientação alopsíquica; Memória; Juízo crítico; Conversação; Leitura; Interpretação de uma gravura; Dicção; Escrita; Cálculo simples; Contar de 20 a 1; / f) Percepção; g) Pensamento; / C — Provas de equilíbrio: a) Equilíbrio; b) Equilíbrio sobre o pé esquerdo; c) Equilíbrio sobre o pé direito; d) Sinal de Romberg; e) Marcha (olhos abertos); f) Marcha (olhos fechados percorrendo o mesmo caminho que fez de olhos abertos); g) Marcha pé ante pé; / D — Coordenação dos movimentos: a) Prova do dedo indicador ao nariz; b) Prova de oposição dos dedos indicadores, da mão esquerda e da mão direita; / c) Rítmicos alternados; d) Tremor dos dedos das mãos; E — Provas oculares: a) Miose ou midríase; b) Reacção pupilar à luz; c) Reacção pupilar à acomodação; d) Nistagmo; F — Reflexos: a) Reflexos rotulianos: à esquerda, à direita; b) Reflexos aquilianos: à esquerda, à direita; G — Sensibilidade: a) Dolorosa; b) Discriminativa; H — Quaisquer outros dados que possam ter interesse para comprovar o estado do observado; I — Declarações do observado: a) Outras substâncias psicotrópicas ingeridas nas últimas vinte e quatro horas — via de administração e hora do último consumo: Qualidade, quantidade e forma de consumo: oral, inalada, fumada, injectada; b) Hábitos toxicofílicos; c) Doenças registadas; d) Medicação realizada nas últimas setenta e duas horas, tendo em atenção os fármacos potencialmente responsáveis por reacções cruzadas com substâncias ilícitas, nomeadamente descongestionantes nasais, antitússicos, antiespasmódicos, analgésicos, antigripais, antidiarreicos ou simpático miméticos. 26.º Concluído o exame referido no número anterior, o médico deve preencher, em triplicado, o relatório do exame do modelo do anexo VII, colocar a sua vinheta de identificação profissional e mandar proceder de acordo com o disposto no n.º 13.º».

A questão mereceu já a atenção do TC que, pelo Ac. n.º 418/2013 (Rel. Catarina SARMENTO E CASTRO), acabou por decidir no sentido de:

«Não julgar inconstitucional a interpretação normativa, extraída da conjugação do artigo 4.º, n.os 1 e 2, do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17 de maio, e do artigo 156.º, n.º 2, do Código da Estrada, segundo a qual o condutor, interveniente em acidente de viação, que se encontre fisicamente incapaz de realizar o exame de pesquisa de álcool no ar expirado, deve ser sujeito a colheita de amostra de sangue, por médico de estabelecimento oficial de saúde, para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool, nomeadamente para efeitos da sua responsabilização criminal, ainda que o seu estado não lhe permita prestar ou recusar o consentimento a tal colheita.»

A decisão é bastante mais peremptória do que a fundamentação, onde em trechos vários se oscila, afirmando, por exemplo, que «nenhum jurista hesitaria em considerar ofensa à integridade física, enquadrável no artigo 143.º, do CP, uma punção venosa não consentida em outra pessoa. Estamos por isso perante uma limitação legal ao direito à integridade física. do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17 de maio, «segundo a qual, quando um indivíduo intervém em acidente de viação e fica inconsciente, é lícita a recolha de uma amostra de sangue para efeitos de perseguição criminal do acidentado, sem qualquer consentimento deste.» .Em rigor, o que o preceito diz é que:

«Quando após três tentativas sucessivas, o examinando não conseguir expelir ar em quantidade para a realização do teste (...), ou quando as condições físicas em que se encontra não lhe permitam a realização daquele teste, é realizada análise de sangue.»

Por vezes a retórica seduz, de modo que convém colocar a letra da lei com o sentido que não divergirá do que ficou escrito. Mas permitirá analisar o rol de premissas de forma mais objectiva. A redacção não foi inocente e parece poder. Não duvido que a questão transporta a incomodidade que a maioria esmagadora da doutrina e muita da jurisprudência —onde me incluo— sente ao estarmos perante invasões reduzidíssimas da esfera da «integridade pessoal. É especialmente revelador deste «estado de espírito e seguinte excerto:

«A decisão recorrida enfatiza, de modo especial, a violação do direito à integridade física que a interpretação normativa, cuja aplicação é recusada, comporta. Analisemos a obrigatoriedade de sujeição a colheita de amostra de sangue, por parte de condutor cujo estado de saúde não lhe permita prestar ou recusar o consentimento, na perspectiva da interferência no respectivo direito à integridade física, ou, de forma mais ampla, no direito à integridade

peçoal, plasmado no artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa (doravante designada por CRP). A protecção da —«integridade pessoal» (conceito de Jose de FARIA COSTA que evoluiu para o de *inteireza*, mais abrangente e que propicia o reconhecimento da alteridade no próprio, como que uma reflexão do conceito de ipseidade a que alude Paul Ricoeur— abrange duas dimensões, que a Lei Fundamental designa por integridade física e integridade moral, e surge como um corolário do reconhecimento da dignidade da pessoa human como alicerce do Estado de Direito (artigo 1.º da CRP). A circunstância de o artigo 25.º, n.º 1, da CRP referir que «a integridade moral e física das pessoas é inviolável» não significa qualquer prevalência absoluta deste direito em relação a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas apenas uma «interdição absoluta das formas mais intensas da sua violação», conforme resulta do n.º 2 do mesmo preceito (cf. J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, p. 553). Ora, a recolha de amostra de sangue, envolvendo uma punção venosa e a subtracção de material biológico que não seria naturalmente expelido pelo organismo, corresponde a uma interferência na integridade física de outrem. Porém, tendo em conta as características de tal intervenção — nomeadamente o facto de ser obrigatoriamente realizada em estabelecimento de saúde, com observância das *leges artis* médicas —(768)—; o grau de afectação da integridade corporal envolvido, designadamente a duração, a dor ou incómodo infligido, bem como a reversibilidade da lesão, na perspectiva da facilidade de recuperação dos tecidos afectados e da sua (ir)relevância no contexto do funcionamento global do organismo — poderemos concluir que se traduz numa violação do direito à integridade física do visado degrau muito baixo.»

Pois sim, mas então que a ponderação seja feita através de um magistrado judicial e devidamente justificada, após —como muito pertinentemente defende para circunstâncias análogas Helena Moniz, sempre partilhando o mesmíssimo *mal-estar* da intrusão física uma singela *zaragatoa* para colheita de saliva (769)— ponderar as circunstâncias concretas. Nestas, até podem pe-

(768) Recordo aqui as reticências que encontro sobre o facto de a integridade pessoal (físico-psíquica) não contemplar o bem jurídico autonomia —para o qual o consentimento é livremente disponível, cf. art. 149.º do CP— e se assim é para o tipo geral, porque não devem as *leges artis medecinae* poderem ser executadas com respeito por todos os preceitos que levam à protecção dessa componente da esfera da integridade pessoal que é a liberdade intelectual do repúdio? Não é exactamente o conjunto de normas em apreço que impedem o médico de praticar as *leges artis (ad hoc)* correspondentes ao comando de extracção hematológica em caso de recusa, tendo de prosseguir um caminho alternativo: umas outras *leges artis*, para as quais afirmo: não deixará o respectivo exercício de carecer igualmente do consentimento.

(769) Cf. Helena MONIZ, in *Parâmetros Adjectivos... cit.*, pp. 47 e ss., onde a respeito da Lei 05/2008, de 12/02, que consagra a possibilidade de colheita de material biológico com a teleologia da identificação civil e da investigação criminal inclina-se para que essa viabilidade não esteja assegurada para mero suspeito, o que leva a A. e Ilustre Conselheira do STJ a propender pela necessidade de decisões judiciais (que não de mero MP). Dando ainda nota concomitante do direito comparado.

sar não apenas razões de ordem da esfera dos direitos de personalidade e, entre estes dos direitos fundamentais, mas prosaicas razões de ponderação de interesses materiais em conexão com a «verdade material»⁽⁷⁷⁰⁾, mas em rigor, o que nos cria a todos resiliências sobre uma definitiva e assumida retracção dos direitos fundamentais é que temos *memória*. Sabemos que uma mínima *corrente de ar* pode possuir o condão de impedir depois que se cerre a janela: e o pior dos cenários já soprou exactamente pela *corrente de ar* democrática da vitória de um partido político que foi escancarando *a janela* até ao terror da II GM⁽⁷⁷¹⁾.

XIII. § 2.º.3.3. Indiferença da recusa: Intervenções determinadas por decisão judicial: Em processo civil: a determinação da filiação

O apuramento da paternidade biológica é aceite como direito fundamental, decorrente dos arts. 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP. Assim o defende a nos-

⁽⁷⁷⁰⁾ Creio que a solução encontrará inúmeros óbices por banda de quem terá um interesse significativo na obtenção da verdade material, mais concretamente as companhias de seguros, mas, sem a decisão judicial e perante uma recusa, penso ser apenas possível elaborar uma recolha de sangue para eventual análise após ponderada e justificada decisão judicial, que prossiga, então o que reputo ser um superior interesse que é o da descoberta da verdade material. O preceito assim interpretado adquire, então, mas só então, a faculdade de «harmonização» que a Exma. Conselheira Maria Lúcia AMARAL consignou e fundamentou na sua douta e oportuna declaração de voto, sobre a função «harmonizadora» da norma em referência. A verdade é que a declaração não deverá ofender a ordem pública nem os bons costumes, cf. LDAV.

⁽⁷⁷¹⁾ A pretexto de *brisas e correntes de ar*, não deixarei igualmente de depositar aqui algumas reticências igualmente quanto ao que no douto Ac. em análise se consigna a respeito do princípio sobre a viabilidade de repudiar estes mecanismos de auto-incriminação. Eis algo a que não deve igualmente dedicar-se estudo aprofundado e cauteloso, que não cabe aqui, mas fica registado (independentemente dos precedentes invocados seja do TC, seja do TEDH; o passe é o seguinte: «O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, não se encontrando expressa e directamente consagrado no texto constitucional, constitui um corolário da tutela de valores ou direitos fundamentais, com directa consagração constitucional, que a doutrina vem referindo como correspondendo à dignidade humana, à liberdade de acção e à presunção de inocência. Encontra-se sobretudo associado ao direito ao silêncio, ou seja, à faculdade de o arguido não prestar declarações auto incriminatórias, nomeadamente não respondendo a questões sobre os factos que lhe são imputados e cuja prova pode importar a sua responsabilização e sancionamento. Protege igualmente o arguido contra o exercício impróprio de poderes coercivos tendentes a obter a sua colaboração forçada na auto-incriminação, nomeadamente mediante a utilização de meios enganosos ou coacção (cf. M. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, pp. 120 e ss.).»

sa melhor doutrina ⁽⁷⁷²⁾ e seguindo este esteio, a nossa jurisprudência constitucional ⁽⁷⁷³⁾. Trata-se de um direito à identidade pessoal em que o conteúdo de referência familiar se afigura como suporte da personalidade individual, quer em termos intrínsecos (que contemplam o auto-reconhecimento), quer pelo reconhecimento social da pessoa, factor que nos importa sublinhar, não só como igualmente resultante da própria identificação ⁽⁷⁷⁴⁾. Este direito abrange o próprio percurso pessoal, a historicidade individual enquanto localização/afirmação da pessoa enquanto elo, e, acima de tudo, «um direito à verdade pessoal», como afirmou Orlando de Carvalho: para que de alguém «não se afirme o que não seja verdade, mesmo que honroso» ⁽⁷⁷⁵⁾. Será fundamental para sufragar o interesse do Estado no estabelecimento da filiação segundo o princípio da verdade biológica. Este interesse público decorre da protecção da família, da paternidade e da maternidade, e das crianças ⁽⁷⁷⁶⁾, designadamente, na *efectivação das condições que permitam a realização pessoal* dos membros da família (cf. art. 67.º, n.º 1, da CRP). E demonstra-se no dever da averiguação oficiosa sempre que for detectada a indeterminação da maternidade ou da paternidade — cf. arts. 1808.º, n.º 1, 1864.º e 1865.º, n.º 5, todos do Código Civil —, que tem por objectivo fixar a paternidade segundo o vínculo biológico que liga a pessoa aos seus progenitores ⁽⁷⁷⁷⁾. Nestes ter-

⁽⁷⁷²⁾ Cf. por todos Guilherme de OLIVEIRA, *Impugnação...*, cit., p. 66; e do mesmo A.: *Critério Jurídico...*, cit., p. 244.

⁽⁷⁷³⁾ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional: n.º 99/88, in *D.R.*, II série, n.º 193, de 22 de Agosto e n.º 370/91, de 25 de Setembro, in *BMJ* n.º 409, 1991, pp. 317 e ss., e, por todos a que me reporto o Ac. TC n.º 441/2013 (Rel. Maria João ANTUNES), proc. n.º 428/12, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130441.html>, cf. II. (Fundamentação): § 4.º. Refiro-me ao apuramento da paternidade biológica que não ao «princípio da verdade biológica que «sendo um princípio da ordem pública do Direito da Filiação» cf. Francisco PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II. T. I, Coimbra ed., 2006, p. 52, pois sendo estruturante do ordenamento não possui «dignidade constitucional autónoma, «não podendo fundamentar por si só um juízo de inconstitucionalidade» (cf. ID, *ibid*).

⁽⁷⁷⁴⁾ Utilizando a sugestiva expressão de GUILHERME DE OLIVEIRA: «o reconhecimento da localização social do indivíduo» (cf. *Critério Jurídico...cit.*, p. 292).

⁽⁷⁷⁵⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Para Teoria de Uma Pessoa Humana (reflexões para uma desmistificação desnecessária)*, in *TGDC... cit.*, p. 266.

⁽⁷⁷⁶⁾ Cf. arts. 67.º, 68.º, n.º 2 e 69.º, todos da CRP.

⁽⁷⁷⁷⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Impugnação da Paternidade...*, cit., p. 157.º e ss.; *Critério Jurídico...*, cit., pp. 161, 254 e ss., 330 e ss., 457 e ss. Este interesse público, e as suas consequências, não são detectados e aplaudidos unanimemente pela doutrina. Com efeito, refere o A. em referência a existência de opiniões contrárias (v.g. Moitinho de Almeida) que se estribam na necessidade de ponderar os interesses concretos do menor que, assim, obser-

mos, a descoberta da verdade biológica da filiação assume significativa importância quanto a esta matéria do Direito da Família e de há muito que os meios científicos disponíveis para a determinar suscitam o interesse dos juristas. Sucede, porém, que os exames periciais correspondentes implicam em última instância a colaboração fáctica dos visados ⁽⁷⁷⁸⁾. Em torno da relevân-

vam dever prevalecer sobre o interesse público. Consideração não necessariamente contrária à que vem defendida, uma vez tida em consideração essa necessidade pontual. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA pugnam igualmente pela subalternização dos interesses envolvidos ao interesse do menor. Esta prevalência fundamental em nada é diminuída pela concretização dos interesses públicos que norteiam o Ministério Público na proposição das acções tendentes ao estabelecimento da filiação (cf. *Código Civil anotado*, V, anot. n.º 8 ao art. 1865.º do Código Civil, p. 286).

⁽⁷⁷⁸⁾ Sobre a evolução histórica no nosso direito da investigação da paternidade, cf. Fernando Brandão FERREIRA PINTO, *Filiação...*, cit., pp. 270 e ss; acrescido, por exemplo, da síntese de Paula TÁVORA VICTOR, *Investigação de Paternidade — Breves notas sobre a sua evolução*, in *Co. Jur — Ac. STJ*, n.º 171, Ano XI, T. III (2003), pp. 11-16; Por curiosidade, deixamos aqui nota de dois Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Maio de 1905 e de 9 de Fevereiro de 1906, coligidos na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 20.º ano (1906/1907), n.º 5, p. 37 e n.º 23, pp. 181 e s., respectivamente, que, numa acção de investigação de paternidade ilegítima, se pronunciaram sobre a admissão, extensão e a recusa do investigado em poder ser submetido «...a exame das feições e outros atributos de semelhança...» entre si e o pretense filho. No primeiro aresto foi deferido o exame fundamentando-se «...que tal meio de prova não é offensivo da liberdade individual, e em nada affecta os direitos originarios do homem...». A segunda decisão do STJ foi despoletada pela recusa do investigado em se submeter a outro exame que não fosse o fisionómico, por ser «vexatório» se concretizado noutras partes do corpo (pretendia-se que «... os peritos verificassem se havia um signal de côr par da na planta do pé direito, tanto da auctora como do reu...»). Decidiu-se negar provimento à fundamentação do dissentimento por, entre o mais, se entender dever sobrepor o interesse da descoberta da verdade «e de esclarecer a justiça», tendo ainda sido expendida fundamentação que, embora extensa, vemos interesse em reproduzir: «A acção de investigação de paternidade ilegítima é prohibida, em regra, pelo nosso codigo (codigo civil: artigo 130.º); e tem esta prohibição por fundamento o ser a procreação um mysterio que escapa ás provas directas; e d'esta sorte a ampla permissão d'essa acção entenderem os legisladores do codigo que iria facilitar especulações repugnantes e estabelecer a perigosa possibilidade de introduzir na familia pessoas estranhas a ella.

Mas, havendo casos em que o codigo admite tal acção, não pode n'esses casos, mesmo para afastar aquelle perigo, deixar de permittir-se que as partes usem da maior latitude das provas.

E nenhuma podem ser mais concludentes, para explicar e esclarecer as outras provas sobre os requisitos da acção, do que aquellas que estão como que escriptas pela natureza nos corpos do pae e do filho; e, consistindo nos caracteres physicos transmittidos pelas leis fataes da hereditariedade, os ligam e vinculam um ao outro, estabelecendo a presumpção vehementissima de que a identidade do sangue corresponde á identidade dos signaes, na configuração physica».

Veja-se ainda a alusão de ALBERTO DOS REIS sobre este mesmo caso, a pretexto da hipotética superação das dificuldades sentidas no aresto (proferido na vigência do Código de 1876) pela redacção do art. 524.º do CPC de 1939, que viria a habilitar expressamente o juiz,

cia, ou irrelevância, da recusa colocam-se problemas que não afloro deixando apenas aqui o registo de que a questão oferece um interesse casuístico para a eventualidade de persistir alguma decisão que ultrapasse o benefício do ónus da prova previsto na legislação processual civil ⁽⁷⁷⁹⁾. Acresce a consideração para o próprio filho de que tenho por convicção que a descoberta e a revelação da verdade devem ser garantidas a cada indivíduo, pelo que, nesse sentido será essencial considerar, como segue, que o direito fundamental sobre a construção individual da sua história, o que habilite a um integral desenvolvimento da personalidade, segundo a verdade constituirá sempre no sistema jurídico (cf. art. 8.º da CRP) uma «norma harmonizadora». Com efeito, a busca de soluções para a compressão de outros direitos fundamentais pode estar como já referi, exactamente na *mão* do legislador ao configurar muito cautelosamente a construção de «normas harmonizadoras» em termos dos ditames constitucionais individualizados. Estas, tal como em termos sintéticos mas esclarecedores, estabelece Maria Lúcia Amaral distinguem-se das «normas restritivas» que apontam para um elenco tipificado de intervenções excepcionais possíveis e levam a considerar medidas equitativas, com recurso a um teste de proporcionalidade entre a exequibilidade da lei e a afectação concreta de um direito à integridade pessoal (físico-psíquica) ou à reserva de intimidade ou à proibição de auto-incriminação ⁽⁷⁸⁰⁾.

daí em diante, a ordenar as inspecções julgadas necessárias para a descoberta da verdade (cf. *CPC anotado...cit.*, III, pp. 320 e s.).

A semelhança fisionómica era ainda considerada pela nossa jurisprudência em 1971, embora já apenas como *mero auxiliar* «... devendo ser aproveitado nas acções de investigação, mas apenas como elemento de mera probabilidade e não como demonstração directa e irrefragável da demonstração da filiação biológica». Cf. Ac. RP de 16/6/71, in *BMJ*, n.º 208, 1971, p. 190, *apud* RAUL JOSÉ DIAS LEITE DE CAMPOS, *O Divórcio...cit.*, p. 404

⁽⁷⁷⁹⁾ Será perfeitamente plausível manter no essencial o que escrevi em *O Consentimento... cit.*, pp. 336 a 352, com os seguintes esclarecimentos. Mantenho o que ali expendi, na senda de inúmera doutrina entra a qual destaco: J.J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada, I vol.*, 4.ª ed., Coimbra Ed. (2007) ISBN 978-972-32-1462-8, p. 456: de acordo com os quais o «direito à integridade pessoal» (José de FARIA COSTA) não impede o «estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzam em (ou impliquem) intervenções no corpo das pessoas (v. g., vacinação, colheita de sangue para testes alcoólicos, etc.)», *desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada, sem prejuízo da punição em caso de recusa.*

⁽⁷⁸⁰⁾ Cf. «Declaração de voto» de Maria Lúcia AMARAL no Ac. TC n.º 418/2013 (Proc. n.º 120/11, Rel. Catarina SARMENTO E CASTRO), in <http://www.tribunalkconstitucional.tc/acordaos/20140418.html>

XIII. § 2.º.3.4. Indiferença da recusa: Intervenções determinadas por decisão judicial: as Perícias Médico-Legais e Forenses.

As perícias médico-legais e forenses são levadas a cabo em Portugal de forma exclusiva pelos serviços médico-legais e forenses, integrados no INML|CF nos termos das regras de intervenção pericial plasmadas na respectiva lei orgânica (DL n.º 166/2012, de 31 de Julho), respectivos estatutos (cf. a Port. n.º 19/2013, de 12 de Fevereiro), e por remissão expressa da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses (cf. art. 1.º).

A Lei n.º 45/2004, de 19/08 estabelece expressamente no seu art. 2.º, n.º 1 que «As perícias médico-legais são realizadas, obrigatoriamente, nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal, adiante designado por Instituto, nos termos dos respectivos estatutos.»⁽⁷⁸¹⁾. E o mesmo se diga para os exames e perícias de patologia forense, de clínica médico-legal e forense, de genética, biologia e toxicologia forenses, cf. arts. 20.º, 22.º, e 23.º da Lei n.º 45/2004, de 19/08, respectivamente.

Nestes termos, são os seus serviços quem serve de apoio técnico ao MP e aos Tribunais no âmbito das Ciências Forenses, designadamente da Medicina Legal, praticando os actos periciais nos vários processos, seja em fase de instrução ou de apreciação e com o «peso» legal que a prova pericial importa. Assim acontece em todas as disciplinas onde se mostra necessária, a saber:

I. No âmbito do Direito Criminal, o regime adjectivo que decorre do CPP, cf. o art. 159.º, n.º 1, que «As perícias médico-legais e forenses que se insiram nas atribuições do Instituto Nacional de Medicina Legal são realizadas pelas delegações deste e pelos gabinetes médico-legais», reproduzindo *ipsis verbis* nos números seguintes (n.º 2 a n.º 5) disposições legais da Lei n.º 45/2004, de 19/98 quanto à competência para realização de perícias médico-legais, mais concretamente os n.º 2 a n.º 5 do art. 2.º deste último Diploma. Em suma, o regime processual penal atribui exclusividade para a realização das perícias médico-legais e forenses às delegações e gabinetes médico-legais do INML|CF, seja em fase instrutória, seja em fase de apreciação probatória.

II. Para o Processo Civil (CPC), cf. o art. 467.º, n.º 3, de acordo com o qual: «as perícias médico-legais são realizadas pelos serviços médico-legais ou pe-

⁽⁷⁸¹⁾ O sublinhado pertence-me

los peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que os regulamenta», i.e., segundo o regime previsto na citada Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto. O mesmo é dizer, o CPC comete por aquela via ao INML|CF o exclusivo, por exemplo, da instrução —inconstitucionalmente secreta, cf. art. 20.º da CRP— das acções de investigação da filiação, e, posteriormente, assevera a prova produzida em Tribunal.

III. No campo do Direito do Trabalho, quanto ao que concerne o CPT, o mecanismo do processo especial tendente ao apuramento e efectivação dos acidentes de trabalho ou de doenças profissionais, determina, de acordo com o preceituado nos arts. 99.º e ss. (autópsias e demais exames médicos), que as perícias que se mostrarem adequadas ou necessárias serão levadas a cabo pelo INML|CF (cf. art. 105.º, n.º 3, CPT), e que ocorrem nos seguintes preceitos que, por economia, se sumariam: cf. art. 100.º CPT, sobre a autópsia médico-legal para a morte atribuída a acidente de trabalho; cf. os arts. 101.º; 102.º e 105.º todos do CPT para os exames médico verificando-se acidente de trabalho ou doença não mortal e para instrução da fase conciliatória do processo; cf. arts. 138.º e 139.º do CPT para determinar a fixação da incapacidade laboral em fase contenciosa; cf. art. 145.º CPT para o exame a realizar em vista da revisão da incapacidade do sinistrado.

Acresce que as perícias e os pareceres solicitados pelas autoridades judiciais competentes resultam da designação exclusiva dos peritos nomeados pelos dirigentes e coordenadores dos serviços do INML|CF, cf. art. 5.º, n.º 1 da Lei 45/2004, de 19/08. Resulta ainda do n.º 4 e n.º 5 do mesmo preceito, que os profissionais médicos e cientistas têm autonomia no exercício das suas funções periciais, sendo responsáveis pelas perícias, relatórios e pareceres de acordo com as normas, modelos e metodologias periciais em vigor no Instituto, bem como as recomendações decorrentes da supervisão técnico-científica dos serviços, podendo, todavia, por motivos de urgência ou coordenação ser avocado ou delegada parte da elaboração ou conclusão do relatório a superior hierárquico.

Assim, não obstante o estatuto de cooperação com os Tribunais e autoridades judiciais, previsto no art. 3.º, n.º 2, al. b) do DL n.º 166/2012, de 31/07, a atribuição do INML|CF significa efectivamente a exclusividade da prestação dos respectivos serviços, no âmbito de atribuições e competências exclusivas, o que, salvo o devido respeito por opinião contrária constrange a plena consecução do princípio do contraditório e da igualdade de armas (ponderando

que os regimes adjectivos acatem a aplicação de uma 2.^a perícia — forçosamente realizado pela mesma entidade— ou a colocação em crise do relatório ou parecer elaborado, cuja hierarquia probatória se revelará nitidamente superior e eventualmente pode escapar à liberdade de apreciação probatória, até pela necessidade de justificação da divergência de convicções).

Mais: Se levar em consideração o preceituado no regime previsto no processo penal, os peritos do INML|CF, mercê do estatuto oficial que possuem, não prestam juramento nem compromisso para as diligências de prova, cf. o artigo 91.º, n.º 6, *b*); e estão mesmo impedidos de depor como testemunhas quanto às perícias que tiverem realizado, cf. art. 133.º, n.º 1, *al. d*) do CPP, contrariamente ao que sucede com os peritos privados ou que a esse título intervêm a solicitação do arguido, do ofendido, ou das partes civis, cf. o artigo 156.º, n.º 1, sempre do CPP). E analogamente no regime processual civil e deste por remissão do regime adjectivo laboral, pois, mercê do mesmo estatuto de serviço público encontram-se dispensados de prestar juramento para a realização de exames e perícias (não se lhes aplica o disposto no artigo 505.º do CPC pois, não possuindo qualidade de testemunhas, mas sim de peritos, não se lhes aplicam os requisitos do n.º 1 do artigo 486.º do CPC).

Em suma: em termos científicos, as perícias médico-legais possuem a verdade material depositada no INML|CF, vinculadas que estão, em termos absolutamente imperativos, todas as autoridades judiciárias a entregar a este a respectiva realização. Outro qualquer perito ou entidade estranha ao INML|CF há-de ser indicado ou contratado por este, cf. art. 2.º, n.º 2, 4, 5 e 6, da Lei n.º 45/2004, de 19/08. E está bem de ver que, por necessário raciocínio é o INML|CF quem estabelece os critérios científicos e técnicos («*guidelines*», PON, etc.) tidos por adequados e correctos para garantir as perícias.

Não parece sequer decorrer do quadro legal em análise uma alternativa para um caso em que o INML|CF não *consiga* dar resposta ao que a autoridade judiciária lhe solicite: um específico exame pericial, eventualmente tipificado como possível e adequado para a descoberta da verdade material segundo as *leges artis* existentes; ou por prosaica falta de pessoal ou excesso de serviço.

Não obstante o que antecede, verdade seja dita que a jurisprudência portuguesa nem sempre prossegue acriticamente o que a legislação lhe propicia: uma solução «descansada» assente em pareceres «blindados» ou em prova *prima facie*, sem certificação; ou seja, também o *teste da recusa* possui aplicação —no seu sentido mais abstracto e genérico a essa outra *arte* judicativa

que não será a única a *namorar a Justiça*. Neste sentido, não deixarei de transcrever o seguinte trecho do Ac. TRC (Rel. Maria Manuela PAUPÉRIO):

«Seja-nos igualmente permitido um pequeno aparte: o juiz é o perito dos peritos; logo não deve escudar-se na dificuldade de entendimento de termos técnicos ou na compreensão do que se encontra vertido em documentos que se encontrem no processo, por versarem sobre uma temática específica – no caso médica –. Impõe-se-lhe, ao invés, pedir todos os esclarecimentos, se necessário assessorar-se de peritos ou especialistas, a fim de se habilitar a inquirir com propriedade sobre o tema em discussão, para obviar que se diga uma coisa e o seu contrário sem daí retirar as atinentes conclusões.» (782)

Partilho integralmente o desígnio, ainda que —aparentemente— o prossiga em regime *lege ferenda* jurisprudencial invocando a esse respeito os ensinamentos de António Castanheira Neves sobre o valor *constutivo* da jurisprudência enquanto fonte de direito (783).

(782) Cf. Proc. n.º 201/08.3TASJM.P1, Ac. TRP de 26-03-2014 in <http://www.dgsi.pt>. Sem prejuízo de divergir no que concerne ao sentido maioritário de uma separação absoluta dos bens jurídicos que integram a incolumidade pessoal, as ofensas à integridade físico psíquica —que em minha opinião integram igualmente o bem jurídico liberdade, plenamente disponível para o efeito— e integrante das *leges artis*— mas susceptível de ser recortado autonomamente no crime de intervenções médico cirúrgicas arbitrárias, uma vez que não se não verifiquem condições concretas para se verificar ter sido *consumido* por aquele, o que merece dever ser circunstanciado e caberá em *explorações* a que não me proponho aqui... A verdade é que uma análise crítica de um parecer que não possua *contraditório*, perante peritos que não prestam juramento e em condições de exclusiva discricionariedade, oferece, em regime de argumentação por evidência de opostos, no mínimo, uma necessidade de esclarecimento do Tribunal que este caso e aresto concreto, nitidamente, demonstra. Porque o abordo igualmente em outra parte do trabalho, limito-me a referenciar aqui o que se ajusta ao que trato.

(783) Cf. António CASTANHEIRA NEVES, *Introdução ao Direito: Lições... cit.* In as *Fontes, passim.*; sobre a questão afiguram-se-me com interesse três artigos, sem descurar os demais: Rui do CARMO, *a Exigência e Relevância Democráticas da Compreensibilidade do Discurso Judiciário*, pp. 65-73; Giovanni DAMELE, *Verdade e Comunicação — Notas sobre argumentação e decisão judiciária*, pp. 96-110; José MOURAZ LOPES, *A Decisão Judicial: O processo de fundamentação*, pp. 139-147, in AA.VV., *Justiça XXI: Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária* (Coord. Rui do CARMO), Coimbra Ed., 2012 (ISBN 978-972-32-2123-7).

PARTE IV — METIDO EM ATALHOS, VISTAS AS ÁRVORES ENCONTRA-SE A FLORESTA

Capítulo XIV. Em torno da Procriação Medicamente Assistida

XIV. § 1.º Breve anotação sobre responsabilidade civil emergente da omissão informativa nos casos dos apelidados «concepção indevida», «nascimento indevido» e de «vida indevida»); XIV. § 1.º.1. Questões pontuais sobre a relevância da vontade; XIV. § 2.º Considerações sobre questões radicais; XIV. § 2.º.1. Os interesses e as cautelas; XIV. § 2.º.2. Onde cessa a liberdade?

Capítulo XV. A PMA em Portugal

XV. § 1.º A PMA: uma actividade perigosa; XV. § 2.º Ascendência genética e ascendência juridicamente estabelecida; XV. § 3.º Maternidade de substituição

Capítulo XVI. Uma nota sobre o princípio da verdade biológica: conhecimento do percurso genético

XVI. § 1.º A recusa do pai: complicações decorrentes da falta ou deficiência da manifestação da vontade (a averiguação oficiosa do *consentimento sério, livre e esclarecido...*)

Capítulo XVII. As Directivas (Antecipadas de Vontade): «Testamento Vital», «Procurador de Cuidados de Saúde» e outras *possibilidades*

XVII. Aspectos introdutórios; XVII. § 1.º. As DAV: direitos dos (im)pacientes?; XVII. § 2.º. As directivas como afirmação das *leges artis*; XVII. § 3.º. Uma autonomia prospectiva; XVII. § 3.º.1. Os diferentes graus de antecipação da vontade: presença e ausência; XVII. § 3.º.2. Um conceito muito rico em designações; XVII. § 3.º.3. Um conceito muito rico em designações Directivas, declarações ou instruções, testamentos ou procurações: tanto faz!?!; XVII. § 4.º O intolerável desrespeito pela recusa; XVII. § 4.º.1. A família e as dificuldades de uma «decisão substituída»; XVII. § 5.º O precedente legislativo dos EUA; XVII. § 6.º O Direito português; XVII. § 6.º.1. A Recusa relevante (resultante da disponibilidade do paciente); XVII. § 7.º As correntes legislativas; XVII. § 7.º.1. O art. 9.º da CDHBio (desejos prévios); XVII. § 7.º.2. As opções indicativa e impositiva; XVII. § 7.º.3. Retomando a perspectiva portuguesa; XVII. § 7.º.4. Uma nótula brevíssima sobre o percurso até à Lдав; XVII. § 7.º.4.1. A opção portuguesa: declarações vinculativas, mas... «sem prejuízo»; XVII. § 8.º A (in)capacidade: observações sobre menores, interditos e inabilitados; XVII. § 9.º A ausência do requisito do esclarecimento; XVII. § 10.º A livre revogabilidade; XVII. § 11.º A Procuração de Cuidados de Saúde; XVII. § 12.º O RENTEV; XVII. § 13.º Responsabilidades.

Capítulo XVIII. A obstinação

XVIII. § 1.º Obstinação do paciente?; XVIII. § 2.º A fuga ao paternalismo.

Capítulo XIX. O que podia ainda integrar as DAV: a solução de oposição; o direito a não saber; as opções (terapêuticas ou paliativas)

XIX. § 1.º A solução de oposição (ou do dissentimento); XIX. § 2.º O direito a não saber; XIX. § 2.º.1. O *jogo* dos riscos; XIX. § 3.º As opções (terapêutica e a paliativa); XIX. § 4.º DAV: A colheita de órgãos e tecidos em cadáveres. Escorço histórico para justificar uma realidade ainda em causa; XIX. § 4.º.1.º As interrogações que se colocaram em torno da «solução de não oposição»

Capítulo XX. A revogabilidade como essência, como reduto do *teste de funcionalidade do sistema*

XX. § 1.º A revogabilidade (transplantes); XX. § 2.º Vejam-se os menores; XX. § 3.º Interdição do lucro; XX. § 4.º Breves anotações sobre o regime dos transplantes: REENDA e ainda a relevância da colheita em cadáveres para fins de ensino e investigação científica: o valor das decisões familiares; XX. § 5.º O Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro: o RENNDA; XX. § 5.º.1. Colheita em cadáveres para fins de ensino e investigação científica:

especialidades; XX. § 5.º.2. As manifestações possíveis da vontade e as suas amplitudes: *Doação? Oposição? Reclamação do corpo?*

Padre António Vieira conta a seguinte anedota para ilustrar sobre o que discorre em matéria dos *Que furtam com unhas de não sei como lhes chamam*: — «Por maior [tolice] tive a de certos Cavalheiros em Santarém, que meteram na cabeça a um mancebo vagamundo, que se fingisse filho de um homem nobre e rico, para o herdar. Foi o caso, que este homem teve um filho único, que lhe fugiu de nove anos, e havia mais de vinte, que não sabia dele: apareceu naquela Vila pobretão, que representava a mesma idade: amigos ou inimigos do homem de bem o ensaiaram como havia de dizer, que era seu filho (...) o pai suposto negava-o de filho fortemente, e dava por razão que não se alvoroçava o sangue, quando o viu. O mancebo demandava-o diante do juiz ordinariamente para alimentos em vida, enquanto não o herdava por morte: as histórias que contava e testemunhas que dava, contestaram de maneira, que deu o juiz sentença pelo mancebo, e condenou o velho a lhe dar alimentos, declarando-o por seu filho. Caso raro e nunca visto, nem imaginado! Que no mesmo dia apareceu em Santarém o filho verdadeiro, que todos conheceram logo, e o velho dizia: este *sim*, que se me alvoroçou o sangue quando o vi. O outro desapareceu logo...» (784).

Capítulo XIV. Em torno da Procriação Medicamente Assistida

A esterilidade, por si só, constitui uma disfunção malquista para quem quer fazer jus à mais inata das funções humanas: o processo fisiológico vital da perpetuação; este é, afinal, uma razão existencial (785). Cada um de nós

(784) In a *Arte de Furtar: Espelho de Enganos/Teatro de Vaidades*, Ed. Fronteira do Caos, Porto, 2006, pp. 287 e s.

(785) Segundo Hanna ARENDT, «a condição humana do labor é a própria vida». Para referenciar esta permanência de sentido em que notoriamente o corpo humano se harmoniza e procura igualmente completude, interferindo e interrompendo sucessivamente o círculo biológico individual, reiniciando-o pela procriação, creio ser elucidativo o pensamento de Hanna ARENDT, *A Condição Humana...*, cit., pp. 19, 22 e ss.; 126 e ss.; 298 e s., e que —a p. 300—, que parafraseio ao afirmar que a fé e a esperança universais talvez nunca tenham sido expressas de modo tão esclarecedor como de forma sucinta os evangelhos proclamaram a «boa nova: Nasceu uma criança entre nós.»; ou na necessidade de usarmos bom senso por determos já um poder radical de destruição absoluta, cf. pp. 333 e ss.; ou, *passim*, com síntese em 382 e ss., na lucidez com que propõe uma análise célere e eficaz das sucessões e coexistência de *artefactos* para alimentar as recordações, seja a crónica de feitos, seja a imortalidade no mundo (credo hebraico) ou a da alma (credo cristão), ou desta pelo serviço àquela (credo muçulmano), seja a sofisticação de técnica (moderno e tardo moderno).

possui intimamente a noção de se inscrever em linhas singelas de páginas que permanecem sendo escritas. Não procriar pode afligir seriamente, mas a inconformidade que caracteriza o ser humano determinou uma perseverança neste aspecto, uma sanha tal, que levou a prática a arreganhar o instinto e conduziu a ética, tal como o direito, a moldar a biologia e a ultrapassar a ciência, acelerando pela letra da lei o que os esforços da medicina tardaram a obter. Eis um terreno empírico em que a vontade sempre moldou a realidade, até que esta, na fronteira do que é possível, lança desafios progressivamente complexos ao desígnio: *multiplicai-vos!* A reprodução integra um dos grandes desafios da humanidade e recebeu sempre uma atenção muito especial, talvez exactamente por envolver os mistérios da *criação*, ter determinado sempre o *percurso*, e, metaforicamente, viabilizar de algum modo uma superação da finitude individual, por via de quem se quer reflectido em descendências. A inteligência produz o resto. Juridicamente, cedo se inventaram paternidades onde a natureza as negou ⁽⁷⁸⁶⁾, e tal como em outras matérias de insuficiência fisiológica, colocaram-se moldáveis à força da vontade as oportunidades que a ciência foi mostrando neste cadinho, como o demonstra a atribuição do prémio Nobel da medicina a Robert Edwards ⁽⁷⁸⁷⁾, cujas investigações em prol da PMA foram determinantes do nosso quotidiano de matriz ocidental em torno da *doença* ⁽⁷⁸⁸⁾. E por via enunciativa muito evidente se pronun-

⁽⁷⁸⁶⁾ Basta-me aqui a sugestiva alusão de José TAVARES, reportando-se ao Código de Seabra e já no âmbito da I República: «Não admite o nosso direito a categoria dos filhos *adoptivos*, aliás admitida pela maioria dos Códigos./ A *adopção*, que teve grande importância no direito romano, pode definir-se: um acto jurídico (geralmente o contrato), destinado a estabelecer entre duas pessoas relações fictícias de paternidade e filiação (...)», cf. José TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Ed., 1922, p. 698.

⁽⁷⁸⁷⁾ Sir Robert Geoffrey EDWARDS foi galardoado com o prémio Nobel da medicina em 2010, motivado pelos seus estudos em prol do desenvolvimento da fertilização *in vitro*. Trata-se do biologista inglês que manipulou a concepção do primeiro bebé proveta, Louise Brown, cf. MLA style: "Robert G. EDWARDS - Facts". *Nobelprize.org. Nobel Media AB 2013. Web.* 28 Apr 2014 http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2010/edwards-facts.html, cf. link: «Report», *The Battles Begin*, pp. 249 e ss., adaptado de um capítulo da seguinte obra: "Robert Edwards: the path to IVF" by M.H. JOHNSON published in *Reproductive BioMedicine Online* (Elsevier) at doi:10.1016/j.rbmo.2011.04.010.

⁽⁷⁸⁸⁾ Assumo aqui a disfunção apenas nesse extremo, o da impossibilidade feminina em procriar. Neste sentido, convenho com André DIAS PEREIRA quando afirma que um projecto de filiação prosseguido em termos estritamente masculinos padece de uma impossibilidade natural, individual ou no seio da respectiva família, que não constitui uma doença (cf. ID, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, pp. 54 e ss.), pelo que o recurso à medicina será nesses casos terapêuticamente irrelevante e dependerá exclusivamente de respostas no campo ético-social e respectiva repercussão *político-legislativa*. Não me parece pois que as

cia o legislador português no art. 41.º, n.º 1, da LPMA, ao prescrever que às «intervenção e tratamentos feitos através de técnicas de PMA por médico ou outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável aplica-se o disposto no artigo 150.º do Código Penal», ou seja, as actuações a levar a cabo no âmbito da PMA têm de se revestir de intuito terapêutico: no caso, uma esterilidade. Como conclui João Miranda Justo: «Alguns casais vão ter de aceitar que ou a gravidez, ou a reprodução, não estão biologicamente ao seu alcance.» (789). Posto isto, tenho menos dúvidas sobre as manifestações negativas da procriação, a saber: o direito a uma intervenção efectiva do Estado sobre a delimitação negativa de certas vertentes da procriação: eugenia (vg, por motivos demográficos), experimentação; afectação de recursos públicos sustentáveis perante doença; tipificação das actuações proibidas, etc., do que as dúvidas que me suscitam uma afirmação positiva, literal, sem mais, «de um direito fundamental a procriar através do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, nos termos do art. 36.º, n.º 1, da CRP» (790).

respectivas *frustrações* —com as legitimidades dos *espíritos dos tempos*— constituam justificação para legitimar a viabilização legislativa de contratos de gestação ou da experimentação por clonagem. E afigura-se-me desnecessário ir muito além da seguinte razão: perante a dúvida sobre a instrumentalização de um ser humano, impõe-se não estugar o passo e *pisar* com todas as cautelas. Talvez se *mudem os tempos*; outra será então a *economia* a dar à questão. De todo o modo, em prol dos necessários confrontos com os tempos que correm e os que se anunciam, é muito interessante reter aqui os escritos referenciais de Guilherme de OLIVEIRA; mas não deixo de apontar a síntese do *estado da arte* nas décadas de 80 e de 90 do século passado, ora remetida para João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica... cit.*, pp. 81-119, de onde sublinho a preciosa bibliografia e a minuciosa descrição do processo GIFT (*gamete intrafallopian transfer*), a pp. 115 e ss. Alertando para quem sustenta dever a infertilidade perder a qualidade de doença, a rivalizar os meios escassos com «verdadeiras doenças», cf. Fernando ARAÚJO, *Procriação Assistida... cit.*, pp. 15º e s., n.º 268, n. 269 e n. 270, onde não deixa de referenciar a legitimidade com que muitos AA. questionam, entre o mais, a prioridade que a questão tem merecido em termos da prossecução de saúde pública e em termos da afectação de montantes escassos, sobretudo perante outras carências. Adiante, entre o mais, farei menção de uma tabela de preços portuguesa, determinante de actos e técnicas de PMA em termos de SNS.

(789) Cf. João Manuel Rosado de MIRANDA JUSTO, in *A Infertilidade do Ponto de Vista Psicológico*, in AA.VV.: *Bioética e Vulnerabilidade* (coord. Ana Sofia Carvalho), Almedina Ed., 2008 (Dep LEg 272361/08), pp. 31-45.

(790) Cf. Paula MARTINHO DO ROSÁRIO e Marta COSTA, *LPMA Anotada... cit.*, anot. n.º 4 ao art. 6.º da LPMA, pp. 35 e s. Creio que será no sentido que aponto que as AA. o afirmam e obviamente com referência ao preceituado no art. 67.º, n.º 2, al. e), da CRP. Mas existe quem coloque dúvidas e reservas, por todos, cf. Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina Ed., 1999 (Dep.Leg. 141988/99), pp. 21 e ss.. O regime constitucional aponta ao Estado uma regulamentação da PMA, mas porque não para traçar as restrições, como, aliás, a LPMA acaba por concretizar?

Este preceito constitucional integra uma admissibilidade tendencialmente plena das liberdades de filiação, ou como ensina Vera Lúcia Raposo ⁽⁷⁹¹⁾: «sem obstáculos quanto ao (seu) estabelecimento». A ausência desejável de obstáculos não alimenta possa ser invocado por um cidadão um direito potestativo de raiz constitucional a todos os meios que a ciência disponibilize, seja em termos de experimentação, seja nos que forem ético-juridicamente vedados —enquanto o forem ⁽⁷⁹²⁾. Estribar no direito a constituir família e na

⁽⁷⁹¹⁾ Cf. Vera Lúcia RAPOSO, *Direitos Reprodutivos*, in *LexMed*, ano 2, n.º 3, 2005, p. 117; mais desenvolvimentos in ID, *De Mãe para Mãe... cit.: Argumentos a favor da maternidade de substituição*, pp. 63-88, *maxime* 75 e ss.

⁽⁷⁹²⁾ Para uma visão global sucinta, mas muito rica das perplexidades possíveis que ficaram em aberto —curiosa até para confronto com o desenrolar legislativo dos 25 anos posteriores— cf. José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, *Genética e Pessoa Humana: Notas para uma perspectiva jurídica*, in *ROA*, 51, II, Julho, 1991, pp. 459-475. No que concerne ao conceito do recurso subsidiário à PMA recebido no art. 4.º da LPMA, com a amplitude de ordem terapêutica que a doutrina do nosso Tribunal Constitucional viabilizou para além das estritas questões da infertilidade, em ordem a proteger o nascituro de eventuais doenças, designadamente hereditárias, infecciosas, genéticas, etc., por força de uma hermenêutica traçada entre a delimitação aparentemente restritiva do n.º 2 do art. 4.º e a circunscrição prevista no art. 7.º, cf. Ac. TC n.º 101/2009, de 03/03 (Rel. Carlos Fernandes CADILHA), acessível in <http://www.dgsi.pt/>. Relativamente ao princípio da subsidiariedade, logo em 1993, cf. J. VIEIRA DE ANDRADE, in *Procriação Assistida com Dador... cit.*, p. 63, e por todos, João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.*, pp. 782 e ss., *maxime* 785. Com uma solução semelhante, mas expressa, cf. a legislação francesa: CODE DE LA SANTE PUBLIQUE, Deuxième partie : Santé de la famille, de la mère et de l'enfant — Livre Ier : Protection et promotion de la santé maternelle et infantile, onde, sobre a questão se prescreve: «Article L2141-2 (Modifié par [LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 33](#)) L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation.», acessível in http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F8FAoD94ADF3357B157736801C11AABA.tpdj016v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006171132&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20140430.

No mesmo sentido, cf. a Lei Italiana de 19 Fevereiro de 2004, n.º 40, publicada na «*Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. CAP — Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.* / Capo II / Art. 4 (Acesso alla tecnica)/ 1. *Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive delle procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico (...).*», acessível in <http://www.uaar.it/laicita/bioetica/log.pdf>, cf., tb. Vera Lúcia RAPOSO, *De Mãe para Mãe...*

existência de um qualquer meio científico disponível ⁽⁷⁹³⁾, a possibilidade de alguém, estéril, reivindicar —sem mais— um direito a ter uma criança parece-me excessivo ⁽⁷⁹⁴⁾. Para tanto, sobrepõem-se as limitações das sucessivas

cit., p. 156. A legislação italiana sobre PMA revela-se contudo bastante controversa tendo dado azo até a um referendo ocorrido em Junho de 2005 que não reuniu quórum em cada uma das 4 questões colocadas em torno da possibilidade de acesso, da investigação e ensaios e PMA heteróloga. Neste último aspecto verificou-se uma declaração de inconstitucionalidade pela *Corte Costituzionale*, com sentença de 09 de Abril de 2014: «*La Corte costituzionale, nell'odierna Camera di Consiglio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 e 12, commi 1, della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita*», acessível in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20140409130023.doc, na sequência das restrições também da utilização das técnicas de DGPI, que precedentemente conduziram o TEDH a reputar a legislação em referência como «incoerente» desrespeitando o «direito ao respeito pela vida privada e familiar».

Como limitação aos recursos científicos disponíveis serve ilustrar a proibição da selecção de sexo em PMA, cf. art. 14.º da CDHBio, outorgado por Portugal em Oviedo, em 04/04/1997, ratificada em 03/01/2001 (Decreto nº 1/2001, do PR in *DR*, n.º 2, 1, de 03/01), na sequência da AR, Resolução n.º 01/2001, in *DR*, n.º 2, 1, A de 03/01. E no que concerne à clonagem, procedeu-se ao mesmo tempo à ratificação do Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, que tinha sido outorgado em Paris: 12/01/1998. Para mais desenvolvimentos sobre a CDHBio sob, cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica... cit.*, p. 21 e ss., n. 29. Da mesma sorte, cf. o art. 3.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia CDFUE, cf. ID, *ibid.*, p. 51 e ss.: A entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009) determinou a eficácia vinculativa da CDFUE, cf. *JOUE*, de 30/03/2010 (2010/C 83/02).

⁽⁷⁹³⁾ Não pretendo evidentemente afastar os meios legítimos que se encontram disponíveis para efeitos do exercício de uma plena autonomia reprodutiva, como aconteceu já, por exemplo, em uma caso decidido pelo Supremo Tribunal Checo, a saber: um cidadão foi indemnizado em consequência dos seus danos em sede de direitos pela capacidade reprodutiva, prejudicada por uma esterilidade superveniente e face à deterioração do esperma que previamente havia feito preservar para prevenir exactamente a possibilidade de poder vir a procriar. Neste sentido, cf. J. HRÁDEK, Czech Republic, in *European Tort Law*, 2006, p. 140: *Nejvyšší soud České republiky*, 22/06/2006, *apud* André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, p. 224, n. 603.

⁽⁷⁹⁴⁾ No curso dos ensinamentos de Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida... cit.*, pp. 19-21, que deixa intactas ou reforçadas as reticências que já antes formulou Guilherme de OLIVEIRA quando reflectiu sobre a eventual existência de um «direito subjectivo ao que é tecnologicamente possível» com todas as variáveis que o constante desenvolvimento científico abre e oferece e que justificam que o Estado permaneça a tutelar e especialmente a financiar os redutos da vida privada, cf. *Aspectos jurídicos da procriação medicamente assistida... in Temas... cit.*, pp. 6-8. E no mesmo sentido forçoso é levar em conta os argumentos de Jorge Duarte PINHEIRO, *Mãe Portadora — a problemática da mãe de substituição*, in AA.VV, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina Ed., Lisboa, 2008, DepLeg 26279707, pp. 323-344, p. 333, que sublinha não poder deixar-se de ponderar o sentido e alcance da necessidade de que na leitura da norma constitucional deve ser aquilatado que a maternidade tal como a paternidade devem ser *conscientes*, cf. art. 67.º, n.º 2, al. d), *in fine*, CRP. Tanto obriga a pensar que nos interesses existentes na Filiação, tudo propende para reforçar o que se mostre prudente na defesa dos interesses da criança. Será este o *norte* do esforço legislativo

barreiras do que sejam os limites da experimentação, as das disponibilidades materiais e imperativos concretos que sobrevalorizam o interesse das crianças perante a mera vontade ou mesmo o interesse, putativamente conflituante, de um projecto de filiação mais hedonista. Será eventualmente possível conceber a esterilidade como deriva de uma superação nosológica da fisiologia para uma outra superação nosológica agora em termos psicológicos; e daqui para a majoração da vontade. Sucede, todavia, que a questão psicológica individual me aparece como argumento autofágico, que se consome a si mesmo: será a frustração a nosologia primordial, relegando a esterilidade para o campo puro e duro das eventuais incapacidades físicas, com ou sem solução médico medicamentosa aplicável. O que concerne ao foro íntimo das pessoas, ali fica, mas a solicitação de auxílio para a procriação e, especialmente a sua concessão, destapa forçosamente que se apure a razão de ser, o sentido e, avanço já, os limites gerais e abstractos que a prudência, que a responsabilidade, ditam em cada momento histórico para a conformação comunitária. Não se trata sequer de nenhum dever ser inter-geracional, mas, ao invés e muito nitidamente, de um dever ser perante a própria geração.

Daqui que não me baste nesta matéria subjectivar simplesmente em um direito o interesse num projecto de filiação, fora da subsidiariedade e do confronto fundacional do auxílio. Compreendo que a procriação medicamente assistida deva corresponder a mais do que um desejo: deverá fundar-se em uma necessidade, e esta, além de ter de ser certificada ⁽⁷⁹⁵⁾, terá de passar sempre pelo crivo dos interesses e necessidades da pretendida criança ⁽⁷⁹⁶⁾ e

e do trabalho hermenêutico. No mesmo sentido, também os progenitores podem ver comprimida a respectiva esfera de autodeterminação na concretização do respectivo projecto de filiação e outro tanto será exigível aos profissionais de saúde a delimitar a liberdade do exercício científico, mesmo aquém da experimentação (penso na proibida escolha do género da criança a nascer, fora de casos em que se verifiquem doenças hereditária exactamente relacionadas com o sexo, cf. art. 14.º da CDHBio).

⁽⁷⁹⁵⁾ Mais um parâmetro em que os ditames objectivos não me chegam: não vou procurar depositar aqui os *debates* em torno da mono-parentalidade, da heterossexualidade, da idade, das condições materiais e intelectuais, da saúde ou da mera oportunidade. Creio convictamente que o estado das pessoas demanda o Estado para o casuismo e ulterior tutela. A análise deve ser feita segundo o estado da ciência, para cada pessoa, em vista da favorabilidade do quadro ambiente existente.

⁽⁷⁹⁶⁾ Creio que no sentido global apontado, para além dos AA. citados em nota anterior (penúltima), se situam ainda: João LOUREIRO, *Constituição e Medicina...* II. Vol., *cit.*, pp. 782-70, *maxime* 785, e pp. 815-820, *maxime* 816; Jean CARBONNIER, *Droit Civil, T. 2: La famille, l'enfant, le couple*, 21.ª ed., Col Thémis, PUF ed., 2002 (ISBN 2 13 051914 8), pp. 238 e s.;

pelo limite da sustentabilidade social. No pólo oposto, os mesmos argumentos e os que lhe são análogos poderiam conduzir, ao invés, à conclusão de tornar viável assumir que a criança ela própria, pudesse responsabilizar quem a colocou em uma vida que reputa agora indesejada (ou com diferentes características). Ou os pais a apontarem a frustração de resultados perante uma medicina que divulga possibilidades, sucessos e realizações.

XIV. § 1.º Breve anotação sobre responsabilidade civil emergente da omissão informativa nos casos dos apelidados «concepção indevida», «nascimento indevido» e de «vida indevida» (*wrongful conception*; *wrongful birth* e *wrongful life*)

Na medicina pré-concepcional, familiar e de PMA contam-se os exemplos dos processos que são comumente conhecidos por: *wrongful conception*; *wrongful birth* e *wrongful life* ⁽⁷⁹⁷⁾. Implicam o apuramento de responsabilidade por desvios relacionados com a concepção, com as condições concretas em que se nasceu ou com padrões físico-psíquicos não atingidos na progenitora ou na criança que passam a determinantes na vida destes. Para aqueles dois primeiros tipos de acção os progenitores apontam aos profissionais de saúde desvios das *legis artis* ou da *práxis* —serve por ora para distinguir nestas últimas uma decisão errada por deficiência de esclarecimento, retirando esta componente das *leges artis*, quando em termos de responsabilidade civil muitas dúvidas tenho que ali não caiba inteiramente— que conduziu a uma gravidez indesejada ou os impediu de tomar uma diferente decisão (cessação voluntária da gravidez); e na última —*wrongful life* / *diminished life* ⁽⁷⁹⁸⁾—

Gérard CORNU, *Droit Civil: La famille*, 7.^a ed., Col. Domat, Montchrestien Ed., 2001 (ISBN 2-7076-1206-5), pp. 456 e s.

⁽⁷⁹⁷⁾ A generalidade dos AA. de referência que refiro *infra* apontam reparos mais ou menos assertivos a estas designações conceptuais, por todos, cf. Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e Problema da Santidade da Vida... cit.*, pp. 96 e 100; e Paulo MOTA PINTO, *Indemnização em caso de «nascimento indevido» e de «vida indevida» («wrongful birth» e «wrongful life»)*, in AA.VV, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais (Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier)*, Vol. III, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1545-8), pp. 915-946, *maxime* 918.

⁽⁷⁹⁸⁾ Tal como refere André Dias PEREIRA esta última expressão parece de facto mais adequada para o que neste aspecto está em causa, a saber: «não tanto (...) indemnizar uma vida (que poderia não ter nascido), mas antes compensar o sofrimento que uma vida com dores,

será a própria criança quem reclama, por grosso, pelas mesmas razões — a que crescem eventuais acções contra os progenitores por negligências comportamentais durante a gravidez ⁽⁷⁹⁹⁾, uma vez que em si se materializam igualmente danos ⁽⁸⁰⁰⁾. São casos, por exemplo, em que uma criança nasce

sofrimentos e necessidades de cuidados médicos permanentes acarreta.», cf. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, p. 225., n. 608.

⁽⁷⁹⁹⁾ Dando nota, cf. Fernando ARAÚJO, *Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida... cit.*, p. 84.

⁽⁸⁰⁰⁾ O nosso STJ pronunciou-se já em dois casos de «direito à não existência», cujos sumários são de tal forma ilustrativo que, abro excepção e reproduzo: a saber, no Ac. STJ de 19 de Junho de 2001 (Rel. Fernando PINTO MONTEIRO), acessível in <http://www.dgsi.pt>, proc. [01A1008](#); «I - A nossa lei não prevê, no que toca à responsabilidade médica, casos de responsabilidade objectiva, nem casos de responsabilidade civil por factos lícitos danosos - tal responsabilidade assenta na culpa. / II - Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual. / III - Embora com limitações (desde logo as que resultarem de eventuais acordos das partes, dentro do princípio da liberdade contratual), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto. / IV - Ocorrendo a violação ilícita de um direito de personalidade (à vida ou à integridade física) na execução de um contrato, os danos daí decorrentes assumem natureza contratual, mas a admissibilidade da reparação de tais danos terá que sofrer restrições, sob pena de se poder gerar incerteza no comércio jurídico; um dos possíveis critérios limitativos poderá ser o de atender à especial natureza da prestação e às circunstâncias que acompanharam a violação do contrato, e terá que estar em causa uma lesão de bens ou valores não patrimoniais de gravidade relevante. / V - No contrato de prestação de serviços que o médico celebra (contrato médico), existe como obrigação contratual principal por parte daquele a obrigação de tratamento, que se pode desdobrar em diversas prestações, tais como: de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, de informação; trata-se, por regra, de uma obrigação de meios, e não de resultado, devendo o «resultado» a que se refere o art.º 1154 do CC ser interpretado como cuidados de saúde. / VI - Não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus - médico e clínica privada - sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direita, com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detectado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma - o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros. / VII - O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida. / VIII - O direito à não existência não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor.» (desenvolvidamente cf. a anotação de António PINTO MONTEIRO, *Direito a não nascer? Ac. STJ de 19 de Junho de 2001*, in *RLJ*, Ano 134.º, n.º 3933 (ISSN 0870-8487), pp. 371-384, onde expressamente consigna a convicção que o aresto em anotação deixa abertura para uma diferente solução no caso de terem sido os pais a invocarem uma lesão para ressarcir os seus próprios danos

(*wrongful birth*); logo, para a progenitora será conjecturável uma alternativa para a inexistência da vida do filho por decisão sua em cessar a gravidez; decisão negada ilicitamente (quando se confirme a falta de cumprimento dos deveres laterais de obter as informações e de as prestar). Eis a perplexidade que António PINTO MONTEIRO deixa enunciada: resultando os mesmos danos de um mesmo comportamento culposo como aceitar reparar os dos pais e recusar os dos filhos? A sua resposta vai no sentido de que não se pode exigir ao instituto da responsabilidade civil demasiado e, conseqüentemente, haverá que solucionar por via da segurança social as questões que cabem à solidariedade social, que não aos médicos.

E no Ac. STJ, de 17 de Janeiro de 2013 (Rel. Ana Paula BOULAROT): registaram-se dois votos de vencido dos Conselheiros PIRES DA ROSA e de Maria PIZARRO BELEZA), acessível via <http://dgsi.pt> proc. [9434/06.6TBMTS.P1.S1](http://dgsi.pt), «I. O acordo havido entre a Autora e os Réus com vista à efectivação dos exames neonatais, consistentes nas duas ecografias estabelecidas como obrigatórias no protocolo da Direcção Geral de Saúde, configura uma obrigação de meios pois tais exames destinavam-se, primordialmente, à identificação, determinação e informação de eventuais distúrbios e malformações do feto./ II Sendo a obrigação principal assumida pelo médico a de tratamento e dividindo-se esta obrigação em outras quantas prestações diversas que passariam, ou poderiam passar, consoante o protocolo a seguir segundo o caso concreto, por actividades de mera observação, diagnóstico, terapêutica efectiva e vigilância, é a mesma de qualificar como obrigação de meios e não de resultado. /III Há um erro médico, quando ocorra uma falha profissional, não intencional, consistente numa deformada representação da realidade, *in casu*, imagiológica, decorrente das ecografias que foram efectuadas à Autora. /III Por parte dos Réus houve uma conduta ilícita e culposa, pois poderiam e deveriam ter agido de outro modo face à constatação inequívoca de malformações do feto, traduzindo-se a violação do dever de cuidado na preterição da *leges artis* na matéria de execução do diagnóstico porque este deveria ter conduzido à aferição das aludidas malformações, atentos os meios empregues em termos de equipamento e tendo em atenção a preparação privilegiada do Réu. / IV A conduta dos Réus ao fornecerem à Autora uma «falsa» representação da realidade fetal, através dos resultados dos exames ecográficos que lhe foram feitos, contribuíram e foram decisivos para que a mesma, de forma descansada e segura, pensando que tudo corria dentro da normalidade, levasse a sua gravidez até ao termo. / V Estamos em sede de causalidade adequada, pois a conduta dos Réus foi decisiva para o resultado produzido, qual foi o de possibilitarem o nascimento do Autor com as malformações de que o mesmo era portador, o que não teria acontecido se aqueles mesmos Réus tivessem agido de forma diligente, com a elaboração dos relatórios concordantes com as imagens que os mesmos forneciam, isto é, com a representação das malformações de que padecia o Autor ainda em gestação. / VI Como deflui inequivocamente do preceituado na alínea c) do artigo 142º do CPenal, a Lei não pune a interrupção da gravidez nos casos em que há «seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congénita e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez», constituindo aquela solução o único meio de tutela de interesses juridicamente protegidos, isto é, um meio sem alternativa, exigindo-se que sobre o caso haja um juízo de previsão fundada em motivos seguros, integrada por conseguinte pela certeza de que o nascituro sofre já da doença e/ou malformação, conduzindo desta sorte ao aborto por indicação embriopática ou fetopática. / VII A circunstância de a Lei permitir à grávidas a interrupção da gravidez nesta situação, além do mais, não tem de per si a virtualidade de «interromper» o apontado nexos, fazendo antes parte do mesmo, porque sendo aquela solução uma opção das interessadas, desde que devidamente informadas com o rigor que se impõe neste tipo de ocorrências, impenderia sobre os Réus os mais elementares deveres de cuidado no que tangem à elaboração do diagnóstico, o que de forma culposa omitiram, impedindo assim a Autora de utilizar o meio legal que lhe era oferecido, atento o tempo de gestação em curso (infe-

por força de uma intervenção falhada de esterilização levada a cabo previamente; intervenção onde avultam expectativas significativas sobre os resultados susceptíveis de serem atingidos por uma correcta actuação dos profissio-

rior às vinte quatro semanas), de não levar a termo a sua gravidez caso o entendesse, o que esta teria feito atentas as circunstâncias, daqui decorrendo o dever de indemnizar a Autora por banda dos Réus. / VIII De uma maneira geral a doutrina e jurisprudência europeia e norte americana admite as acções de *wrongful birth*, no caso sujeito a que se mostra intentada pela Autora, mãe do Autor, com vista a ser ressarcida pelos danos decorrentes da gravidez, bem como aqueles que decorrem das necessidades especiais da criança (onde se inclui a doutrina portuguesa maioritária, já que a nível jurisprudencial apenas existe uma única decisão deste STJ a propósito desta temática, de 19 de Junho de 2001 (Relator Pinto Monteiro). / IX Todavia, aquelas mesmas correntes, nos casos em que a par da *wrongful birth action* se cumula uma *wrongful life action*, esta é rejeitada *in limine* por se considerar inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido (para além igualmente das questões suscitadas a nível da quantificação do valor da vida – quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? etc - caso tal indemnização fosse possível), sendo que esta questão nos coloca perplexidades várias, passando pelas filosóficas, morais, religiosas, políticas, acrescidas, obviamente, das jurídicas. / X O problema com o qual nos deparamos, neste particular é o de saber se a atribuição de uma indemnização nestas circunstâncias específicas, o nascimento deficiente do Autor, constitui um dano juridicamente reparável atento o nosso ordenamento jurídico, o que não nos parece ser enquadrável em termos normativos, antes se nos afigurando a sua impossibilidade e nos levaria a questionar outras situações paralelas tais como a eutanásia e o suicídio, as quais passariam a ter leituras diversas, chegando-se então à conclusão que afinal poderá existir um “*direito à não vida*”, o que poria em causa princípios constitucionais estruturantes plasmados nos artigos 1º, 24º e 25º da CRPortuguesa, no que tange à protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser». / XI Nem se poderá seguir pela chamada «terceira via» da responsabilidade civil, através do enquadramento neste instituto do contrato com eficácia de protecção para terceiro, *um tertium genus*, o que possibilitaria abarcar as situações de violação de deveres específicos de protecção e cuidado emergentes daquele acordo havido com os Réus e para com terceiros. / XII A nossa grande dificuldade, nesta possível construção jurídica, consiste na impossibilidade de se considerar como «terceiro» o feto, pois não se pode aceitar, de todo em todo que a criança, inexistente enquanto ser humano – em gestação apenas – face ao preceituado no normativo inserto no artigo 66º, nº 1 do CCivil, que prescreve que a personalidade se adquire «(...) no momento do nascimento completo e com vida.», possa ser tida como parte interessada num contrato havido entre aqueles que a conceberam e outrem, sendo a mesma na altura um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica, sem prejuízo da Lei lhe atribuir alguns direitos. / XIII Nenhum outro direito se afigura concretizável com o nascimento do nascituro, *maxime* o decorrente de um pretenso contrato com eficácia de protecção de terceiro (terceiro este apenas nascituro, falho da qualidade jurídica de terceiro para efeitos obrigacionais, por ausência de personalidade jurídica), a quem a Lei não concede qualquer protecção por via da celebração daqueloutro contrato de prestação de serviços médicos, a não ser a protecção directa do mesmo, ou seja, a decorrente de uma actuação do médico dirigida especificamente ao feto e por isso causadora das suas eventuais malformações, o que não se mostra ter ocorrido no caso *sub judice*. / XV O Autor existe, mas concluir-se que o mesmo não deveria existir assim desta forma deficiente e por isso tem o direito a ser ressarcido, não pode ser, uma vez que a tal se opõe, além do mais, o direito.»

nais de saúde. E onde tais resultados se ofereçam pendentes de certificações —vg: recidivas— remetem ainda as *leges artis* para especialíssimos cuidados em torno dos deveres de esclarecimento sobre os riscos e procedimentos adequados a afastar uma gravidez improvável mas possível⁽⁸⁰¹⁾; no segundo caso, a criança nasce com problemas, reclamando os pais deficiências quanto às informações extraíveis ou comunicadas de testes pré-natais ou outros⁽⁸⁰²⁾ que impediram o recurso a meios alternativos, designadamente à cessação voluntária da gravidez⁽⁸⁰³⁾ ⁽⁸⁰⁴⁾.

⁽⁸⁰¹⁾ O STA foi já chamado a pronunciar-se sobre um caso em que confirmou a condenação dos profissionais de saúde na sequência da omissão de dar a conhecer a uma mulher a quem tinha sido sugerido e aceite (expressamente) a esterilização no decurso de um parto por cesariana e que veio a engravidar posteriormente. A condenação em indemnização foi fixada no montante de 5 000,00 € e decorreu do dano inerente à gravidez, a um aborto espontâneo e processamento médico consequente (raspagem uterina), cf. Ac. STA (Rel. PAIS BORGES), de 26 de Junho de 2009 (*apud* André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade...*, cit. p. 216).

⁽⁸⁰²⁾ Será o caso relatado por Ewa BAGINSKA, *The Liability for wrongful Conception and wrongful birth in Polish law*, in *Lex Med.*, Ano 5.º, n.º 10, 2008 (ISSN 1646-0359), pp. 39-49: uma grávida veio a ficar praticamente cega na sequência de uma gravidez de risco em que o obstetra/ginecologista se recusou a acatar a opinião médica de oftalmologistas no sentido de se verificar um grave risco para um deslocamento da retina com funestas sequelas no caso daquela paciente; sentido este em que os três médicos consultados foram favoráveis na indicação para a cessação. Os danos vieram a verificar-se e a paciente obteve uma indemnização de 25 000,00 €. Também o Supremo Tribunal Polaco, em outro caso de recusa de médico em levar por diante uma cessação com fundamento em violação, vindo a desconhecer-se a identificação do progenitor, acabou em condenação do profissional de saúde por considerar uma relação adequada entre a respectiva conduta com desprezo pela vontade da vítima e os danos (decisão de 22 de Fevereiro de 2006).

⁽⁸⁰³⁾ Sobre esta matéria, por todos, cf. André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica...* cit., pp. 214 e ss. (onde cita a doutrina mais recente no nosso ordenamento, cf. n. 584: «Carlos MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 218; PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer?”, *RLJ*, ano 134.º, n.º 3933, Paulo MOTA PINTO, Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, 2008, p. 738 ss., nota 2095, em especial p. 747-748; Manuel CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2008, Ano 68 –Vol. I –Jan. 2008; Vera RAPOSO, “As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, 2010, p. 61-101; Luís Duarte MANSO, *O Consentimento Informado no Diagnóstico Pré-Natal*, polic., FDUC, 2011»); e ainda, pp. 225 e ss. Cf. ainda António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III: Pessoas*, Almedina Ed., 2.ª Ed., 2007, § 103, pp. 325-332»; coloca diferenças quanto às posições dos progenitores e da criança. Ac. da Relação de Lisboa, de 10/1/2012 (RUI VOUGA), acessível in <http://www.dgsi.pt>, proc. 1585/06.3TCSNT.L1-1; Ac. Relação do Porto, 1/3/2012 (FILIPE CAROÇO), acessível in <http://www.dgsi.pt>, proc. 9434/06.6TBMTS.P1 em que concedem indemnizações em casos onde ficou dado como provado que os profissionais de saúde violaram as *leges artis*, os seus deveres de cuidado ao não detectarem em exames radiológicos problemas congénitos nos fetos.

A questão fulcral que interessa aqui ponderar é se este tipo de faculdade prejudicada de manifestar uma opção de vontade relevante, cujo efeito conseqüente é a concretização do nascimento da vida humana, deve ser susceptível de gerar uma lesão protegida pelo ordenamento jurídico. É que do desrespeito nasce uma criança, i.e., a *lesão* envolve esse nascimento e a subsequente humanidade exteriorizada. Este ser humano pode não ter sido desejado de todo ou não terem sido desejadas as malformações de que é portador. Pode até o ser humano em causa viver profundamente amargurado com a sua existência; de qualquer forma, todas as hipóteses acarretam danos, patrimoniais e/ou não patrimoniais, que podem ser susceptíveis de ser computados (arts. 562.º e ss. do CCiv.), assim sejam juridicamente *reconhecidos*. Os danos patrimoniais são ditados pelo direito, tão logo resultem de lesões e estas de actos —dolosos ou culposos— ou factos ilícitos ou da respectiva especificação legal (cf. arts. 483.º e 798.º e ss. do C.Civ.); conquanto a adequação entre causa do dano e lesão sejam delimitáveis (cf. art. 583.º do C.Civ.).

Neste aspecto, as questões em termos de analogia que coloca André Dias Pereira desarmam: se os meus sintomas impuserem exames que revelassem uma grave doença a exigir uma imediata intervenção cirúrgica e se o acesso a essa informação me for sonegada; se vier a falecer; a imputação dos danos revela-se adequada à falta de cuidado exigível e ao cumprimento dos deveres da *praxis* médica que integra, ao menos habilita, um correcto desempenho das *leges artis*: realizar os exames e comunicar-me (e a ausência de uma e/ou outra das obrigações específicas de resultado em nada alteram o desfecho). Os prejuízos patrimoniais, como propõe Paulo da Mota Pinto, podem ser encontradas por confronto, por comparação, com as despesas que uma criança sem a diminuição das valias daquela careceria: a diferença revela uma aproximação equitativa do que será extraordinário ⁽⁸⁰⁵⁾

Quanto aos danos não patrimoniais, como afirma André Dias Pereira, são indemnizáveis não apenas em função da sua gravidade (psicológica ou soci-

⁽⁸⁰⁴⁾ Ac. da Relação de Lisboa, de 10/1/2012 (RUI VOUGA), acessível in <http://www.dgsi.pt>, proc. 1585/06.3TCSNT.L1-1; Ac. Relação do Porto, 1/3/2012 (FILIPE CAROÇO), acessível in <http://www.dgsi.pt>, proc. 9434/06.6TBMTS.P1 em que concedem indemnizações em casos onde ficou dado como provado que os profissionais de saúde violaram as *leges artis*, os seus deveres de cuidado ao não detectarem em exames radiológicos problemas congénitos nos fetos.

⁽⁸⁰⁵⁾ Cf. Paulo MOTA PINTO, *Interesse...* pp. 738 e ss., n. 2095; e 747-748, *apud* André Dias PEREIRA, *Os Direitos dos Pacientes e a Responsabilidade... cit.*, pp. 228 e ss.

almente tida por legítima), como é exemplo a dor ou a angústia, mas ainda se esses danos resultarem de uma lesão que *mereça a tutela do direito* (cf. art. 496.º, n.º 1, *in fine*), i.e., em que o sistema jurídico identifique um reduto de natureza ético-jurídica de protecção que lhe é necessário proteger⁽⁸⁰⁶⁾. Tanto significa não atender à dor ou ao desvalor social que não preencha o requisito da densidade ético-jurídica ainda que tanto suceda plenamente no plano da moralidade: deste modo não é curial assacar responsabilidade pelo nascimento indesejado de uma criança saudável ou pelo nascimento desejado de uma criança com uma deficiência (que devia ter sido identificada, em sede de certificação da diligência empregue em termos diagnósticos). Nunca a deficiência deverá valorar um dano quando dê azo a um tratamento que discrimine⁽⁸⁰⁷⁾, embora os custos que os lesados passaram a ter com a educação da criança e os danos —não patrimoniais— da lesão que, enquanto progenitores, lhes adveio pelo desrespeito pela autodeterminação sobre a progeneritura sejam susceptíveis de ponderação⁽⁸⁰⁸⁾.

À margem das discussões *Perruche*⁽⁸⁰⁹⁾, não devemos, pois, cair na falácia muito apelativa que reside em justapor os planos inquestionáveis da valia da

⁽⁸⁰⁶⁾ Cf. André Dias PEREIRA, *Os Direitos dos Pacientes e a Responsabilidade... cit.*, pp. 214-224, *maxime* 220 e s.

⁽⁸⁰⁷⁾ Neste sentido cf. a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto (Lei que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde). Portugal aprovou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e o respectivo protocolo opcional, mediante as Resoluções da AR n.º 56/2009 e n.º 57/2009, ambas de 30/07 (cf. *DR*, I, n.º 146, de 30/07), e foram igualmente publicados os Decretos do PR n.º 71 e n.º 72/2009 que ratificam a Convenção e o Protocolo adicional. A CDPD foi aprovada pela AG da ONU em Nova Iorque em 13 de Dezembro de 2006. Constitui mais uma conquista, audaz, em uma afirmação da plenitude dos direitos humanos; ora estendido às pessoas com deficiência, abolindo a respectiva discriminação negativa e incluindo ao invés o reforço específico de condições gerais de reabilitação, educação, saúde, informação, serviços. Simultaneamente, do protocolo adicional —facultativo, mas que Portugal ratificou— foram instituídos mecanismos adequados para a consecução da Convenção, através de um COMITÉ DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, integrado por observadores independentes, encarregado de ponderar os progressos que se verifiquem em cada país em confronto com relatórios nacionais apresentados pelos Estados.

⁽⁸⁰⁸⁾ Cf. André Dias PEREIRA, *ibid.*

⁽⁸⁰⁹⁾ Cf. o texto integral da decisão, com as referências, «*Cour de cassation; Assemblée plénière; Audience publique du vendredi 17 novembre 2000; N° de pourvoi: 99-13701; Cassation:*», e que reproduzo: «*Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que l'enfant Nicolas X... ne subissait pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises par le Laboratoire de biologie médicale de Yerres et le docteur Y..., dit que M. X... devra restituer aux appelants les sommes reçues à titre de provision et le déboute de toutes demandes plus amples et contraires. / Aux motifs qu'il n'est pas contesté que Mme X... avait clairement*

vivência humana com a vida humana enquanto valia em si mesma. Esta última é incomensurável, e —fora do plano das funções punitivas, retributivas e de prevenção ⁽⁸¹⁰⁾— constitui um plano mais complicado para alicerçar um

exprimé la volonté, en cas d'atteinte rubéolique, de procéder à une interruption volontaire de grossesse ; que les fautes conjuguées des praticiens ne lui ont pas permis de recourir à cette solution ; qu'ainsi a été causé aux époux X... un préjudice tant moral que matériel dont l'indemnisation n'est remise en cause par personne; / Que, cependant, la Cour n'est pas saisie du préjudice subi directement par les parents de Nicolas, mais de celui de l'enfant lui-même; / Qu'il échet donc de rechercher quel est le dommage subi par ce dernier, en lien avec les fautes commises par les praticiens; / Qu'il sera, toutefois, rappelé qu'en la matière, dès lors que le dommage peut avoir une autre cause que la faute constatée, cette faute ne peut être censée constituer la condition sine qua non de la perte de chance; / Qu'il est constant que les praticiens sont étrangers à la transmission à la mère de la rubéole ; qu'ils ne sont intervenus qu'après le début de la grossesse, de sorte que ne pouvait plus être évitée la conception de l'enfant; / Qu'il est tout aussi constant qu'aucune thérapeutique quelconque, pratiquée en début de grossesse, n'aurait pu supprimer, voire limiter les effets de la rubéole sur le fœtus; / Que, dès lors, Nicolas qui n'avait aucune chance de venir au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d'une interruption volontaire de grossesse dont la décision n'appartient qu'à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir ; / Qu'il s'ensuit que la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant; / Que, si un être humain est titulaire de droits dès sa conception, il n'en possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre; qu'ainsi, sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut pas être considérée comme une chance ou comme une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques; / Que, dès lors, Nicolas X... représenté par son père, ne peut pas invoquer à l'encontre des praticiens, comme source de dommage, le fait d'être né parce que, à raison de leurs fautes conjuguées, ils n'ont pas donné à ses parents les éléments d'appréciation suffisants pour leur permettre d'interrompre le processus vital qui devait aboutir à sa naissance; / Alors d'une part, qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que la mère de l'enfant avait clairement exprimé la volonté, en cas d'atteinte rubéolique, de procéder à une interruption volontaire de grossesse et que les fautes conjuguées des praticiens ne lui ont pas permis de recourir à cette solution; qu'il s'ensuit que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère; qu'en écartant le lien de causalité entre les fautes constatées et le dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, l'arrêt attaqué a violé l'article 1147 du Code civil; / Alor, d'autre part, que dans ses conclusions devant la Cour l'exposant agissant "tant en son nom personnel qu'en sa qualité d'administrateur légal des biens de son fils Nicolas" faisait valoir et démontrait qu'au préjudice corporel subi par son fils correspondaient pour les parents de lourdes charges matérielles et financières; que la Cour, qui admet le droit à réparation des parents pour leur préjudice matériel et moral, ne pouvait rejeter toute indemnisation sans se prononcer sur ces conclusions mettant en évidence l'existence d'un préjudice indemnisable; qu'ainsi l'arrêt attaqué a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile;»,

acessível via
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543>

⁽⁸¹⁰⁾ Cf. Diogo LEITE DE CAMPOS: *Os Danos causados pela morte e a sua indemnização*, in AA.VV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1501-4), pp. 133-137; e Maria Manuel VELOSO, *Danos não patrimoniais*, *ibid*, pp. ; e nesse sentido punitivo e de absoluta necessidade da tutela do direito

à vida «sendo impensável que desampare (este) direito máximo», cf. ainda António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral – Pessoas, IV, 3.ª ed., Almedina Ed., 2011 (ISBN 978-972-40-4457-6), p. 184 [desenvolvidamente, pp. 173 e ss. com inúmeras referências à jurisprudência que inovadoramente se foi formatando até ao Ac. do STJ de uniformização de jurisprudência, de 17 de Março de 1971 (Rel. Bernardes de Miranda), cf. *BMJ*, n.º 205 (1971) pp. 150 e ss.]. Pesem embora o facto de a corrente jurisprudencial portuguesa seguir neste aspecto à bolina do escorço comparado europeu; cf. Ac. STJ de 11-01-2007, Proc. n.º 06B4433 (Rel. João BERNARDO), acessível in <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>; que dá indicação da inexistência do correlativo ressarcimento pelos direitos não patrimoniais exclusivamente retirados de uma perda do direito à vida por parte do TEDH e pela generalidade dos ordenamentos jurídicos do espaço europeu com que nos devemos uniformizar, sendo contudo correcto seguir a tendência jurisprudencial consagrada; e de todo o modo, deixa referenciado o seguinte: «Este tribunal tem mesmo afirmado que, numa interpretação actualista, o direito à vida, constitucionalmente assegurado, não abrange apenas o direito a viver, mas, para além dele, o direito a viver com qualidade - Ac. de 26.4.1995 (BMJ 446, 224).»; e Ac. STJ de 21-11-2007, Proc. n.º 07P3310 (Rel. CARMONA DA MOTA), acessível via:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/59493022968beb7e802573b100401f85?OpenDocument&Highlight=0>, de onde retiro o seguinte extracto do sumário: «Por morte da vítima podem ser atendidos – além dos sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos do n.º 2 do art. 496.º do CC - «os danos não patrimoniais sofridos pela [própria] vítima» (n.º 3). / 2. «A indemnização pela perda do direito à vida (em sentido estrito, não abrangendo a relativa ao sofrimento entre o facto danoso e a morte e a relativa ao sofrimento dos chegados à vítima) é desconhecida na Resolução n.º 7/75, de 14-03-1975, do Conselho da Europa, vem sendo ignorada em decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e é ignorada ou é repudiada nos principais países da União Europeia» (STJ 11-01-2007, revista n.º 4433/06-2). / 3. No entanto – e enquanto não houver lugar a «nova ponderação jurisprudencial sobre a sua concessão, atentas as perspectivas de harmonização indemnizatória no espaço da União», deverá continuar - «atento o n.º 3 do art. 8.º do CC» - a ser concedida (*ibidem*); / 4. Trata-se, porém, de uma *indemnização simbólica* – pois que não atribuída directamente a quem sofre a respectiva lesão – e que, por isso, deverá – na sua fixação «equitativa» - ater-se, sobretudo, às chamadas «regras de experiência» jurisprudencial.»; e por todos, André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.* pp. 138 e ss.. O dano pela morte tem merecido uma conjugação de valores que se vão ajustando com o decurso dos tempos, oscilando de acordo com a *sensibilidade* do caso concreto; assim: Ac. STJ de 16 Junho de 2005, Proc. n.º 05B1612 (Rel. NEVES RIBEIRO): “Confirmando a decisão recorrida, que condenou a entidade seguradora em 39.903,94 euros (8.000.000\$00), a título do dano pela morte.”, acessível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/o/bb53f94f5f0438638025704200282e1a?OpenDocument>; Ac. STJ de 07 de Julho de 2007, Proc. n.º 205/07.3GTLRA.C1 (Rel. PIRES DA GRAÇA): “Entendem como adequado o valor de € 60.000,00 a título de indemnização por dano morte, acessível através do endereço

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/973f9d0e41ec361780257639002e8e66?OpenDocument>; Ac. STJ de 23 de Fevereiro de 2011, Proc. n.º 395/03.4GTSTB.L1S1 (Rel. PIRES DA GRAÇA): “Mostra-se ajustada a fixação de uma indemnização de € 80.000,00 referente ao dano morte.”; acessível através do endereço <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a8e26801072c506a8025786c00304714?OpenDocument>.; Ac. STJ de 31 de Janeiro de 2013, Proc. n.º 875/05.7TBILH.C1.S1 (Rel. Nuno CAMEIRA): “No que respeita ao dano morte, que representa o bem mais valioso da pessoa e simultaneamente o direito de que todos os outros dependem, a compensação atribuída pelo STJ tem oscilado, nos últimos anos, entre € 50.000,00 e € 80.000,00, com

fundamento juridicamente atendível para fundar um pedido indemnizatório por danos não patrimoniais: ter tido um filho indesejado ou ter tido um filho deficiente coloca um Tribunal a atender a danos que, caso a caso, podem repugnar à Ordem jurídica perspectivada na sua globalidade ^(8^u). Mas aquela

ligeiras e raras oscilações para menos ou para mais.”, acessível através do endereço <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e8780a8e82ded7968025799c00562411?OpenDocument>; Nos tribunais da Relação o entendimento é idêntico, cf. por todos: Ac. TRE de 21 de Junho de 2011, Proc. n.º 192/09.3GTSTB.E1 (Rel. ALVES DUARTE): “Sendo a vítima um homem com 30 anos de idade, saudável e com uma grande alegria de viver, trabalhador e gozando de uma reputação como sendo uma pessoa de extrema confiança, briosa e honesta, não só na sua actividade profissional como no seu relacionamento social, integrado na sociedade e que se preocupava com os seus familiares, o dano não patrimonial da sua morte deve quantificar-se em € 60.000,00.”, cf. <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030e1c61802568d9005cd5bb/d4cid421d91cd8ab802578cboo3didf3?OpenDocument>).

^(8^u) Afirma ainda André Dias PEREIRA, agora em termos mais estremados, que dificilmente se concebe que um nascimento de uma pessoa com deficiência configure um dano por si só, sob pena de uma discriminação intolerável entre pessoas com e sem deficiência. Tanto seria rumar contra a Ordem Pública e atentatório até da CDPD, sentido em que censura o *supra* indicado Ac. RL de 10/01/2012 (Rui VOUGA) ao dar eco à possibilidade de acatar um eventual «dano não patrimonial consubstanciado no choque psicológico causado pelo facto de os AA. terem sido surpreendidos, só no momento do parto, com o facto inesperado de a sua filha não ter membro inferior esquerdo, descurando indevidamente, aquela outra dimensão do dano moral traduzido na dor sofrida pelos (AA.) devido ao facto de a filha ficar limitada para o resto da sua vida em vários aspectos.». Não partilho a censura, nem a necessidade de integrar na luta contra a discriminação o facto evidente de existir um desvalor objetivo e um sofrimento decorrente das deficiências, eventualmente para os próprios e muito seriamente para quem os ame. Mesmo concordando com a brilhante análise que o A. realiza sobre o preceituado no art. 496.º, n.º 1, do C.Civ.), a verdade é que o caso *sub judice* passa incólume também quanto ao segundo requisito. A necessidade da CDPD criar mecanismos de discriminação positiva e a solidariedade exigida por toda uma sociedade na superação dos obstáculos é disso prova suficiente, *a contrario sensu*. Explico-me melhor: se é necessário investir meios materiais para evitar barreiras intoleráveis a pessoas, por ex.º, com dificuldades de locomoção (cf. art. 71.º, n.º 2 e n.º 3 da CRP: constitui dever do Estado, entre os demais, o de assumir o encargo com a realização dos direitos dos deficientes); e se se aceita uma «autodeterminação da maternidade» com o sentido e alcance da esterilidade, da cessação voluntária da gravidez. etc., como acontece no ordenamento jurídico português; não será de aceitar que a «mãe» possua à sua disposição os sofisticados meios médico-medicamentosos para tentar evitar... exactamente o choque e as sequelas desvantajosas de ter de amar *mais ainda*? E não pretenderá a Ordem Pública que os mesmos meios médico-medicamentosos sirvam para evitar desaires individuais e problemas sociais? Nenhum eugenismo censurável vejo nisto, pois para o vislumbrar perguntar-me-ia antes se a componente da contribuição social para a «autodeterminação da maternidade» não é uma contribuição eugénica para a discriminação, devendo antes deixar tudo de novo ao sabor das *lotarias da natureza*? Posto isto, é com censura que a Ordem pública configurará a falta especial de cuidado com que os profissionais de saúde prestam serviços para a satisfação da «autodeterminação da maternidade», e será com intolerabilidade e estupor que a Ordem social ético-juridicamente organizada verá alguém contribuir para que possa verificar-se o choque

outra já suscita menos interrogações: existem danos patrimoniais concretos que advêm de uma filiação objectivamente indesejável (seja por ter sido em resultado de deficiente intervenção para afastar uma concepção, seja pelo nascimento evitável de um deficiente) e que podem ser ressarcidos: os aludidos danos *extraordinários* dos cuidados, educação, etc., segundo critérios pontuais de ponderação e valia. E se assim for para os pais, não pode o próprio, devidamente representado ou logo que capaz, fazer-se valer das desvalias a que se viu sujeito? Não responder afirmativamente neste aspecto parece pretender esconder o que se passa frente aos olhos com uma névoa de meros conceitos: a realidade nua e crua é que existe alguém em uma situação de necessidade; necessidade essa que não é devida a um efeito adverso, a uma fatalidade, mas consequência de uma falha nas *leges artis* e nas suas *práxis* médica que impediu de todo a formação da vontade relevante. As premissas intermédias que tecem confrontações sobre a «não vida» ou certas formas de vida ou legitimações (não) discriminatórias constituem tópicos importantes mas não se afiguram necessárias para retirar ou desviar o rumo de um raciocínio coerente, pois não colidem com juízos de valor sobre a personalidade ou sobre a dignidade humana, antes se impõem por força dela ⁽⁸¹²⁾ ⁽⁸¹³⁾.

De todo o modo existe algo de inevitável, a ser ultrapassado, como lapidarmente aponta Paulo da Mota Pinto:

«(...) apesar de a lei penal admitir em certas hipóteses a interrupção da gravidez, repugna a aceitação de um dever, ou mesmo tão-só de um ónus, de destruição da vida humana em formação.» ⁽⁸¹⁴⁾

inesperado de um novo ser humano poder nascer com uma indesejada deficiência. Não é a nova vida deficiente indesejada que se considera um dano, mas a novidade da deficiência indesejada da vida. A dignidade mantém-se intocada e o «peso do sofrimento por quem se ama também» e aquela não me parece beliscada por este merecer ser ressarcido logo onde ocorre e se perpetuará recordado.

⁽⁸¹²⁾ Cf. Paulo da MOTA PINTO, *Indemnização em caso de «nascimento indevido» e de «vida indevida»...* cit., pp. 937 e ss..

⁽⁸¹³⁾ Uma curta mas esclarecedora nota sobre questões em torno do dano moral, em termos comparados, mas com incidência no ordenamento jurídico espanhol, cf. Luís DIEZ-PICADO, *In torno al dano moral*, in AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias...* cit., Vol. IV, 2010, (ISBN 978-972-32-1794-0), pp. 241-256.

⁽⁸¹⁴⁾ Cf. Paulo da MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo* (dissertação de doutoramento) 2009, I vol. (ISBN 978-972-32-1653-0), p. 745; II vol. (ISBN 978-972-32-1647-9).

A dificuldade como que contamina todos os tipos de acções em que o fundamento seja análogo aos da *wrongful life* ⁽⁸¹⁵⁾, incluindo as de *wrongful birth* por falta de diligência do profissional de saúde (atitude cujo desvio será essencialmente informacional) que atire as pessoas para as duas soluções possíveis, ambas com sequelas: cessação da gravidez ou ter a criança.

Em rigor, no reduto último, pela perspectiva do próprio, torna-se necessário acatar uma pretensão indemnizatória assente em uma faculdade perdida ⁽⁸¹⁶⁾ de onde sobressai uma lesão real, efectiva, que só se verifica exactamente

⁽⁸¹⁵⁾ Vera Lúcia RAPOSO, *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, in *RPDC*, 21, 2010, pp. 61-99, igualmente publicado em *Impactm*, Imprensa da Universidade de Coimbra, via URI: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210>, acessado em 10-Jun-2014 08:36:28. A A. explica que estas acções se traduzem em um: «... pedido contra o médico» —ou contra os pais, a mãe, por estes não terem cessado a gestação— é alegado o facto de não ter impedido a concepção, ou ter omitido informação acerca da deficiência ou malformação, ou ter transferido para o útero embriões fertilizados *in vitro* que eram portadores de doença ou deficiência. Assim se distinguem estas acções daqueles outros casos em que se actua contra o responsável por um dano físico causado aos progenitores – em regra, causados à mãe – e que *a posteriori* se veio a reflectir nos futuros filhos, estejam estes já gerados à data do dano ou ainda não.», cf. pp. 62 e s.

⁽⁸¹⁶⁾ No seu extremo, esta faculdade perdida deve ir além do que seja uma reivindicação pela denominada perda possível de uma oportunidade vantajosa —*chance*, enquanto possibilidade efectiva e autónoma, mas sim uma perda de uma vantagem possível (circunstância em que existe apenas um aparente *calambour*). Sobre o assunto remeto para o valioso estudo de Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de «chance» e a tutela do doente lesado*, CDBM|FDUC, 15, Coimbra Ed., 2008 (ISBN 978-972-32-1693-3), especialmente pp. 180, 272-277. O juízo hipotético associado introduz aparentemente um grau de incerteza que se reflecte sobretudo na necessidade de estabelecer os contornos de uma adequação concreta com o dano. Aquela concatenação acaba por conviver com outras virtualidades adequáveis e pode tornar fluida a concretização da responsabilidade; neste sentido, por todos, Paulo MOTA PINTO, para quem, nos dias que correm, inexistente «base jurídico-positiva» a sustentar uma indemnização por perda de *chance*, alvitando: «antes parece mais fácil percorrer o caminho da inversão do ónus, ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do art. 494.º do Código Civil, do que fundamentar a aceitação da ‘perda de chance’ como tipo autónomo de dano, por criação autónoma do direito para a qual faltam apoios”, cf. ID, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Ed., 2008, pp. 1103-1106, n. 3103. A perda de *chance* tem vindo a ser considerada pela jurisprudência portuguesa um mecanismo para o ressarcimento dos danos não patrimoniais sofridos, sobretudo mas sem esgotar, no âmbito das acções apreciadas em vista do apuramento de responsabilidade civil profissional; designadamente como aconteceu com a acção de responsabilidade civil decorrente de um acidente de viação em que foi considerado que o facto de o mandatário judicial ter negligenciado a junção das alegações de recurso, deu azo à legítima frustração «de uma probabilidade de êxito, ainda que parcial, da pretensão ou da defesa do seu cliente» sobre uma pretensão hipotética, mas à qual não é de todo aplicável uma circunscrição de danos emergentes ou de lucros cessantes, cf. Ac. RP, de

30/01/2012 (proc. 202/10.1TVPR.T.P1), (Rel. Anabela CALAFATE), acessível in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4bc31c083f45b4ae802579a500365a15?OpenDocument&Highlight=o.Anabela.Calafate>, esgrimindo fundamentação com referência também na doutrina expendida por Rute Teixeira PEDRO e dando nota de preciosa jurisprudência prévia: «Teoria a que têm recorrido os nossos tribunais para aproximarem o Direito das realidades mais conformes com o sentido comum de justiça, Ac. RL de 4-3-2010, Proc. 1.410/2004.oTVLSB.L1-8; Ac. RP de 27-10-2009, Proc. 2622/07.oTBPNF.P1, Ac RL de 15-5-2008, Proc. 3578/2008-6, Ac. STJ de 28-9-2010, Proc. 171/2002.S1, www.dgsi.pt) de forma a evitar a falta de responsabilização dos advogados em casos de violação flagrante dos seus deveres deontológicos com os clientes.». Por fim, com especial menção às anotações comparadas, mas sobretudo às realizadas ao Ac. STJ de 15/10/2009 (proc. n.º 08B1800 (Rel. RODRIGUES DOS SANTOS com votos de vencidos dos Conselheiros João BERNARDO e OLIVEIRA VASCONCELOS), neste aspecto da solução por via da perda de *chance*, e mais concretamente para as acções de *wrongful life*, cf. ainda Patrícia Helena Leal Cordeiro da COSTA, *Dano de perda de «chance» e a sua perspectiva no direito português* (dissertação de Mestrado), Verbo Jurídico Ed., pp. 66-69; e pp. 82-84; e sobre as perspectivas críticas e alternativas, cf. pp. 84 e ss.; disponível em: http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.verbojuridico.com%2Fdoutrina%2F2011%2Fpatriciacosta_dano_perdadan_operdachan-ce.pdf&ei=6UmhU7SwAYuRoQW9u4DIBA&usq=AFOjCNEYb6iXLHQ7LHerIIK_4mvWLdls8w&sig2=zdRDs27Fig_s9qRAIzj_zw&bvm=bv.69137298.d.ZGU; acesso em: 18 de Junho de 2014. Esta A., juiz —inequivocamente experiente— propende para uma solução em que se seleccionem e analisem abertamente logo em sede liminar os factos que habilitem realizar um cálculo probabilístico do nexos causal (apelidarei como o apuramento do cálculo provável do *desvio*), abandonando um regime tão estrito como o que imperou sobre a causalidade na jurisprudência maioritária, sendo certo que: «Tal permitirá o seu aperfeiçoamento e a afinação dos seus pressupostos e critérios, nomeadamente no que respeita aos critérios de fixação de indemnização (por forma a evitar as indemnizações “a olho” de que falam os críticos). / Sempre será melhor do que a situação actualmente constatada, em que em vários casos se aplica a teoria da perda de chance de forma não expressa, algo encapotada, não permitindo uma integral análise crítica dos fundamentos da decisão.», cf. ID, *ibid*, p. 102. Não nego que se suscita um receio da relativização do caso concreto e até alguma padronização que conduza a «um pensamento único» (tal qual ocorre também perante a «especialização» me «dimensões» como a portuguesa; sequela igualmente funesta). Esta A. diverge ainda relativamente a Rute Teixeira PEDRO no que concerne a uma não aceitação de um dano de perda de *chance* em termos equiparáveis ao dano global, já que reconhecido a consistência da oportunidade perdida tanto determinaria a *ressarcibilidade*. Pelo contrário mantém a especificidade e autonomia do dano de perda de *chance* (probabilidade de obtenção da vantagem em cômputo percentual e respectivo confronto com a quantia em causa no âmbito do dano global). A dificuldade transfere-se agora para o juízo de probabilidade (aferrar a possibilidade de se confirmar o que se não fez ou fez deficientemente), mas sublinho o Ac. RG de 09/01/2014, proc. n.º 15/11.3TCGMR.G1 (Rel. Manuel BARGADO), acessível in: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/00192edef26doe9980257c7bo0595d6d?OpenDocument> . É inequívoco que a responsabilidade por dano causado por força do desprezo da vontade —mais evidente no caso de repúdio— terá de ser feita mediante uma aproximação à ideia de adequação face a uma decisão furtada que se revele como uma forte probabilidade que deveria ter sido considerada pelo profissional de saúde. Encontra o respectivo fundamento no «teste de recusa» previsto como requisito para o privilégio da actuação a que alude o art. 156.º, n.º 2, «in fine» do Cód. Penal, e, não vejo que a expres-

enquanto tal, por se gorar uma outra decisão prévia —i.e. sem ser à custa de uma putativa acção materna no sentido da «não existência»; ou, pela perspectiva da mãe, pela pura demonstração da actuação extintiva da vida intra-uterina. E depois, como afirma Carneiro da Frada:

são «... danos que o lesado *provavelmente* não teria sofrido se não fosse a lesão», preceituada no art. 563.º do C.Civ, bem como a ressarcibilidade dos «... benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.», prevista no art. 564.º, n.º 1 do mesmo Diploma, não constituam —seja na letra, seja no alcance actualista do pensamento legislativo— mecanismo positivo suficiente para estribar uma decisão judicial condenatória (ou não) sob um juízo de probabilidade de verificação do dano por via da vontade desconsiderada. Neste sentido, está bem de ver, não consigo deixar de reputar desnecessária uma expressa consagração legal, nem, tão pouco, posso partilhar a opinião segundo a qual, a legislação portuguesa não possui respaldo normativo para a determinação da responsabilidade médica.

No âmbito da pragmática judicial espanhola, em uma fase inicial, a questão foi tratada no âmbito do «erro», «erro no nascimento» e seguiu um caminho semelhante ao não reconhecer um «direito a abortar», mas acatar as medidas de informação para o consentimento possível, cf. Juan J. BONILLA SANCHEZ, *La Responsabilidad Médica Extracontratual*, Laborum Ed., Murcia, 2004 (ISBN 84-95863-42-1), pp. 90-93 (onde faz referência a uma famosa e controversa decisão do STS de 04-02-1999: «Sentencia de la Sala 1.ª del TS: ponente: Marina MP», com pedido de indemnização de 200 milhões de pesetas pelo nascimento de uma criança com sérios padecimentos físicos, por falta de informação correcta durante os testes feitos no curso da gravidez e que deram origem à negação do «direito a abortar». É curioso nota que a demandada INSALUD, neste caso, invocou ainda o facto de os progenitores terem vivido perto da central nuclear de Almaraz (cf. Desenvolvimentos sobre este aresto in Julio César GALÁN CORTÉZ, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado* (Prólogo de Ricardo de Angél Yaguez,), Civitas Ed., 2001 (ISBN 84-470-1677-3), pp. 607 e s.. A questão terá introduzido uma inflexão da prática da advocacia em vista da alteração da carga probatória, cf. J.J. BONILLA SANCHEZ, *cit.* pp. 124 e ss., mas sobretudo, viraram «baterias» para a legislação sobre consumo que aproxima a aferição da responsabilidade para termos nas cercanias da objectividade, pela evidência ou pela causa virtual; neste sentido, cf. pp. 137 e ss., e decisão STS de 06-05-1998 (p. 147), tratando-se de uma reclamação de uma criança prematura que, antes de cumprir um ano de idade padecia de problemas de visão com invalidez em torno dos 90%: O Tribunal aplicou as normas sobre consumo fazendo recair sobre a Insalud os danos causados ainda que com o correcto uso e consumo dos serviços hospitalares «salvo que concurra culpa del demandado, o de las personas por las que debe responder.»).

De qualquer modo, em termos puramente abstractos, o desenvolvimento pragmático de uma jurisprudência com recurso ao mecanismo da perda de *chance* conduz a tornar *ressarcível* não apenas a verificação das negligências no âmbito das prestações de serviços da generalidade das profissões, sobretudo as liberais, como da própria actividade judicial, tão logo torne absurda —e tanto seja assumido pelo legislador— a irresponsabilidade dos juízes por flagrante decisão *contra legem*. É que perante uma aferição lógico dedutiva do percurso virtual dos acontecimentos a partir da decisão que é irremediável e negligentemente errada —insusceptível de, no seu mínimo, iniciar uma divergência jurisprudencial ou reflectir um debate doutrinal— deixa de existir razão forte para sustentar que toda a decisão judicial que interprete e aplique a lei possui um carácter jurisdicional que suscita e justifica a invocação do princípio da independência e da autonomia, impedindo a responsabilização individualizada.

«É certo que o médico não se apresenta como responsável pela implantação da deficiência, que surge normalmente logo desde o início da vida pré-natal. No entanto, a omissão do esclarecimento é tida como ilícita. O comportamento alternativo lícito do médico teria evitado o nascimento e, deste modo, a vida gravemente deficiente.»⁽⁸¹⁷⁾.

A causalidade adequada para a reparação da vida deficiente enquanto dano assenta também numa omissão de um dever de comunicação ou de um dever de diligência na observação dos dados resultantes dos testes que permita adquirir a informação pertinente, mas que passa pela ponderação de uma decisão retroactiva sobre a opção por uma cessação da gravidez que não foi tomada⁽⁸¹⁸⁾; por seu turno, esta decisão de cessação está a coberto de uma exclusão de punibilidade (cf. art. 142.º do CP) o que desvela uma compressão *contada* de casos excepcionais em que o legislador considera factores de autodeterminação (não exigibilidade) para a compressão da protecção da vida humana intra-uterina. É um « tiro longo ». A interrogação intermédia sobre a cessação voluntária da gravidez esgota-se, em boa razão, no que seja

⁽⁸¹⁷⁾ Cf. Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como dano? Dimensões civil e constitucionais de uma questão-limite*, in *ROA*, Ano 2008, Ano 68, Vol. I, acessível in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382. É evidente que, assumindo por necessidade de raciocínio, a possibilidade de ser o próprio a colocar a acção contra o profissional de saúde (e tratando-se de um direito pessoalíssimo parece ser indissociável a legitimidade processual do lesado), teria igualmente de aceitar a possibilidade de acionar a mãe, caso não tivesse optado pela decisão, ou a mesma por eventuais comportamentos de risco que tenha tido durante a gravidez... um caminho que em termos apagógicos colocaria sem fim o rol de responsáveis possíveis, sem uma ponderação de uma « forte probabilidade adequada » que convença por inferência lógico dedutiva evidente.

⁽⁸¹⁸⁾ E se será possível acatar uma predisposição para que a grávida procure afastar uma gravidez após o anúncio de que os testes a que se submeteu implicam uma gestação de um feto com uma doença, uma deficiência, a verdade é que um mecanismo em que se registe uma DAV indicativa sobre o assunto (a assegurar a inversão do ónus de prova), poderá ultrapassar o que Guilherme de OLIVEIRA deixou logo registado sobre o desconforto dos *consentimentos antecipados* em matéria de DPN e sobre a necessidade da actualidade da decisão da mulher, cf. *O Direito de Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas... cit.* pp. 208 e ss. A diferença entre directiva antecipada e consentimento antecipado justifica-se. Só a esta última será exigível um requisito de actualidade mais assertivo; a primeira situa-se como que geneticamente no campo da recusa para um determinado quadro de acontecimentos e carece de ulterior confirmação, pela própria ou por decisão substituída desde que substituível. E ainda que a DAV possa servir para um consentimento prospectivo, a verdade é que é que será residual e o importante a sublinhar será a opção recusada, até pela evidência de que, de outro modo, é legítimo esperar do profissional de saúde uma actuação em sede de privilégio de acordo com as regras técnicas aceites em termos dos expoentes de protocolo de actuação existentes institucionalmente. A existir uma indicação positiva sobre eventuais hierarquias, estas forçosamente vão bulir no caso da grávida com o feto e a actualidade das opções passa a receber um reforço de interesses relevantes exógenos.

a autodeterminação permitida pela Ordem jurídica à grávida. Pois se tanto lhe é permitido, a demonstração sobre se teria ou não decidido cessar revela-se espúria para a questão que aqui me traz: antes parece ser bastante a conexão entre os exames para apurar a regularidade da gestação e a mera faculdade de realizar a cessação perante a gravidade da irregularidade. O demais, em termos pragmáticos da vida judiciária, sempre transcenderia o regime possível de prova e apoucaria o que é possível exigir a um Tribunal.

É certo que cada uma das premissas tem suscitado intenso debate mas existem ponderosas razões para afastar o que sobra do facto essencial que justificará uma censura de natureza ético-jurídica: ter-se negado (ou não) a possibilidade de uma mãe ter tomado uma opção esclarecida; uma lesão na esfera da autodeterminação; uma vez mais, o dano decorrente do que seja *não me terem dito que iria mudar o curso da vida; e que o podia eu mudar ainda* ⁽⁸¹⁹⁾. Esta é a causa de pedir do pedido possível de indemnização, algo circunscrito ao *aluvião*. E constitui o nexu habilitante do dano produzido, pois, ao invés da decisão *furtada*, os demais factos ou acções revelam-se em concorrência do que é juridicamente não determinante. Mas acresce uma última interrogação: *porque tenho eu esta deficiência?* Trato de repudiar pela perspectiva do ordenamento jurídico o extremo em que as interrogações clássicas são colocadas (direito a não nascer? A vida humana pode constituir um dano?), mas incluo o recorte objectivo dos acréscimos excepcionais do sofrimento e dos custos inerentes a menos valias humanas. Por seu turno, é verdade que a causalidade adequada indirecta existe ⁽⁸²⁰⁾. Como ensina Francis-

⁽⁸¹⁹⁾ Este sentido parece recolher consenso entre os vários AA. em referência; por todos, cf. Vera Lúcia RAPOSO, *As wrong actions no início da vida... cit.*, p. 63; que oferece ainda um percurso jurisprudencial comparado e comentado; e André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, 224 e ss.

⁽⁸²⁰⁾ Neste sentido, é de considerar pontualmente como adequado à produção de um dano um acto juridicamente censurável do qual, por si, se mostre estabelecida uma relação plausível de causa/efeito onde interferências terceiras se mostrem indiferentes à construção do evento danoso, sentido em que me parece constituir doutrina muitíssimo relevante a vertida no Ac. do STJ de 20 de Janeiro de 2010, Proc. n.º 670/04.0TCGMR.S1 (Rel. Álvaro RODRIGUES), in [http://www.dgsi.pt_sobre_«causalidade_adequada;_imputação_normativa;_causas_convergentes»,_também_publicado_in_Col._Jur._STJ,_Ano_XVIII,_T._1,_2010,_p._28,_que_se_inspira_em_anterior_Ac._do_STJ_de_01-06-2006_\(Rel._BETTENCOURT_DE_FARIA\)_e_no_ensinamento_de_Mário_Júlio_de_ALMEIDA_E_COSTA_segundo_a_qual_é_pela_circunscrição_negativa_que_se_delimita_a_causalidade_adequada,_i.e.:_«o_facto_só_deixará_de_ser_causa_adequada_do_dano,_desde_que_se_mostre,_por_sua_natureza,_de_tudo_inadequado_e_o_haja_produzido_apenas_em_consequência_de_circunstâncias_anómalas_excepcionais»](http://www.dgsi.pt_sobre_«causalidade_adequada;_imputação_normativa;_causas_convergentes»,_também_publicado_in_Col._Jur._STJ,_Ano_XVIII,_T._1,_2010,_p._28,_que_se_inspira_em_anterior_Ac._do_STJ_de_01-06-2006_(Rel._BETTENCOURT_DE_FARIA)_e_no_ensinamento_de_Mário_Júlio_de_ALMEIDA_E_COSTA_segundo_a_qual_é_pela_circunscrição_negativa_que_se_delimita_a_causalidade_adequada,_i.e.:_«o_facto_só_deixará_de_ser_causa_adequada_do_dano,_desde_que_se_mostre,_por_sua_natureza,_de_tudo_inadequado_e_o_haja_produzido_apenas_em_consequência_de_circunstâncias_anómalas_excepcionais»_), cf. ID, *Direito das Obrigações*, Almedina Ed., que segue na 12.ª ed., 2013 (ISBN 978-972-40-4033-2), e que aborda a questão a

co Pereira Coelho, que sigo agora de muito perto, para o jurista o que interessa é descortinar o concreto conceito de causa que se revele apropriado para a realização dos escopos normativos, dos objectivos especiais do direito, com respeito pelos princípios que orientam a responsabilidade civil, criminal, etc. ⁽⁸²¹⁾. Acresce ainda que a solução assistencial se encontra longínqua face a um grupo de normas de protecção específica... O resto vive adentro da colmeia da responsabilidade civil, na consolidação dos seus alvéolos fulcrais: dano; ilicitude (resultado intolerável); culpa (risco); nexo causal. Caso concreto entre casos contados da equidade da justiça individualizada ⁽⁸²²⁾. A questão sobranete redonda apenas em uma variante: permite ou não o art. 66.º do CCiv. (n.º 1 e n.º 2), quando estabelece que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida, e, bem assim, que «Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.» elaborar uma interpretação actualista que reconheça que a dignidade humana é coexistente da gestação. E se assim for, tanto implica ser a (proto) personalidade jurídica pré-existente ao nascimento (definitivamente adquirida pelo próprio com este) e exercitável a partir desta verificação. Entre o momento da redacção da lei e os dias que correm muita água rolou no rio da vida hu-

pretexto da «obrigação de indemnização», mais concretamente, «Danos compreendidos na indemnização», pp. 708 e ss. (?). Tem absoluta pertinência a jurisprudência citada em referência ao pugnar não ser «... qualquer relação fenomenológica ou, se preferirmos, ôntico-naturalística que, embora seja condição próxima de produção de um resultado danoso (causal) entre dois fenómenos, releva para efeitos da teoria da causalidade adequada, mas aquela que for determinante no plano jurídico, isto é, entre um comportamento juridicamente censurável e o resultado danoso. / Por isso, com inteira razão, a dogmática moderna tende a substituir a designação imprópria de teoria de causalidade adequada, que a *praxis* tradicional consagrou, pela da teoria ou doutrina da adequação, ou seja pela imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuída ao agente como coisa sua, isto é, produzida por ele.».

⁽⁸²¹⁾ Cf. Francisco PEREIRA COELHO, *O Nexo da Causalidade na Responsabilidade Civil*, in BFDUC, Suplemento 9, 1951, pp. 65-242, pp. 113 e ss.

⁽⁸²²⁾ Desta variabilidade das decisões judiciais cedo *prestou conta* João Álvaro DIAS, in *Procriação Assistida... cit.*, pp. 380 e ss.; e mostrando que vão fazendo curso na jurisprudência europeia (Holanda, 2005, caso *Baby Kelly Molenaar*, HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606; um caso em Espanha, STS, 18 de Mayo de 2006, sem continuidade nos que se seguiram imediatamente: cf. André Dias Pereira, *ibid.*; e M. MARTIN-CASALS e Jordi RIBOT in AA. VV.: *Essential Cases on Damage*, pp. 947-949; in Vol. 2 of the *Digest of European Tort Law*, B. Winiger, H. Koziol, B. A. Koch, R. Zimmermann Ed., De Gruyter, Germany, 2011 (e-ISBN 978-3-11-024848-4). São ponderosos os argumentos para esgrimir uma alteração do curso das decisões judiciais incluindo as mais controversas acções sobre *wrongful life*, cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, pp. 237-248.

mana. Hoje, poucos afastam a autodeterminação gestacional da mulher grávida, mas também é possível percorrer a integralidade da vida intra-uterina... uma vez nascido o ser humano, persistem incompletudes; simplesmente diferentes. O ser humano encontra-se radicalmente coibido de se perceber e determinar até muito para lá do nascimento. Deste ponto de vista é por desmérito de um positivismo extremo que se desprezará a pertinência hermenêutica que ultrapasse a contradição entre o que se permite à Mãe (por via de uma causalidade adequada) e se nega desadequadamente a quem — naturalmente representado— recebe a mesmíssima *via crucis*, reclamando pela *cruz* que lhe coube. De outro modo, temos uma contradição inultrapassável: reconhece-se a lesão da forçada deficiência em vida, como um dano, e é a existência forçada da vida que nega ao lesado a possibilidade de ser resarcido.

XIV. § 1.º.1. Questões pontuais sobre a relevância da vontade

Assumem nestas matérias relevo indiscutível o que sejam as forças da natureza e dos eventos: facilmente se torna irrelevante a vontade de uma grávida quanto ao domínio técnico do parto, tão logo se perspectivem riscos para a criança. Pois se leva ou não sangue; se a anestesia será epidural, integral ou nenhuma; se existe justificação para internamento; ou se a intervenção cirúrgica será desejável, conveniente ou necessária, tudo são matérias contingentes em que se justifica a participação informacional recíproca em vista de uma colaboração, mas em um parto a mulher é mais do que a sua pessoa; o nascimento de um ser humano pode impor medidas concretas de compressão da sua autonomia. Questão pertinente é agora apurar até onde tanto se lhe exige essa compressão da sua autonomia no processo de gravidez. A Ordem jurídica veda-lhe a recusa ou a abstenção sobre a disponibilidade dos seus direitos de personalidade (se o exercício recebe limitações, por maioria de razão a disponibilidade), tal como o faz sobre a renúncia à capacidade jurídica de gozo (cf. arts. 70.º; 80.º e 69.º do C.Civ.).

Existe uma componente eugénica relacionada com o que é saudável e uma vertigem sobre uma ambição secreta, que todos temos: quem não aceita ou persegue, mais tempo de vida, com mais saúde, com melhor memória e aparência, com superiores recursos físicos?

Na compressão entre valores e possibilidades parece correcto reduzir-se a autonomia. Este é o raciocínio geral e abstracto que me merece adesão, todavia, é consabido que o casuísmo pode revelar legítimas interferências ao limite traçado, mediante a patente evolução de determinadas técnicas —que reduzem progressivamente receios sobre riscos—, como sucedeu com o DGPI⁽⁸²³⁾ ou pelo contrário uma progressiva generalização, pensando nas intervenções de DPN⁽⁸²⁴⁾.

Mas visto o limite, cabe perguntar logo a quem desta *fronteira*: pode ser razoável estabelecer um direito a procriar... sem limites? A pergunta, formulada

⁽⁸²³⁾ Faço aqui eco do Parecer 51/CNECV/07, Abril de 2007 sobre *Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, acessível in <https://www.google.pt/search?output=search&client=psy-ab&q=%2851%2FCNECV%2Fo7&btnK=>, em que as considerações de que o DGPI permite, designadamente, identificar anomalias genéticas e consequentemente prevenir o elevado risco de verificação de doenças hereditárias, malformações congénitas, terapias possíveis para terceiros, etc., conduziu os Conselheiros (Paula MARTINHO DA SILVA, Agostinho ALMEIDA SANTOS, António VAZ CARNEIRO, Daniel SERRÃO, Fernando REGATEIRO, João LOBO ANTUNES, Jorge BISCAIA, Jorge SOARES, Jorge SEQUEIROS, José de OLIVEIRA ASCENSÃO, Maria do Céu PATRÃO NEVES, Maria Fernanda SILVA HENRIQUES, Pedro FEVEREIRO, Marta MENDONÇA, Michel RENAUD, Miguel OLIVEIRA DA SILVA, Pedro NUNES, Rita AMARAL CABRAL, Rui NUNES, Salvador MASSANO CARDOSO) e pesarem os valores éticos envolvidos (v.g. doenças de determinação genética complexa e selecção de embriões para apuramento de característica físicas normais) e admitir a respectiva utilização onde o valor diagnóstico preditivo seja elevado e ainda, por ex.º, onde os dilemas éticos sejam solúveis por via da valorização do princípio da solidariedade, como é o caso da selecção de embriões para tratamento de doença fatal de familiar. No mesmo sentido se retira o que decorre do art. 14.º da CDHBio, de acordo com o qual: «Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.». Para uma perspectiva de Direito Comparado remeto para André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, pp. 203 e ss., n. 552, onde dá notícia de análoga ponderação e viabilidade por parte dos ordenamentos e/ou tribunais e/ou instituições similares à nossa CNECV no caso alemão, inglês, americano, canadense, francês e belga. Sobre as Comissões de Ética (ética e moral), princípios, tipos e funções, intervenção, necessidade de tutela etc.; sobre esta última matéria cf. João Carlos S. G. LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... cit.*, II. Vol., pp. 955-974; no que concerne às virtudes do casuísmo, magistralmente, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Um caso de selecção de embriões*, in *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 1, 2004 (ISSN 1646-0359), pp. 7-13.

⁽⁸²⁴⁾ O DPN processa-se no decurso da gravidez com o objectivo de obter informação genética relevante sobre o feto; e quando feito sobre o embrião poderá mesmo ser pré-implantação e verificar-se em vista da gravidez (DGPI), cf. art. 10.º, n.º 5, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro. Estes testes merecem regulamentação desde o Ministério da Dr.ª Maria do Rosário Belém, cf. Desp. MS n.º 5541/97, de 06 de Agosto, in *DR*, II, da mesma data; para mais desenvolvimentos, cf. João VAZ RODRIGUES, *Consentimento Informado... cit.*, pp. 92 e ss.; Guilherme de OLIVEIRA, *O Direito do diagnóstico pré-natal... cit.*, n.º 3808, p. 6; Manuel António LOPES ROCHA, *Bioética... cit.*, pp. 200 e ss.; António CARVALHO MARTINS, *Bioética... cit.*, pp. 23 e ss.

em termos genéricos, encontra uma delimitação entre o desejo e o ensejo. Pois este mero desejo ⁽⁸²⁵⁾ encontra-se envolto em uma esfera de projecção individual da personalidade, que, bem vista, atinge a própria humanidade, o devir, pelo que o seu reconhecimento será facilmente palpável pelo Direito e delimitável ⁽⁸²⁶⁾, seja pelas dúvidas de poder tropeçar em limites onde surge a

⁽⁸²⁵⁾ Usa a expressão Vera Lúcia RAPOSO, *De Mãe para Mãe... cit.*, pp. 71 e s., dando o seguinte expressivo limite para a ambição: «Igualmente frívolo e ególatra é o desejo de ter um filho que seja seu apenas por força do direito, trazendo à vida um novo ser apenas pelo capricho de ter junto de si uma criança, que nem sequer satisfaz o mais básico desejo humano a uma descendência biológica.».

⁽⁸²⁶⁾ De acordo com a imprensa italiana: *Il fatto Diritti*, de 09 de Abril de 2014 (acessível em <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/04/09/fecondazione-assistita-consulta-divieto-di-eterologa-e-incostituzionale/945053/>), entre os casos decididos pelo TEDH que conduziram à inversão da proibição de inseminação heteróloga prevista na legislação italiana (com fundamento no direito à privacidade e não interferência previsto no art. 8 da CEDH, que não na CDHBio que não foi ratificada pela Itália, situa-se o caso de Rosetta Costa e de Walter Pavan (*Case of Costa and Pavan v.º Italy* (Application no. 54270/10). Em 2006, os requerentes, após o nascimento da primeira filha, apuraram que esta padecia de fibrose quística. Em 2010, aquando de uma 2.ª gravidez foi realizado um teste pré-natal, positivo, que os levou a decidir cessar a gravidez. Pretendendo ter outro filho, desejaram recorrer à PMA heteróloga e realizar DGPI, a que se opõe a letra da lei italiana, cf. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00112993#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["54270/10"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-112993"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00112993#{). A decisão em referência faz um elenco dos países onde a PMA é permitida (Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Noruega, Holanda, Portugal, República Checa, Inglaterra, Rússia, Sérvia, Eslovénia e Suécia; e onde não existe regulamentação específica: Bulgária, Malta, Estónia, Irlanda, Lituânia, Luxemburgo, Polónia, Roménia, Ucrânia, Eslováquia, Chipre e Turquia, praticando-se todavia nestes últimos três, cf. §§ 31 e 32, respectivamente. Por fim, acolhe a reclamação dos peticionantes e, na decisão que declara que o preceituado na LPMA italiana sobre PMA heteróloga contraria o preceituado no art. 8.º da CEDH, acaba por fornecer um rol de decisões *precedentes* relativamente às quais se oferece como *precedente* favorável, o sentido e alcance alargado do art. 8.º aos direitos de personalidade: autonomia, livre desenvolvimento da personalidade dispositivo que merece transcrição:

«48. *The Court reiterates that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 is a broad concept which includes, among other things, the right to establish and develop relationships with other human beings (see Niemietz v. Germany, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B), the right to “personal development” (see Bensaïd v. the United Kingdom, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I), or alternatively the right to self-determination (see Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Factors such as sexual identity, orientation and life also fall within the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45, and Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, 19 February 1997, § 36, Reports of Judgments and Decisions 1997-I), as does the right to respect for the decisions to become or not to become a parent (see Evans, cited above, § 71; A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, § 212, ECHR 2010; and R.R. v. Poland, no. 27617/04, § 181, ECHR 2011 (extracts)). / 49. Under Article 8 of the Convention, the Court has also acknowledged a right to respect for the decision to become genetic parents (see Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007-V, with the refer-*

reificação humana, seja no extremo oposto em sede, por ex.^o, do livre desenvolvimento da personalidade ⁽⁸²⁷⁾ onde residam sobretudo laivos egoísticos ⁽⁸²⁸⁾. O ensejo possui uma face múltipla: individual, no que seja a esfera de intimidade privada e da autonomia pessoal enquanto terreno onde a intromissão do Estado não é notoriamente bem-vinda ⁽⁸²⁹⁾; tecnológica, como decorrência dos avanços da ciência, em cujo horizonte apagógico podem ver-se os contornos da robótica, da clonagem humana reprodutiva ⁽⁸³⁰⁾ ou da ecto-

ences cited therein) and concluded that Article 8 applies to heterologous insemination techniques for in vitro fertilisation (see *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 82, ECHR 2011). /50. In the present case the Court considers that the applicants' desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this end attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life. Consequently, this provision is applicable in the present case.».

⁽⁸²⁷⁾ Exclusivamente sobre a matéria do livre desenvolvimento da personalidade, cf., por todos, Paulo da MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in AA.VV., *Portugal-Brasil Ano 2000*, BFDUC | Coimbra Ed., 1999, pp. 149-246, *passim*.

⁽⁸²⁸⁾ Que uso aqui com o sentido estrito da valorização preponderante do interesse próprio. Neste sentido, em termos reais sobre o sentido da «autonomia reprodutiva» enquanto desaire sério de um livre desenvolvimento da personalidade, André Dias Pereira (*Direitos dos paciente s e Responsabilidade... cit.* p. 224, n. 603) dá um exemplo muito curioso em um «... caso que foi decidido pelo Supremo Tribunal da República Checa, relativo à deterioração de esperma congelado. O esperma foi danificado e o dador já não tinha capacidade para conceber, pelo que o tribunal concedeu uma indemnização pela violação do direito à capacidade reprodutiva. Ao contrário dos casos de *wrongful conception* em que a mãe concebe sem querer, aqui o casal quer procriar e não pode. Trata-se do mesmo interesse – a autonomia reprodutiva – que é infringido. (Nejvssí soud České republiky, 22/06/2006. Cf. J. HRÁDEK, Czech Republic, *European Tort Law 2006*, p. 140)».

⁽⁸²⁹⁾ A protecção é, a menos, triplamente delimitável, como ensina Paulo da MOTA PINTO: seja no campo informacional limitado e tipificado; seja no anonimato desejável (prévio ou recuperável); seja na restrição dos demais à esfera de solidão do próprio, uma dimensão até materializável da esfera físico-psíquica, cf. *O Direito à Reserva Sobre a Intimidade... cit.*, p. 508; e *A Protecção da Vida Privada... cit.*, p. 159.

⁽⁸³⁰⁾ Penso em AA. como Henri ATLAN, *Possibilidades biológicas, impossibilidades sociais*, pp. 14-33 in AA. VV., *Clonagem Humana* (trad. Sandro Nóbrega), Quarteto Ed., 2001 (ISBN 972-8535-28-7), que, reconhecendo estarmos perante uma *materialização* absolutamente *externa* da procriação de um ser humano, não deixa de alertar para o facto de a questão se situar em termos diferentes no campo biológico e no campo *moral* (ético). Possível no primeiro, não deixa de colocar questões nos terrenos da compressão dos valores (seja na clonagem humana reprodutiva, seja na clonagem humana celular), como sejam o da reprodução de uma criança (instrumentalmente?) para salvar um irmão que padecendo de leucemia poderá por esta via beneficiar-se de um transplante de medula óssea; e em outro campo (ainda de discutível qualificação enquanto clonagem humana celular), a da utilização de embriões (oriundos p/ ex.^o de abortos), e, por fim a da utilização de clonagem em células humanas... O debate *ético-científico* prosseguirá sem dúvida (cf. na obra em referência as intervenções e os debates de: Mireille DELMAS-MARTY, *Certezas e incertezas do Direito*; Debate: *Os riscos previsíveis*, pp. 55-80; 82-96; Roger POL-DROIT: *A Identidade perturbada*).

génese ⁽⁸³¹⁾; e do próprio Estado, que pode ter a este respeito ideias restritivas (v.g. o controlo de natalidade chinês ⁽⁸³²⁾) ou expansivas (política de fomento

da: Debate: *Falsos receios, verdadeiros sofrimentos*, pp. 97-106; 108-118; Marc AUGÉ: *Indivíduos sem filiação*; Debate: *Fabricar o parentesco*; pp. 119-131; 134-144; Nadine FRESCO, *Protestos, aclimatação*; Debate: *Ética do ser vivo e eugenismo*, pp. 145-156; 158-166. A conclusão geral é de que todos os AA. pugnam pela proibição da clonagem humana reprodutiva, contudo, o consenso é atingido por motivos divergentes. Assente que existe a par da evolução biológica uma ordenação simbólica fulcral (cuja normatividade é reconduzida mais não seja à dignidade prevista na DUDH), própria do ser humano tal qual existe e com cuja dignidade e individualidade —também em devir: a vida da espécie— podem colidir as inovações em causa. Já as formas de colisão são objecto de debate e de interrogações, mas... «não sabemos o que pode vir a seguir». Na dúvida, opta-se pela *condição humana* existente, a existencial.

⁽⁸³¹⁾ Sobre a possibilidade da ectogénese: o mesmo é dizer sobre a possibilidade de realizar uma gestação completa em *ambiente* artificial, é possível recolher informação genérica e inteirarmo-nos de aspectos polémicos, tal como das expectativas da investigação científica através do documentário de Marie MANDY: *L'Uterus Artificiel, le ventre de personne*, acessível através de <https://www.youtube.com/watch?v=ZF6xBg5GQgA> (ODISSEIA), onde é possível assumir que as investigações em curso permitem avizinhar a criação de uma placenta artificial e de líquido amniótico sintético. Remeto ainda para Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida... cit.*, pp. 164 e s., n. 292, sublinhando a querela com a respectiva indicação bibliográfica e Stela Marcos de Almeida Neves BARBAS, *Direito do Genoma Humano* (dissertação de doutoramento), Almedina Ed., 2007 (DepL n.º 264467/07), pp. 235 e ss., *maxime* 240 e s., n. 403, com as indicações bibliográficas ali mencionadas.

⁽⁸³²⁾ O caso emblemático é o da legislação chinesa de controlo da natalidade —filho único— em que, não obstante o quadro específico, coincidiu com os movimentos internacionais que, em torno da década de 70 do século passado, se alarmaram com o facto de a década ter revelado um pico de crescimento global: 2,69%, com alguns receios em torno das projecções sobre uma duplicação da população mundial em cada 33 anos (5 biliões para 1987; 10 biliões para 2020; 20 biliões para 2053), o que, parece estar a decorrer, cf. Léo PESSINI e Christian de Paul de BARCHIFONTAINE, *Problemas Actuais de Bioética*, Faculdades Integradas São Camilo, Loyola Ed., 3.ª ed., 1996 (ISBN 85-15-00321-X). pp. 189 e ss.. A constituição chinesa (05/03/1978, I sessão da V Assembleia Popular Nacional da República popular da China) permite o controlo de natalidade, cf. art. 25.º: «O Estado promove o planeamento familiar a fim de que o crescimento da população mostre adequação com o Plano de Desenvolvimento Económico e Social», cf. DGLAB (Direcção-Geral do Livro dos Arquivos e das Bibliotecas da Torre do Tombo): *Cópia da Constituição da República Popular da China (Beijing Informação, n.º 2, 20/04/1978)*, Cód. Ref.ª PT/TT/EMA/G/013/0137/00003. A constituição chinesa recebeu já alterações (a última de 04/12/1982) e existem projectos de revisão (1988; 1993; e 1999), acessível em <http://pt.scribd.com/doc/75365462/Constituicao-da-China>. De qualquer modo a questão permanece: com referência a 2013 noticiou a *Rádio Vaticano*: http://pt.radiovaticana.va/news/2013/12/29/china_modifica_legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_controle_dos_nascimentos_e_campos_de_por-759622 : A China oficializou neste sábado, 28 de Dezembro (2013), o fim da política de controlo da natalidade introduzida no final da década de 70, com a aprovação pelo Congresso Popular de uma resolução que autoriza os casais compostos por filhos únicos a ter dois filhos. A reforma já tinha sido anunciada em Novembro, após a conferência dos dirigentes do Partido Comunista Chinês, mas só hoje foi formalmente convertida em lei. A mudança prende-se com a quebra demográfica que levou a uma diminuição da população activa e um aumento dos idosos – em 2050 mais de 25% da população terá mais do que 65 anos, segun-

da natalidade: israelita ⁸³³). A realidade sobre a população portuguesa revela exactamente um exemplo possível sobre as eventuais influências de um processo de declínio da fecundidade (⁸³⁴) na consciência da comunidade e a eventual predisposição para a necessidade da adopção de medidas desesperadas que favoreçam a procriação. Enfim, no plano público, os meios escassos

do as projecções.». Cf. ainda Maria Helena DINIZ, *O Estado Actual do Biodireito*, Saraiva Ed., 2.ª ed., S. Paulo, 2002 (ISBN 85-02-03871-0), pp. 135 e ss.

(⁸³³) O exemplo israelita não é exclusivo, mas, tal como Vera Lúcia RAPOSO (cf. *De Mãe para Mãe... cit.*, pp. 107 es., n. 174) surpreendi-me com o facto de uma comunidade fortemente religiosa mostrar empenho na solução da gestação com recurso a mulher terceira (se bem que não onerosamente). A A. justifica a opção levando em consideração «...que a lei judaica concebe a procriação, não apenas como um dever religioso, mas inclusive como uma obrigação patriótica.». A A. faculta meios de pesquisa via: *Israel considers surrogacy law* | BMJ: www.bmj.com/content/309/6951/359.2?variant=full... de J Siegel-Itzkovich - 1994 BMJ 1994; 309 doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.309.6951.359a> (Published 6 August). O legislador israelita terá sido pioneiro ao admitir o contrato de gestação para outrem —em circunstâncias limitadas— nos termos da «*Embryo Carrying Agreements Law*», de Março de 1996. Os contratos são apreciados e aprovados casuisticamente, envolvendo exclusivamente cidadãos israelitas, as mães gestacionais devem ser solteiras, divorciadas ou viúvas e as beneficiárias mulheres inférteis elegíveis não-de situar-se no seio de casais heterossexuais, cf. Elly TEMAN: *Birth of a Mother: The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press Ed., Berkeley, 2010 (isbn=9780520259645), com referência ao Capítulo I que possui livre acesso in: <http://www.ucpress.edu/book.php?isbn=9780520259645>. O A. dá eco da fortíssima controvérsia em torno destas matérias —com total actualidade— e que contrapõe a projecção individual sobre projectos de filiação envolvendo mulheres terceiras e a perspectiva de reificação da mulher gestacional (incubadora). A discriminação (retiro conteúdos subjectivos) ocorre; verificando-se nos EUA, até pelas próprias envolvidas uma postura *manipulada*, todavia, não ocorre de forma tão nítida junto das mulheres gestoras israelitas, não deixando estas de correlacionar meios «naturais» de onde aparecem os filhos com os «artificiais» de onde promanam as crianças, e de onde em termos psicológicos se *retiram* do processo que percebem profundamente tecnológico, cf. ID, *ibid*, pp. 35 e ss. Sobre *questão transcultural*, cf. Ronald D. FRANCIS, *Ética para Psicólogos*, Instituto Piaget Ed., Col. Epigénese, Desenvolvimento e Psicologia, 2005 (ISBN 972-771-749-7), pp. 138 e ss.

(⁸³⁴) Sobre o fenómeno da demografia portuguesa, por todos, cf. AA.VV. *História da População Portuguesa*, (Coord. Teresa FERREIRA RODRIGUES) Col. Economia e Sociedade 3, CEPESE, Afrontamento Ed., 2009 (ISBN 978-972-36-1005-5), *passim, maxime*: Filipa CASTRO HENRIQUES e Teresa FERREIRA RODRIGUES, *O Séc. XX: a transição*, pp. 417-533, *maxime* pp. 507 e ss.. Sobre os contratos de gestação e os projectos elaborados pelos partidos políticos portugueses desde Janeiro de 2012, cf. o parecer da CNECV 63/CNECV/2012, acessível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>. e André Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, pp. 53 e ss.. O debate do grupo parlamentar que se debruça sobre os propostas persiste ainda —com referência a 01 de Maio de 2014, cf. *Jornal O Público*, p. 19: *Deputados querem que lei sobre «barrigas de aluguer» inclua situações de «arrependimento»*. As propostas em causa analisam a hipótese de acordos não onerosos. A expressão *arrependimento* visa prevenir conflitos em torno da revogação dos dadores de material genético, tal como a da mãe de gestação.

disponíveis e os custos em torno das sofisticações devem — não podem deixar de — ser ponderados (⁸³⁵).

XIV. § 2.º Considerações sobre questões radicais:

Desde logo, existe algum consenso sobre a possibilidade de prossecução e satisfação da teleologia familiar sem a procriação. Esta última não é tida ou achada para se tornar em requisito de um qualquer projecto de convivência. Existe sim é, desejavelmente, um dever de convivência decorrente da filiação, mercê dos deveres dos pais, cf. art. 7.º, n.º 1 da Convenção dos Direitos da Criança:

«A criança (...) tem desde o nascimento o direito (...) de conhecer os seus pais e de ser educada por eles.».

Por seu turno são imperativas as limitações de ordem material que são notórias, tal como servem de exemplo as que pertencem à esfera fisiológica ou à escassez de recursos actuais de um rico Estado providência, e, por fim, existem ainda limitações de ordem imaterial (sobre a própria afirmação contingente e *actualista* do que *deve ser* humano e um devir experimental), todas a colocar freio no que sejam os recursos escassos e os recursos *liberais* do próprio mercado, designadamente a proibição do uso mercantil do corpo humano ou das suas partes, cf. 21.º da CDHBio (⁸³⁶). E não vislumbro que a existência de limitações discriminem além do que é razoável suprir em termos de

Cf. Salvador MASSANO CARDOSO: *PMA — Para quê, para quem, com que custos?* Comunicação proferida na Conferência do CNECV: *As leis da IVG e da PMA — uma apreciação Bioética*, Porto, 17 de Maio de 2011, acessível via www.cnpma.org.pt/Docs/ComunicacaoMC%2oPMA.pdf. O A., vice-presidente da CNPMA, a pp. 10 e ss., defende que os dinheiros do erário público empregues em PMA constituem «investimento» com «retorno muito elevado em termos colectivos e familiares», por força do já referido declínio da natalidade em Portugal. O CNPMA possui devolução de competências, entre o mais, quanto a inspecção e medidas de controlo, bem como quanto à formação e qualificação dos profissionais de PMA (cf. art. 30.º, n.º 2, LPMA, art. 6.º, n.º 4, Lei n.º 12/2009, de 26/03, art. 8.º, n.º 2 do Dec.-Reg. n.º 05/2008, de 11/02). A tabela de preços para os tratamentos de PMA no «âmbito das acções necessárias à execução do Projecto de Incentivos à PMA» previstas no despacho n.º 14 788/2008, MS, 06/05, in DR, II, n.º 102, de 28/05, consta do anexo à Portaria n.º 273/2012, de 05/09, para efeitos do regime do SNS integrado no programa nacional de saúde reprodutiva e varia entre a «consulta de apoio à fertilidade» (estudo inicial) na quantia de 92,00 € e a ICSI, na quantia de 3 059,00 €, passando pela FIV 2 185,00 € e a ICSI, na quantia de 2 404,00 €, a inseminação intra-uterina, 349,00 € e a indução de ovulação, 138,00 €.

⁸³⁶ Cf. Paula MARTINHO DA SILVA, CDHBio anotada... cit., pp. 70-72.

falta de saúde e que é, infelizmente, contingente. Eis, pois o sentido para que parece propender o dever do Estado de «regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana», preceituado no art. 67.º, n.º 2, al. e) da CRP ⁽⁸³⁷⁾. Trata-se pois de uma tarefa institucional, de árbitro, que interpreta, regula e actua, nesses valores benéficos perante as possibilidades existentes, mediando entre a incompletude e a fragilidade individuais e os deveres que decorrem das relações das comunidades, impondo-se-lhes por via destas duas contingências.

XIV. § 2.º.1. Os interesses e as cautelas

Parece ser inquestionável a vantagem em viabilizar-se a gravidez e o nascimento de um filho desejado, disponibilizando para esse efeito os recursos ajustados disponíveis pela ciência; mas será de manter essa disponibilização perante os previsíveis interesses conflitante do filho eventualmente concebido por PMA? ⁽⁸³⁸⁾ Os dois planos devem ser levados em conta. Os interes-

⁸³⁷ Sobre esta questão, com desenvolvimento, cf. João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina... II vol., cit.*, pp. 782-784 e *Síntese*: pp. 1123 e ss.. Cf. ainda Philippe MALAURIE e Hugues FULCHIRON, *La Famille* (Col. Droit Civil: coord. Philippe MALAURIE e Laurent AYNÈS), De-frénois, Textenso Ed., 4.ª ed., 2011 (ISBN 978-2-85623-187-6), pp. 411 e s, dando nota das balizas decorrentes da necessidade de legislar, em sentidos extremos: não o fazer por força da protecção científica e da liberdade inerente a uma justa aspiração ao progresso, com consciência do risco sobre o destino humano; ou legislar já que, como expressivamente escrevem os AA.: «*Il peut être dangereux de substituer l'artifice à la nature: le désir de procréer en dépit d'obstacles sérieux n'est pas toujours moralement ni socialement sain, la procréation médicalement assistée n'est pas toujours légitime. Dans une société qui sacralise l'enfant tout en laissant aux individus la liberté d'en accepter ou non la venue (le paradoxe est-il seulement apparent?), la société doit-elle obligatoirement répondre aux attentes des couples qui ne peuvent (...)? Il est assurément difficile de résister à la pression lorsque la science semble offrir aux individus la solution, apparente, à leurs problèmes et la satisfaction de leurs désirs. Sans parler de la fascination qu'exerce la science sur les homes en général et sur les scientifiques en particulier.*».

⁽⁸³⁸⁾ A questão leva longe: os limites ou as dúvidas sobre os êxitos parecem logo delimitadas nos arts. 7.º, 11.º a 13.º da LPMA. Entendo muito complicada a decisão possível e arriscada de beneficiários e da equipa dos profissionais de saúde que vejam —ou confirmem— uma possibilidade de uma gestação de uma criança com uma qualquer restrição de ordem cognitiva ou motora, por ex.º. O raciocínio e os valores que assumo em termos do que é a dignidade do ser humano impedem-me de traçar limites de *viabilidade*, mas, se por absurdo, a intenção dos beneficiários fosse no sentido da gestação por PMA de uma criança inevitavelmente restringida então creio que a hipótese cairia na previsão das *finalidades proibidas* a que alude o art. 7.º da LPMA (resultado restritivo da interpretação): se não podem ser usa-

ses a regular, que a PMA problematiza junto da Ordem Social, têm por fundamento as próprias contingências da procriação. Se a concepção é susceptível de ser protegida a ponto de constituir um projecto múltiplo que transcende e amplia o da natureza, então, por maioria de razão, há que regular e proteger os resultados desse processo de criação de vida: o embrião, o feto e a criança, no respectivo desenvolvimento. O Direito responde afirmativamente quanto à protecção da vida intra-uterina e quanto à elevação do estatuto de protecção dos interesses da criança. Cabe inquirir se no próprio projecto para a filiação assistida não deverá sobrepesar também o —superior— interesse do filho pretendido? A questão perpassa várias matérias, entre as quais, as das justificações juridicamente atendíveis para negar o acesso a técnicas de PMA, designadamente pelo mero incremento de riscos socialmente repudiados (legítima ou ilegítimamente). Estou convencido que sim. O ensejo natural de um ser humano em procriar retrai a sua *autonomia geracional* (para quem entenda ou pratique uma redução de deveres *intergeracionais*) e catapultá-lo além da sua realização pessoal para uma esfera de responsabilidade centrada naquele que é procriado. Assumida ou não uma perspectiva mais humanista, a *humanidade* que nos é ínsita há-de impor-se de molde a não comprometer o óbvio: as gerações não são estanques, mas sucedem-se entrelaçadamente. Nos dias que correm, decorrem concomitantemente vários percursos de várias gerações. Por outro lado, o ser humano possui insuficiências de tal forma marcadas que é imprestável para materializar conceitos mínimos de autodeterminação por períodos de tempo demasiado elevados (da concepção aos rudimentos comunicacionais correm anos; e está assente ser-se absolutamente criança até um horizonte mínimo situado em torno dos —pelo menos— 12 a 14 anos). Ao mirar a filiação sob este prisma, a minha afirmação em procriar cede perante a respectiva consecução. E em relação ao ser humano é imperativo o axioma de que *uma vez criada, a obra autonomiza-se do próprio criador*. O ser humano adquire —e logo— um estatuto de dignidade específico que merece respeito, sobre o qual se traçam os poderes/deveres responsáveis. Esta responsabilidade exige constrições, solidariedade, eventuais sacrifícios. Faz, pois, sentido concluir que a PMA, uma vez assumida como prática a ser levada por diante em uma sociedade organizada, impõe juridicamente um estatuto de protecção pelas gerações seguintes.

das técnicas para melhorar características não médicas... também não podem ser utilizadas para as piorar.

Constitui um veículo de afirmação do futuro da humanidade e propende inevitavelmente para a respectiva conformação.

XIV. § 2.º.2. Onde cessa a liberdade?

É certo que as liberdades sobre a filiação podem também ser individualmente negativas, seja para o homem, mas sobretudo para a mulher, como se entenderá de seguida. Também no que concerne aos beneficiários ou envolvidos em projectos de PMA há que pensar em decisões absolutas, como sejam a esterilização voluntária *pura* e a cessação voluntária da gravidez radical, i.e., por mera decisão da mulher, esclarecida, tomada até às dez semanas da gravidez. Mas esta é matéria de excepção onde se cruzam motivos tidos por imperiosos em termos individuais e em termos colectivos, cuja avaliação, mesmo pragmática, permite perplexidades, mas perante explicações, que encontram máximos de consenso no argumento sobre os efeitos perversos de uma prática abortiva fora de ambiente médico, que a realidade impôs a despeito das melhores intenções ⁽⁸³⁹⁾. De qualquer modo, também aqui se verificam limitações: a idade de vinte e cinco anos e as aludidas dez semanas, respectivamente, cf. art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 03/84, de 24 de Março e 142.º, n.º 1 e n.º 3, do CP.

Pois se é assim, e se o Estado que legisla sobre a protecção das crianças, designadamente na filiação e na adopção, o faz perante paternidades e maternidades de natureza biológica ou de natureza social; pergunta-se: não terá de detectar as necessidades de certeza, de vantagem ou benefício estritamente relevantes em termos jurídicos? A resposta dificilmente deixará de ser realisticamente afirmativa; e desenrola outra: por que não há-de distribuir criteriosamente os serviços e bens escassos de que dispõe? Não pode mesmo deixar de o fazer.

Trata-se de uma realidade tão objectiva quanto aquela que a tecnociência acabou por facultar, ombreando com a vetusta solução técnico-jurídica: «dei-

⁽⁸³⁹⁾ Cf. a Lei n.º 03/84, de 24 de Março. Os problemas em torno das decisões de não procriar são tão prementes quanto as inversas que animam as presentes e servem de contorno negativo para a compreensão. Os problemas em torno da contracepção são muito antigos, cf. Angus MCLAREN, *História da Contracepção... cit., passim*.

xou de ser imperativo que para ter um filho um homem se tivesse de unir a uma mulher e vice-versa»⁽⁸⁴⁰⁾.

O resultado destas interrogações concita as tensões sociais que se digladiam nas diferentes respostas das várias aspirações sociais ou da bondade de interpretação que merecem. Também o legislador deve, neste aspecto, ter no seu mínimo os parâmetros dos cuidados sobre a experimentação, onde as valiosas descobertas científicas que se pretendem atingir hão-de ser sempre restringidas pela prudência e acicatadas pela audácia. São os bens éticos que alicerçam os valores que invocam. Uns e outros tendencialmente delineáveis no que será o curso de uma universalidade unívoca, pelo que os essenciais hão-de ser apreendidos no que se mostre com maior perenidade para sustentar as soluções preponderantes em cada momento.

⁽⁸⁴⁰⁾ Um empréstimo —que generalizo— de uma frase feliz de Vera Lúcia RAPOSO, in *Em Nome do Pai (... da Mãe, dos dois Pais e das Duas Mães)*, *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º 7, 2007 (ISSN 1646-0359), pp. 37-51.

Capítulo XV. A PMA em Portugal

Existe uma pequena história sobre o esforço legiferante em torno da procriação medicamente assistida. Com a Lei n.º 03/84, de 24/03, sobre *Educação Sexual e Planeamento Familiar*, o Estado ficou incumbido de «... organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes», cf. art. 1.º, n.º 2, «in fine», integrando no conceito de «planeamento familiar» o «tratamento da infertilidade», cf. art. 4.º, n.º 1, e, dentro desta «... o estudo e o tratamento de situações de esterilidade...»; e «...aprofundar o estudo e a prática da inseminação artificial como forma...» da respectiva superação, cf. art. 9.º, n.º 1 e n.º 2, respectivamente ⁽⁸⁴¹⁾. Em absoluto esforço no âmbito português do Direito da Medicina, não deixarei de registar os nomes de Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Manuel António Lopes Rocha e o vulto de Mário Raposo, sem esgotar,

⁽⁸⁴¹⁾ Remeto ainda para o que escrevi muito incompletamente acerca do consentimento esclarecido, sobre o assunto, em *O Consentimento Informado... cit.* pp. 119-148, incluindo igualmente a decisão de não procriar que poderá dar azo à esterilização. Sobre a escolha do adjectivo «assistida» ao invés do então igualmente vulgarizado «artificial», vejam-se as pertinentes considerações traçadas por Guilherme de OLIVEIRA sobre o desmérito da expressão «artificial» em relação a «assistido», não fazendo finca-pé sobre a adequação, obviamente, mas não deixando de estabelecer o paralelo muito elucidativo sobre a «preocupação do legislador constitucional de 1976» relativamente ao opróbrio «filhos ilegítimos»: um pormenor que revela bem os cuidados conceituais e as escolhas que, desde início, estas novas matéria provocaram, cf. ID., *Legislar sobre Procriação Assistida*, in *Colóquio Interdisciplinar..., publicações CDM, n.º 2... cit.*, pp. 73 e ss. e in *Temas..., CDBM, l... cit.*, pp. 73 e ss (coincidentemente). Dando desenvolvimento, cf. João Carlos LOUREIRO, que aponta igualmente a coincidência de, a partir dos anos 80, na literatura especializada inglesa a sigla para *Artificial insemination with donor* — AID se ter passado a confundir com AIDS, dando azo a uma alteração para DI — *donor insemination*, cf. ID, *Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 6, 2006, pp. 5-48, *maxime* 6, nota: 4. De qualquer forma persiste a designação «inseminação artificial» no n.º 3 do art. 1839.º do C.Civ., na sequência da alteração introduzida pelo DL n.º 496/77, de 25 de Novembro, que, neste sentido, determina os reflexos constitucionais da 3.ª República, por oposição ao então revogado art. 1799.º C.Civ., que, na versão originária de 1966, ao pretender repudiar —«apagar»— a PMA acabava por carrear alguns efeitos perversos, mas análogos ao do ainda actual n.º 3 do art. 1893.º C.Civ; ditava a norma de então: «A fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei». Posto isto — e as limitações tecnológicas do tempo — se um casal recorresse à inseminação artificial (injecção de sémen de terceiro no aparelho genital feminino), a demonstração do processo não alteraria a presunção de paternidade decorrente do estatuto matrimonial. Inúmeras curiosidades — mais ou menos paradoxais — seriam ainda susceptíveis de serem abordadas a este respeito, caso o equilíbrio e o desiderato deste trabalho não mo desaconselhassem.

obviamente, mas por estes terem ficado directamente ligados à *Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias* (CELNT), em consequência do Despacho n.º 37/86, de 14 de Abril, do então Ministro da Justiça, o malogrado Dr. Mário Raposo ⁽⁸⁴²⁾. A realidade que este fotografou várias vezes com estupefacção perante as novidades tecnológicas revolucionárias com efeitos complexos, múltiplos e reiteradamente surpreendentes, e que ilustrou literariamente como as derivas de «nascer *in vitro* e morrer *in machina*» a reclamar perante as ciências jurídicas, apenas aparentemente pacíficas, atenção redobrada e ao legislador, regulação específica ⁽⁸⁴³⁾. Pois terá sido nestes

⁽⁸⁴²⁾ Foi na sequência do labor em torno das necessidades sociais frente aos desafios tecnológicos com reflexo na medicina (biologia e saúde), que se pretendeu prevenir eventuais respostas legislativas, seja para o transplante de órgãos, seja para a procriação medicamente assistida, seja para a organização de uma entidade —Conselho Nacional de Bioética—, para *junto* da Presidência do Conselho de Ministros poder fornecer orientações de carácter moral, ético e social, fornecendo pareceres, etc, sobre «os progressos científicos» aplicáveis e «o estado da aplicação das novas tecnologias à vida humana e respectivas implicações» (cf. art. 5.º do «Projecto», in *Publicações*, n.º 1, do CDBM da FDUC, 1990, pp. 107 e ss.). E terá sido ainda em torno deste entusiasmo que um outro, oriundo de «um grupo de docentes» da FDUC, levou por diante uma iniciativa que conduziu à proposta de Guilherme de Oliveira de criação de um «Centro de estudos jurídicos para a aplicação de novas técnicas biomédicas», que mereceu a aprovação do Conselho Científico da FDUC, em 20 de Maio de 1988: o CDBM (cf. <http://www.centrodedireitobiomedico.org>). São elucidativos os dois seguintes parágrafos da «nota de apresentação» com que se abriu a referida 1.ª publicação do CDBM:

«Nos últimos anos, a utilização de novas técnicas biomédicas vem suscitando dificuldades graves de ordem ética e jurídica. / O Direito português, como o de outros países civilizados, será chamado a intervir em matérias como a procriação medicamente assistida, a congelação, a dação e a experimentação em embriões; em matérias como o consentimento para transplantações de órgãos, para a prática de outras intervenções médicas ou para o auxílio na morte; em matérias como as que se hoje designam por “medicina predictiva”».

Aquele outro Conselho Nacional de Bioética ficou em ponderação, mais tarde retomado em projecto do Partido Socialista, deu azo a uma proposta de lei (n.º 125/V, de 26/10/1989) e tudo esteve na gestação da Lei n.º 14/90, de 09/06, que criou o CNECV, presidido exactamente por Mário RAPOSO, *O Estatuto do embrião e problemas conexos*, cf. *publicações CDBM FDUC*, n.º 2, 1993, pp. 99-120, *maxime* 105 e ss. Os esforços exemplares e pioneiros revelar-se-iam premonitórios: — tratou-se mesmo de, como proclamou Mário Raposo, enfrentar o «Choque do Futuro» (Alvin Toffler) contornando alguns dos erros que costumam acompanhar a celeridade e a complexidade das técnicas em estádios de conhecimentos vertiginosos.

⁽⁸⁴³⁾ Dando conta em 1991 da existência de um «vazio legal» que é «oportuno preencher...» quanto à procriação medicamente assistida, cf. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Procriação Assistida com Gâmetas do Casal*, in *Colóquio Interdisciplinar... cit.*, *Publicações CDM*, n.º 2, pp. 9 e ss. Igual e profunda preocupação foi a de outros dos vogais da referida Comissão: Luís ARCHER (mais tarde igualmente Presidente da CNECV) que, em torno destes momentos primevos destacou profunda e vastíssima obra científica aos temas do Direito da Medicina e muito especialmente à PMA (de que dou apenas agora notícia, por se integrar aqui: *Da Genética à Bioética*, Ed. Gráfica de Coimbra (Associação Portuguesa de Bioética e do Serviço de

dois momentos, entre o Despacho Ministerial e a proposta de Guilherme de Oliveira que conduziu à deliberação de 20 de Maio de 1988, do Conselho Científico da FDUC, sobre a constituição do Centro de Estudos (CDBM), que os encontros do legislador e da doutrina desencadearam *a aventura estaminal* do Direito da Medicina; a fertilização terá determinado o zigoto, a célula totipotente onde agora se mostra —e acredito ver— uma jovem disciplina jurídica. Gosto de a ver ali concebida: de *lex medicinae* para *ius medicinae*.

A despeito de *concepções* e omitindo aqui por economia o percurso intermédio, retomo o fio: em 1997, veio à luz uma proposta de lei, a submeter à Assembleia da República, com o objectivo de *regular as técnicas de procriação medicamente assistida* (Proposta de Lei n.º 135/VII) ⁽⁸⁴⁴⁾. Esta proposta resultou no Decreto n.º 415/VII ⁽⁸⁴⁵⁾, mas, aprovado o Decreto, alguns cientistas —críticos— suscitaram crise em «carta ao Presidente da República», este —perante os argumentos— considerou as questões controvertidas optou por não promulgar a lei, reenviando à AR o diploma para reapreciação ⁽⁸⁴⁶⁾. O hiato que provinha desde o primeiro projecto de 1987⁽⁸⁴⁷⁾, teve este segundo percalço ⁽⁸⁴⁸⁾⁽⁸⁴⁹⁾ e seguiu até à legislação actualmente em vigor, i.e., até à

Bioética e Ética Médica), 2006, (ISBN 972-603-7378-8), de onde sublinho o seu capítulo sobre *procriática*, e o desenvolvimento de pp. 223-295.

⁽⁸⁴⁴⁾ Publicada no *DAR*, II série-A, n.º 69, de 1 de Agosto de 1997.

⁽⁸⁴⁵⁾ Publicado no *DAR*, II série-A, de 16/7/99.

⁽⁸⁴⁶⁾ Era ao tempo Presidente da República o Dr. Jorge Sampaio. O teor do veto presidencial foi publicado no *DAR*, II série-A, n.º 82, de 3/8/99. Muito embora a confessada urgência na criação de legislação, foi, entre as demais razões aduzidas, tida em conta a possibilidade de poder «colocar em risco a própria viabilidade prática de algumas das mais importantes técnicas de procriação medicamente assistida e ter consequências desproporcionadas e desnecessariamente gravosas para os beneficiários interessados». A prudência não deixou de ser comentada criticamente, como «*um veto demasiadamente evanescente em termos de fundamentação*», cf. Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*, in AA.VV.: *Estudos de Direito da Bioética* (coord. José de Oliveira Ascensão), Almedina Ed., Coimbra, 2005, p. 97;

⁽⁸⁴⁷⁾ Refiro-me ao projecto da CELNT, cf. Publicações CDM, n.º 1... *cit.*.

⁽⁸⁴⁸⁾ O primeiro percalço foi o do Dec.-Lei n.º 319/86, de 25/09, que em resultado do trabalho da Comissão e preparando os Centros..., dá notícia da futura prática de PMA heteróloga, ficando todavia a actividade dependente de um decreto regulamentar aqui prometido. Já os organismos que praticavam actos exigidos pelas técnicas de PMA homóloga permaneceram com as respectivas técnicas sujeitas às meras *leges artis* e à legislação geral existente.

⁽⁸⁴⁹⁾ Afirmou Stela NEVES BARBAS em conclusão final da sua dissertação de mestrado (*lege ferenda* ao tempo) que «o presente vazio legislativo (...) não faz sentido, é incompreensível.», cf. *Direito ao Património Genético... cit.*, p. 235. Sobre a necessidade de legislar cf. ainda ID, *ibid.*, pp. 61 e s., onde indica outros AA., e pp. 248 e s.. Sobre assunto e a respectiva

Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (LPMA) e à criação de um Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), cf. art. 30.º da LPMA.

Assim se fez jus ao desígnio da IV reforma constitucional, de 1997 (LConst. n.º 1/97), que expressamente depositou no diploma fundamental a incumbência ao Estado de no âmbito da «protecção da família», «Regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana», cf. al. e) do n.º 2, do art. 67.º, CRP. Contudo, a legislação constituiu —e constitui— fonte de fortes controvérsias, desde logo as que motivaram e suscitaram a jurisprudência Constitucional no Ac. n.º 101/2009, de 03/03 ⁽⁸⁵⁰⁾ e que incidiram sobre vários parâmetros de constitucionalidade, dos quais destaco as seguintes matérias a que foi apontada sem sucesso a respectiva inconstitucionalidade material do regime legal previsto na LPMA ⁽⁸⁵¹⁾ sobre: a) admissibilidade da utilização das técnicas de PMA em caso de

celeuma que chega aos dias que correm; cf. Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *Os efeitos... cit.*, pp. 93-112; Jorge DUARTE PINHEIRO, *A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, in AA.VV. (coord. António MENEZES CORDEIRO; Pedro PAIS DE VASCONCELOS; Paula COSTA E SILVA): *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina Ed., Coimbra, 2008, pp. 201-214 (ISBN 978-972-24003-568-3); André Dias Pereira, *L'assistance médicale à la procréation au Portugal Loi parlementaire n.º 32/2006 du 26 juillet 2006*, acessível em <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/modules.php?name=News&file=article&sid=100>; sendo certo que a discussão sobre a intervenção legislativa (e sua *profundidade*) se generaliza internacionalmente: cf. Gérard CÔRNU, *Droit Civil, T. 2: la Famille*, 9.ª ed., Montchrestien Ed., Paris, 2006 (ISBN 978-270-761-506-0), p. 457. Sobre as teses em confronto é elucidativa a síntese documentada de Paula MARTINHO DA SILVA e Marta COSTA, *PMA anotada... cit.*, 9 e ss.

⁽⁸⁵⁰⁾ Cf. Ac. TC n.º 101/2009, de 03/03 (Proc. n.º 963/06: Rel. Carlos Fernandes CADILHA), acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.

⁽⁸⁵¹⁾ Mais concretamente foi invocado estarem em crise os seguintes conjuntos de normas da LPMA: art. 4.º, n.º 2; art. 6.º; arts. 7.º, n.º 3, e 30.º, n.º 2, al. q); artigos 9.º, n.º 2 a n.º 5, e 30.º, n.º 2, als. e) e g); art. 10.º; art. 15.º, n.º 1 a n.º 4; arts. 19.º, n.º 1, 20.º, 21.º, 27.º e 35.º; arts. 24.º e 25.º; arts. 28.º e 29.º; art. 36.º; e art. 39.º. O que apelido como «questões prévias» colocadas a pretexto de um pretendida suspensão do processo legislativo pela entrada de uma petição referendária e um problema de fundo do âmbito do impacto do regime de vigência e hierarquia da legislação internacional, por via do disposto no art. 8.º e 16.º, n.º 1, da CRP foi solucionado, por via de incorporação do que havia a incorporar em matéria contextualizada de foro constitucional, suscitando quanto a qualificação e *conflito* a solução segundo a qual o regime *incorporável* do Direito Internacional escrito ou não escrito constitui fonte de ilegalidade quando confrontado com legislação nacional, mercê daquele se afigurar prevalente face ao direito *interno* e sempre que não se questione a reversibilidade da soberania, i.e., da vinculação portuguesa ao regime institucional legiferante ou ao pacto regularmente ratificado na ordem interna, neste sentido cf. Jorge de MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Ed., 4.ª ed., 2013 (978-972-32-2218-3), pp. 27 e s., pois, como explica, o que essencialmente se encontra por resolver é: «... a contradição entre duas normas não constitucionais, não a contradição entre uma norma ordinária e uma norma consti-

risco de transmissão de doenças de origem não genética ou infecciosa; b) inexistência de um limite etário para os beneficiários; c) possibilidade de recurso a técnicas de PMA para tratamento de doença de terceiro; d) utilização de embriões em investigação científica; e) admissibilidade da procriação heteróloga; f) regra do anonimato dos dadores; g) regime de filiação na reprodução heteróloga; h) inexistência de limites à criação de embriões; i) diagnóstico genético pré-implantatório; j) não punição da clonagem reprodutiva e admissibilidade da técnica de transferência de núcleo; l) não punição da maternidade de substituição a título gratuito.

XV. § 1.º A PMA: uma actividade perigosa

Perante as penumbras que se vislumbram com facilidade neste retrato — como em outros dos expoentes das sempre *renovadas* questões *clássicas* que inquiram as descobertas científicas em torno da bioética e da medicina, como sejam a investigação e os ensaios, os transplantes, os implantes, a genética, etc., percebem-se tinir a vulnerabilidade individual — e a colectiva — em expoentes mais delicados e problemáticos onde o Direito Penal acautela valores, bens jurídicos e procedimentos de círculos complexos, que partem indiferentemente do indivíduo até ao Estado e vice-versa. Estamos perante terrenos perigosos e controversos. A PMA constitui uma destas matérias, o que, como logo sublinha Faria Costa, se revela no número proporcional de precei-

tucional; e é somente por se dar tal contradição que indirectamente (ou, porventura, consequentemente) se acaba por aludir a inconstitucionalidade». Assim, ao fim e ao cabo, importa manter presente e reiterar que, segundo a melhor doutrina, não obstante o valor supralegal, transcendente, que possuam os Diplomas Fundamentais Internacionais, como sejam da CEDH, a CDHBio, etc., estes exigem uma concatenação constitucional mas não deixam de lhes estar submetidos, ou como explicam José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina Ed., 2014 (7.ª reimp da 7.ª ed. de 2003) ISBN 978-972-40-2106-5), p. 923; e Rui Manuel MOURA DE RAMOS, *Da Comunidade Internacional e do seu Direito — Estudos de direito internacional público e relações internacionais*, Coimbra Ed., 1996 (ISBN 978-972-32-0748-4), pp. 55-61: (*A Convenção Europeia dos Direitos Do Homem: a sua posição face ao ordenamento jurídico português*), encontram-se hierarquicamente subordinados à CRP. Finalmente, sobre a questão e avalizando este curso doutrinal verificou-se doutrina no Ac. TC n.º 371/91, de 10/10, in *DR*, II, n.º 284, de 10/12/1991 (ID in dre.pt: 44908), com apreciação à luz do preceituado no art. 8.º, n.º 2, da CRP, a pretexto da compatibilização entre a Lei Uniforme sobre cheques LUCH e de alguns preceitos do DL n.º 463/91. De todo o modo, cf. o voto de vencido da Conselheira Maria Lúcia AMARAL.

tos dedicados ao tratamento das condutas que se pretendem proibidas, logo na LPMA:

«Em uma lei com 48 artigos, somos confrontados com 10 diferentes crimes, 4 contra-ordenações e 6 sanções acessórias.»⁽⁸⁵²⁾.

Estas matérias que promanam da ciência mas possuem fortíssimo impacto no quotidiano social, por via das utilidades médicas, invocam mais do que a bioética, pois vão endossadas à tutela ética do Direito, e mais com maior densidade à do Direito Penal, em um processo de vertigem entre as ordens que se buscam inexoravelmente talvez até para de forma salvífica procurarem ultrapassar a incompletude dos problemas suscitados, buscando solver, mas não colocando em paz, algo da incerteza hodierna e do pluralismo valorativo⁽⁸⁵³⁾. Eu gostaria de ler mais longe ainda: o fascínio que aproxima as disciplinas não é apenas uma prerrogativa *sentimental* que as comunidades desejam concertar entre a ciência e o direito penal para organizarem as vidas humanas e respectivo entorno. Direito que não apenas direito penal. Antes mostra os ordenamentos normativos a convergir. O que me parece paradoxal é que o direito penal apareça aqui à minguada das impotências de outros reforços, por se configurarem situações a que se empresta logo alarme, perigo, como ocorreu e ocorre a pretexto da experimentação⁽⁸⁵⁴⁾, da cessão voluntária da gravidez e a própria PMA⁽⁸⁵⁵⁾. Todas mostraram receios históricos, simbólicos.

⁽⁸⁵²⁾ Cf. José de FARIA COSTA, *Bioética e Direito Penal — Reflexões possíveis em tempos de incerteza*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Studia Ivridica, BFDUC, Vol. I, Coimbra Ed., 2009 (ISBN 978.972-32-1776-6) (comp. 978-972-32-1777-3), pp. 109-125, *max.* 118 e ss.

⁽⁸⁵³⁾ Sobre estes dois temas: incerteza e incompletude, acrescentamos à indicação de José de FARIA COSTA in *Bioética e Direito Penal... cit.*, p. 109, n. 1., sobre a referência de Salvatore VECA, *Dell'incertezza*, Feltrinelli Ed., Milano, 2006, a obra subsequente do mesmo A., *L'idea di incompletezza: Quattro lezioni*, collana «Campi del sapere», 2011, ISBN ed. cartácea: 9788807104695 (Kindle), para desenvolvimentos em torno destas duas esferas a que o A. empresta um esforço de «exploração de conexões».

⁽⁸⁵⁴⁾ Permanecendo ainda em conexão com a PMA é consabido que existe uma aposta muito significativa na investigação envolvendo embriões humanos, com elevados índices de expectativas e êxitos, neste sentido, cf. o *Parecer* da APBio n.º P/01/APB/05 sobre: *utilização de embriões humanos em investigação científica*, Rel. RUI NUNES, acessível in <http://www.apbioetica.org/gca/?id=272&idbloco=272> e no mesmo sentido o *Parecer* 47/CNECV/05 sobre investigação em células estaminais, cf. <http://www.cneqv.gov.pt/cnev/pt/Pareceres/>.

⁽⁸⁵⁵⁾ Neste sentido, no contexto do final do século passado, cf. Ana Paula GUIMARÃES, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais... cit.*, *passim*.

A verdade é que a ciência vem colocar progressivamente a criação da vida humana fora do corpo humano e assegura-lhe diferentes mecanismos de viabilização. Talvez o ser humano pressinta o impulso para a diversidade que o levou a temer a consanguinidade e alguma fuga para escolhas *vitais* de que apenas os paroxismos terríveis de alguns exemplos históricos deram nota, formulando eternos soslaio para caixas tidas como de Pandora. Daqui não espantar que os tipos de crime abertos, mesmo com graves suspeições de precipitação ⁽⁸⁵⁶⁾, surjam a colmatar a ânsia de regulação que as descobertas arriscam muitíssimo deixar a descoberto, com períodos relativamente longos de vácuo regulamentador ⁽⁸⁵⁷⁾. Nada que outras matérias não suscitem de forma semelhante.

Estas linhas visam, antes de mais, o depósito de um tópico reflexivo suscitado pelas leituras inspiradoras de José de Faria Costa sobre a eventual constatação de uma fractura no terreno clássico do Direito Penal —e na generalidade das disciplinas?—, com a introdução das respostas de *tropeção* às questões da celeridade dos tempos e que, no limite, não deixam de «pisar o olho» —talvez atrevido— à esfera do «direito penal do inimigo» ⁽⁸⁵⁸⁾. A questão *genética* —que poderá surgir ora diante posta de novas maneiras— pren-

⁽⁸⁵⁶⁾ Sobre problemas semelhantes em matéria de tipificação de condutas e aflorando as propostas legislativas sobre PMA de 1987 e de 1997, cf. o que escrevi em *O Consentimento... cit.*, pp. 124-143. Sobre alguns problemas em torno do regime penal da LPMA remeto par José FARIA COSTA, *Bioética e Direito Penal... cit.*, pp. 118 e ss.

⁽⁸⁵⁷⁾ Desta necessidade deu notícia Albin ESER, nos idos dos anos 80 do século XX, alertando para a necessidade de proteger as intervenções em matéria genética humana: cf. *Embryo experimentation: legal aspects in a comparative perspective in The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. n.º 21, n.º 3 (1988), pp. 356-382, e *Reform of German Abortion Law: First Experiences in The American Journal of Comparative Law*, Vol. n.º 34, n.º. 2 (1986), pp. 369-383; ambos com acesso via [Institute of Foreign and Comparative Law: http://www.jstor.org/stable/23247658](http://www.jstor.org/stable/23247658).

⁽⁸⁵⁸⁾ Dando nota da cunhagem e investigação continental alemã por parte de Günther JAKOBS, com referência ao ano de 1985 e desenvolvida até ao ano de 2000, e perspectivando os pontos comuns (actuação —radical?— perante pessoas ou circunstâncias de extrema gravidade onde se não detecte qualquer processo de inserção ou respeito pelos princípios e valores jurídicos básicos —avaliação jurisdicional judicial? Sumária?), sem descurar as diferenças (actuação positiva em caso de dúvida e qualificação da actuação como bélica que não como criminosa: agente qualificado como inimigo que não investido nas garantias de uma cidadania), cf. Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Enemy Combatants 'versus' Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants in New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. n.º 11, n.º 4 (2008), pp. 529-562 (ISSN 1933.4206): [University of California Press: acesso em http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.2008.11.4.529](http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.2008.11.4.529).

de-se fundamentalmente com os problemas em torno dos actos de guerra; sobretudo, a guerra *doméstica* com carácter ideológico ou religioso e que perpassa fronteiras, via terrorismo e crime organizado, uma vez que coloca em confronto o mecanismo clássico de resposta dos regimes, seja em termos constitucionais, seja nos termos autónomos do próprio direito penal que carece de uma institucionalização e de um tempo de reacção. O Direito penal encontra-se assente em um cardápio de garantias que é vital para a afirmação de uma estrutura humanista global, mas quanto mais o legislador se procura adaptar *ao que corre*, mais se revela fatal para a eficácia. E a volubilidade, por sua vez, poderá contaminar e provocar uma verdadeira *sepsia* na tessitura das normas fundantes, com falências institucionais muitíssimo preocupantes e que, por isto mesmo, se dissemina inevitavelmente ao longo de toda a rede normativa ocupando os regimes sancionatórios existentes. Com efeito, o problema das «cláusulas gerais» e da variabilidade do que se descobre vai colonizando outras disciplinas onde também se impõem «medidas de segurança» perante o que se vai tornando comum e que consiste, por ex.^o, em posturas de desprezo perante as prescrições, a nível interno, ou — ex.^o dos novos turismos ⁽⁸⁵⁹⁾— de uma desobediência activa transfronteiriça ⁽⁸⁶⁰⁾. Mas, pergunta-se: como reagir?

O direito penal do inimigo, enquanto fórmula diagnóstica, oferece-se simpaticamente a superar essa tão presente solução de *Pangloss* com que cada um de nós tem razões para se sentir anódino em multidão sem contudo se conformar com as promessas de que tudo será melhor depois... Como terapêutica, quer-se como ponte perante um abismo que ameaça o Estado-de-Direito —ambicionado, palpado e universalizável—, abismo esse em que ninguém gostaria de ser precipitado. E esse perigo existe: a justificação da necessidade preventiva pura e dura —verdadeiramente retributiva afinal— pode transformar um cidadão em inimigo mediante os jogos das necessida-

⁽⁸⁵⁹⁾ Por ora e por todos, cf. André DIAS PEREIRA, *Um Direito da Saúde para a Europa*, in: DEBATER A EUROPA, Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20. N.2/3 Janeiro/Dezembro 2010 – Semestral ISSN 1647-6336, disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>.

⁽⁸⁶⁰⁾ Os desenvolvimentos sobre este assunto podem ser remetidos para os estupendos ensaios de Günther JAKOBS e Miguel POLAINO-ORS, contidos em: *Terrorismo y Estado de derecho*, Ed. Universidad Externato de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2009 (ISBN 978-958-710-446-2; EPUB 978-958-772-015-0).

des das regras da diminuição necessária das protecções da personalidade em circunstâncias objectivas violentas.

Com o desvalor de um perigo de quem se desvie de uma conduta reconhecível pelo Direito segue-se um curso que parte da alteridade até à perda de fatias de cidadania (na personalidade inata terá sempre de se deter a maleabilidade necessária). Uma ordem de transformação do *hospes* em *hostis*, mudando o plano da culpa pela da gravidade da sequela da acção; mas sem culpa? Verdade seja dita, é exactamente no campo da prevenção que se joga o bom senso do quotidiano desejável, e pergunto: quem quer perder o senso? Se a intolerabilidade da conduta ditar a pena, aquela bastará para fazer acorrer ao dano e é uma nova teoria de causalidade para a responsabilidade civil que está também entre mãos. Com novos *dinamómetros* evidentemente: a medição do peso do perigo e da intolerabilidade ditará a censura ao que de inimigo exista em um cidadão. Tudo perigoso porém, tudo excepcional a combater excepções (mesmo em casos contados, como seja o do terrorismo e das organizações criminais à cabeça). Acima de tudo porque o mecanismo existe já nos interstícios internos dos sistemas. Aí estão disponíveis em matérias avulsas inúmeros exemplos indiciários de excepções que constituem o cerne onde se desenvolve esta teoria; as questões que suscita podem ser reduzidas a um ponto de (in)tolerância, na medida em que se aceite ou não a compressão de valores mais elevados. Penso na proibição de condução de veículos automóveis sob o efeito do álcool ou de estupefacientes ou da avaliação da existência no organismo de determinada medicação ou o controlo analítico regular de determinadas profissões ou a própria medicina do trabalho; a solução da oposição para a recolha de órgãos em caso de morte; o despiste e intervenções quanto a doenças contagiosas. É o perigo e apenas o perigo que está em causa e ninguém duvidará que o perigo basta para colocar os problemas em causa.

Seguindo por aqui, a compreensibilidade exige agora centrar no desvalor; desvalor da perda da garantia de vigência do Direito onde seja necessário prevenir factos futuros graves e reveladores da impotência da reacção dos mecanismos próprios do Estado de Direito. Para já o fenómeno da «hetero-administração» produz uma tutela de despersonalização parcial em inúmeros campos e sectores ⁽⁸⁶¹⁾ e a um novo eventual novo paradigma de um *sistema*

⁽⁸⁶¹⁾ Cf. Günther JAKOBS, *Terrorismo y Estado de Derecho... cit.*, loc. 506 e ss. de 2229.

do injusto (de organização) em substituição do clássico paradigma individual da culpa ⁽⁸⁶²⁾. Os planos de intersecção parecem-me inegáveis mas insusceptíveis de substituição: o fenómeno penal acaba por se personificar em respostas individuais com aportes e recortes variáveis que não se subsumem a precedentes. A circunstância individual da reincidência, por exemplo, nem sequer é seguramente repetível, mas apenas constitui alerta e fonte de censura pela insistência em voltar a percorrer um caminho vedado: a frustração de uma aprendizagem não conseguida.

A enunciativa eficácia assenta muitíssimo bem às procuradas soluções para problemas (também penais, mas não só) em direito da medicina. Veja-se: para o lesado, uma perspectiva eventual da certificação dos comportamentos ser feita logo no paradigma organizacional colectivo é vantajosa. Por um lado, basta ponderar em uma persistente variação das *infecções hospitalares*, com incidências muitíssimo significativas ⁽⁸⁶³⁾ e que despertam com facilidade

⁽⁸⁶²⁾ Cf. Miguel POLAINO-ORS, *Terrorismo y Estado de Derecho... cit.*, loc. 553 e ss. de 2229.

⁽⁸⁶³⁾ As infecções hospitalares ou infecções nosocomiais são problemas compreensivelmente existentes nos hospitais, mas que, hodiernamente, suscitam questões de responsabilização decorrentes da detecção de desvios à especial atenção aos deveres de esterilização que sejam exigíveis. Por infecção nosocomial refiro aqui a que resulta do internamento hospitalar por *agente infeccioso* que não estava em incubação no paciente no momento da admissão tal qual seja possível determinar pelos exames de diagnóstico que, em regra, são feitos em consequência da entrada em urgência ou previamente ao internamento ou, por via cruzada, com outras infecções detectadas ou inspecções. A verdade é que estão associados a uma morbidade muito elevada, com números sempre impressionantes quando reportados, por ex.º aos EUA (onde a *contabilidade* parece ser mais *agressiva*): assim segundo J. A. MONTEIRO, *Infecções Nosocomiais. Alguns Aspectos*, in *Acta Médica Portuguesa*, 1993, n.º 6, pp. 135-140, a incidência hospitalar em torno dos anos 90 do século passado podia atingir uma média 5% de hospitalizados (chegando a cerca de 2 milhões de doentes) e que «seriam a causa de um prolongamento do tempo de hospitalização de cerca de 13 dias». E André Dias Pereira (cf. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, p. 93) dá notícia de números em torno dos 400 000 casos de que podem resultar mais do que 18 000 mortos anuais, a duplicar as tristes estatísticas dos acidentes rodoviários em qualquer dos itens. Para este cadinho remeto alguns desenvolvimentos preocupantes que integram uma questão igualmente fulcral, a saber: a da «Fiabilidade Institucional» e respectiva «dimensão estruturante» e a «acreditação das organizações de saúde»; sobre a questão indico os estudos que neste aspecto têm sido levados a cabo por José FRAGATA; cf. José FRAGATA e Luís MARTINS, *o Erro em Medicina. Perspectiva do Indivíduo, da Organização e da Sociedade* (colaboração de Cláudia BORGES e Daniel PROENÇA DE CARVALHO), Almedina Ed., Coimbra, 2006, ISBN 972-40-2347-8, de onde destaco pp. 36 e s. e pp. 121-145 (*como evitar os erros...*); José FRAGATA, *Risco Clínico. Complexidade e Performance* (colaboração de SEABRA SANTOS; Pedro PITA BARROS, Mercedes BILBAO, Isabel FRAGATA; e Margarida FRANÇA), Almedina Ed., Coimbra, 2006, Dep. Leg. 242854/06, de onde destaco o artigo de Margarida FRANÇA, *A Acreditação em Saúde*, pp. 333-343.

de a ideia de o *ambiente* hospitalar ser um terreno inimigo, hostil, e habilitam a respectiva responsabilização em sede de direito civil ⁽⁸⁶⁴⁾. Por outro lado, as equipas médicas criam laços de coordenação actuante onde a liderança não convive fora de termos objectivos com a disseminação da negligência palpável de uma intervenção ⁽⁸⁶⁵⁾. O mesmo é dizer: se aos olhos de um observador judicial a intervenção médico-medicamentosa é seguramente negligente, ainda assim, a sua concreta adjudicação pode quedar-se indeterminada, esvaindo-se entre os profissionais de saúde envolvidos. Por seu turno, a ausência do respeito pela recusa — pelas opções possíveis que são negadas ao lesado — torna-se por esta via fonte menos equívoca de danos na esfera físico-psíquica que não apenas na liberdade assim consumida em dores e reduções de carácter material. E não se opõem dificuldades em transpor o que seja individual ao colectivo, pois, seguindo agora de perto Kindhauser, estamos exactamente em campo das interpolações congruentes de uma esfera de organização onde a *contaminação* decorre da intercalação de actuações reciprocamente vigiadas ⁽⁸⁶⁶⁾ ainda segundo éticas de responsabilidade de acordo com as quais se constata um aumento de risco, até objectivamente perspectivado, inevitável em actividades médicas. Para recentrar a tese de Jakobs, porém, haverá que traçar sempre uma linha que afaste tentações —

⁽⁸⁶⁴⁾ Por todos, cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, pp. 61 e s.; sobre os custos associados, em termos comparativos, cf. 103 e ss. com as minuciosas referências bibliográficas; 638 e ss. (com indicações jurisprudenciais em Portugal, Espanha, Itália e França); 711; e perspectivando uma solução de *lege ferenda*, para a qual analisa os indícios de soluções apontadas pelos vários ordenamentos jurídicos em sede de Direito Comparado, cf. pp. 743-755. Cf. ainda: Paula BRUNO, *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal – Erro em Medicina*, CDBM|FDUC n.º 20, Coimbra Editora, 2010 (ISBN 978-972-32-1881-7, *passim*); Rui Miguel Prista Patrício CASCÃO, *Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária*, in *Lex Medicinæ*, n.º 1, ano 1.º, Coimbra Editora, 2004, ISSN 1646-0359, pp. 97-106; Carla AMADO GOMES, *(Ir)responsabilidade do Estado por transfusão de sangue com HIV: a tradição ainda é o que era (?)* — *Ac. STA de 14/12/2005, proc. n.º 351/05 anotado*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 57, CEJUR, Maio|Junho, 2006, ISSN 0873-6294 p. 57 ss., sem esgotar.

⁽⁸⁶⁵⁾ Sobre danos iatrogénicos, i.e. sobre os efeitos adversos decorrentes da actuação dos profissionais, até onde o erro e os efeitos colaterais causam igualmente doença e dano, continuo a remeter, por todos, para André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... cit.*, pp. 107 e ss.

⁽⁸⁶⁶⁾ *Apud* Miguel POLAINO-ORS, *Terrorismo y Estado de Derecho... cit.*, loc. 600 e ss. de 2229.

mais ou menos obsessivas— em encontrar analogias entre autoria colectiva e individual ⁽⁸⁶⁷⁾.

Para a perspectiva organizacional, tenho de confessar ser impressionante discurrir em parâmetros de eficácia, ao menos para incrementar os deveres de diligência individuais (podendo exactamente a inversa, a *desculpação*, funcionar como fonte de incúria...). E leva a uma simplificação (para quem assuma de forma actualista que a celeridade constitui fonte de justiça) do processo de aferição das responsabilidades (embora intuitivamente muito mais rapidamente no campo civil, mesmo disciplinar, do que no campo penal, onde a individuação estará ainda duradouramente arraigada... e bem?). No campo penal tanto implica a tipificação dos crimes de organização (Jesús-Maria Silva Sanchez ⁸⁶⁸), se bem que incluindo as organizações lícitas perante actuações ilícitas (os Hospitais, assim, não difeririam muito das organizações financeiras) ⁽⁸⁶⁹⁾.

Esta última asserção apresenta todavia dificuldades a quem pretenda arrancar soluções à fonte inspiradora da doutrina do «direito penal do inimigo». Esta assenta em uma teleologia organizativa funcionalizada para a prática de ilícitos como finalidade, pelo que independentemente de ter de ultrapassar os casos em que tropeço em agentes criminais que nada mais fazem do que pensar em ilícitos, na revolução ou na destruição de ganadarias por ex.^o, teria ainda que circunscrever-se não apenas em organizações criminais mas incluir as não criminais. É um passe muito complicado. Posso circunscrever as actividades concretas em ambiente organizacional, é certo, mas receio um exemplo em que uma empresa de táxis e os respectivos condutores respondam em tribunal pelo incremento de ofensas e homicídios decorrentes

⁽⁸⁶⁷⁾ Para marcar bem a fractura e delimitar quaisquer apetites, cf. Antonio CUERDA RIEZU, *El Principio Constitucional de Responsabilidad Personal por Hecho Propio. Manifestaciones Cualitativas*, in AA. VV.: *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias...* Vol. I, *cit.*, pp. 127-183.

⁽⁸⁶⁸⁾ Cf. José de FARIA COSTA, *Bioética e Direito Penal...* *cit.*, p. 115, n. 4 e Miguel POLAINO-ORS, *Terrorismo y Estado de Derecho...* *cit.*, loc. 621 e ss. de 2229. JM Silva Sanchez preocupa-se evidentemente com o crime organizado, mas não deixa de inquirir a valia dogmática de aplicação a outras realidade, cf. ID, *ibid.*, loc. 760 e ss. de 2229.

⁽⁸⁶⁹⁾ Será mais para exemplos como o previsto no art. 162 do CP espanhol de 1995 quanto a manipulações genéticas: «*en los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable pertenecer a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*», em sentido análogo o tipo de crime previsto no art. 189.8 sempre do mesmo diploma.

do despacho publicitário de uma viagem mais rápida por uma condução mais agressiva, devidamente organizada para implementar lucros... Em suma: a exigência de requisitos extremos para considerar a aplicação de um «direito penal do inimigo», designadamente a excepcionalidade de estarmos perante perigos para a segurança dos cidadãos e para a sustentação do Estado de Direito conduz a que os mecanismos inerentes, obviamente eficazes, ofereçam dificuldades insuperáveis para o campo do direito da medicina. Posto isto, a especulação serve para justificar a manutenção do preceituado no art. 150.º do Código Penal, afastando de uma tipificação *natural* as actuações médico medicamentosas ⁽⁸⁷⁰⁾.

No caso concreto da LPMA colocam-se inúmeros problemas sobre o que apelido, um encarniçamento de criminalização ⁽⁸⁷¹⁾: a imprecisão do *direito penal da PMA* ⁽⁸⁷²⁾ constitui caso de estudo sobre o que não fazer em matéria legislativa: tomo o exemplo do confronto entre o art. 6.º e o art. 35.º da LPMA (este último penaliza entre 2 a 8 anos de prisão quem recorra à PMA com desrespeito pelo previsto no art. 6.º, n.º 2 da LPMA). De acordo com o art. 6.º, n.º 1, só as pessoas casadas (não separadas) e as unidas de facto podem recorrer a técnicas de PMA; e pelo n.º 2, só maiores de 18 anos de idade podem ser beneficiários. O n.º 1 fica sem protecção penal, pelo que podem ser beneficiários sem sequelas quem se situe fora do enquadramento legal; e pelo n.º 2 retira-se com dificuldade —digo eu no plano concreto de uma aferição que não pode ser objectiva e menos ainda formal—que um ou uma jovem de 16

⁽⁸⁷⁰⁾ Para mais desenvolvimentos sobre as perspectivas críticas ao «direito penal do inimigo» veja-se a sua «filiação» em torno de um modelo estruturado de «substituição do bem jurídico» no campo de um funcionalismo sistémico que promove a eleição permanente do que seja a leitura da narrativa normativa do que é entendido como «dano social», uma «estabilidade» interpretada de acordo com as estruturas do político (senão pior), sentido em que julgo compreender a lição de José de FARIA COSTA, *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal*, in *RLJ*, ano 142, n.º 3978, Janeiro-Fevereiro de 2013, pp.158-173, *maxime*163 e ss., para onde remeto os desenvolvimentos e a integração nas vertentes dogmáticas possíveis e alternativas.

⁽⁸⁷¹⁾ Para desenvolvimentos remeto para o excelente estudo de Rafael VALE E REIS, *Responsabilização Penal na Procriação Medicamente Assistida — A Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Opções Legais Duvidosas*, in *LexMed*, Ano 7, n.º 13, 2010 (ISSN 1646-0359), pp. 69-93. Dando notícia ainda mais assustadora, para a legislação italiana, sem deixar de fornecer uma perspectiva muito assertiva de direito comparado, cf. Emilio DOLCINI, *Responsabilità del Medico e Reati in Materia di Procreazione Assistita*, in AA. VV.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias...* Vol. III, *cit.*, pp. 289-315.

⁽⁸⁷²⁾ Cf. José de FARIA COSTA, *Bioética e Direito Penal...* *cit.*, p. 118 e ss.

anos, emancipado e casado, terá de esperar 2 anos até permitir que o casal se beneficie da PMA, independentemente até do outro ter já completado 18 anos. Fico com dúvidas sobre se o sentido literal serve o pensamento legislativo. Em torno do art. 38.º da LPMA resulta estranhíssimo o tipo de crime que decorre de criar «quimeras ou híbridos para fins de PMA», mesmo a inversa permaneceria em terreno de perplexidade. O problema será o de criar quimeras ou híbridos. Talvez se quisesse escrever: «a pretexto da PMA» e, então, a discussão seria outra. Ensina lapidarmente José de Figueiredo Dias:

«não é função do direito penal, nem principal nem secundário, titular a virtude ou a moral.»⁽⁸⁷³⁾.

XV. § 2.º Ascendência genética e ascendência juridicamente estabelecida

Existe um leque de matérias igualmente polémicas correlacionadas com a LPMA, entre as quais e à cabeça, se encontra o direito de conhecer aspectos ligados a origem genética, incluindo a identificação dos dadores.

Tempos houve em que mercê de ser inquestionável a realidade do brocardo: *mater sempre certa est...* as interrogações restringiam-se —deito fora os casos *de roda*⁽⁸⁷⁴⁾ por se situarem exactamente no pólo oposto: o da procria-

⁽⁸⁷³⁾ Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., 2007, pp. 111 e s.». para outros desenvolvimentos, cf. José de FARIA COSTA, *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal*, in *RLJ*, ano 142, n.º 3978, Janeiro-Fevereiro de 2013, pp.158-173.

⁽⁸⁷⁴⁾ Sobre a abolição da «roda dos enjeitados», desenvolvidamente, cf. André Dias Pereira, *Os Direitos dos Pacientes e a Responsabilidade Médica... cit.*, pp. 56 e ss. A roda dos expostos ou dos enjeitados é a designação institucional (Pina Manique, 1783) organizada em Portugal para recolha das crianças abandonadas e entrega ulterior à Casa Pia de Lisboa. O cunho, porém, proveio dos mecanismos conventuais de recepção e entrega de coisas nos mosteiros, conventos, lazaretos, etc., cf. NEL, 20, pp. 6073 e s. Verdade é que o abandono das crianças justificou até que Aristóteles pugnassem ser preferível a alternativa abortiva e «... que o tema da criança abandonada e recolhida era popular encontra-se na base da história de Édipo, por exemplo.», cf. Angus MCLAREN, *História da Contracepção: da antiguidade à actualidade*, Terramar Ed., 1997 (ISBN972-710-157-7), p. 41. Um caso com alguma actualidade foi discutido e decidido no TEDH, cf. Ac. Odiévre v.º França, de 13/02/2013, no sentido de ser aceitável a restrição de efectividade do direito subjectivo ao conhecimento da respectiva família biológica, com o respectivo sumário acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=oCDgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.pgr.pt%2FPortugues%2Fgrupo_bases%2Fjurisprudencia%2F

ção e filiação indesejadas— em torno da interrogação sobre a solução a dar à determinação de uma paternidade biológica por confronto com outra ou outras *paternidades* possíveis. O desejo de ter filhos decorre e conduz, pelas mais variadas razões, a soluções onde a *verdade* se mostra, aliás, de muitas maneiras diferentes e, até, antagónicas entre si.

[2003%2FODIEVRE_C_FRANCA.pdf&ei=R_OGU9DvBK7oQW2hYGADg&usg=AFQjCNFmxO2DKO8eaOnpB7lPRjMph433WA&sig2=wwc65eaDqpfh8nK3zThSGQ&bvm=bv.67720277.d.d2k](#) . Tratou-se de um caso em que a requerente foi abandonada à nascença, em 1965, ao abrigo de um regime vigente no ordenamento jurídico francês apelidado comumente como «parto sob anonimato». A requerente pretendeu apurar a sua ascendência, o que lhe foi negado (o Ac. faz referência a outras decisões conexas com os vários assuntos, designadamente com o sentido e alcance do preceituado no art. 8.º da CEDH, que não exclusivamente com a questão da verdade biológica, como é paradigmático o último Ac. citado (caso português): «Marckx vs. Bélgica, Ac. de 13 de Junho de 1979, Série A, n.º 31; Gaskin vs. Reino Unido, Ac. de 7 de Julho de 1989, Série A n.º 160; Bensaid vs. Reino Unido, queixa n.º 44599/98, Ac. de 6 de Fevereiro de 2001; Mikulić vs. Croácia, queixa n.º 53176/99, Ac. de 7 de Fevereiro de 2002; X, Y e Z vs. Reino Unido, Ac. de 22 de Abril de 1997, *Recueil des arrêts et décisions, 1997 – II*; M. G. vs. Reino Unido, queixa n.º 39393/98, Ac. de 24 de Setembro de 2002; Johansen vs. Noruega, Ac. de 7 de Agosto de 1996, *Recueil...*, 1996 – III; Kutzner vs. Alemanha, queixa n.º 46544/99, de 26 de Fevereiro de 2002; Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, queixa n.º 33290/96, Ac. de 21 de Dezembro de 1999).

A verdade é que o regime francês, mais restrito, acabou amenizado após a legislação de 22 de Janeiro de 2002. Para desenvolvimentos sobre a questão do alcance e concretização de um direito ao conhecimento em termos genéticos remeto, por todos, para Rafael Luís VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, CDBM|FDUC n.º 12 (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., 2008 (ISBN 978-972-32-1582-3), *passim*. E para uma perspectiva actual de Direito comparado, cf. AA.VV (Dir. Brigitte FEUILLET-LIGER), *Procréation médicalement assistée et anonymat: Panorama international*, Emile Bruylant Ed., 2009 (ISBN 978-280-27-2689-0), onde pontifica o estudo de Guilherme de OLIVEIRA | Rafael VALE E REIS, *Anonymat du donneur au Portugal*; pp. 239-250; Richard J. BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths — A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, (dissertação de doutoramento), Intersentia Ed., 2009 (ISBN 978-90-5095-913-1), A. que retira do relativismo —«sempre que possível»— preceituado no art. 7.º, n.º 1 da Convenção dos Direitos da Criança a inevitável consequência de os ordenamentos internos poderem sempre levar longe de mais a possibilidade de retrain um direito informacional de primeira ordem como o é o do apuramento individual sobre a respectiva identidade genética e corresponde percurso humano. Muito difícil será negar a virtude do pensamento de John ECKELAR, quando pugna por uma hierarquização que coloque em primeiro lugar, e por princípio, a satisfação da descoberta da narrativa individual, ditada por um tribunal ou autoridade, sobre o que acaba por serem segredos comuns cujo destino, por banda dos progenitores genéticos, pode acabar em um exercício de poder levado até à tumba, mas extraível desta, cf. ID, *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, 2006, p. 76, *apud* Richard J. BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths... cit.*, pp. 377 e ss. Cf. ainda João Carlos LOUREIRO, “O nosso pai é o dador n.º XXX”: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação...”, in *Lex Medicinæ*, Ano 7., n.º 13 (2010: ISSN 1646-0359), pp. 05-42.

Partindo deste pressuposto, uma questão perfila-se imediatamente, qual seja a de permitir ou não apurar a proveniência genética do filho e como resolver casos com respostas múltiplas? Contudo, esta interrogação já não se suscita exclusivamente para a paternidade heteróloga mas actualmente é igualmente válida quando situada em caso de uma fertilização de óvulos das mulheres, por exemplo, por óvulo doado por uma terceira mulher em relação aos conviventes que lhe solicitam essa colaboração para o projecto de filiação a que se propõem —problema que pode cruzar-se com a doação de sémen também heterólogo. Este óvulo pode ser *transplantado* para o útero da mulher do casal, que o não consegue produzir mas está em condições de concretizar a gravidez assim provocada ⁽⁸⁷⁵⁾.

A procriação situa-se no foro da intimidade individual e tanto basta para introduzir o devido recato a estes assuntos. Se a vontade em ter filhos esbarra na impossibilidade e se verificava o recurso a um terceiro logo soam os sinos dando alerta para as matérias clássicas da privacidade e da intimidade da vida familiar, para os deveres para com as crianças, para o conteúdo do estatuto do casamento, ou para os da maternidade e da paternidade, etc. ⁽⁸⁷⁶⁾. A

⁽⁸⁷⁵⁾ Será este um caso de FIV heteróloga por banda da mulher (doação do óvulo), e, no caso também por banda do homem. Impõe-se esta segunda premissa no raciocínio para configurar o que trato neste texto, i.e., do ordenamento jurídico português, a filiação quanto à mãe «resulta do facto do nascimento...», cf. art. 1796.º, n.º 1, do C.Civ. É certo que a designação da dadora heteróloga será a de mãe genética e a da mãe em relação a quem será fixada a maternidade, mãe *gestadora*. As razões para alvitrar especulações colocaram-se até que o art. 10.º, n.º 2, da LPMA esvaneceu a questão, por força do facto de a mãe genética poder obter exame que lhe demonstrasse a maternidade. Na ausência de um preceito análogo ao do art. 1839.º, n.º 3, do C.Civ. a alternativa seria a de recorrer a uma interpretação análoga, cf. art. 10.º C.Civ. Em rigor, em raciocínio apagógico, se o intérprete tivesse que criar uma norma com recurso ao sistema jurídico chegaria à mesma solução. Já se verá a questão.

⁽⁸⁷⁶⁾ Não descarto —antes me parece de todo plausível—, que em um futuro mais ou menos breve a questão receba novas *lentes* por onde seja perspectivada. Os projectos de convivência já resultam —em regra— de relações verdadeiramente sentimentais; e estas, menos susceptíveis aos anacrónicos *sacrifícios* do *até-que-a-morte-nos-separe*, dão azo a famílias multifacetadas, alargadas e sucessivas, sobretudo pela perspectiva dos menores dependentes. Por outro lado, as fronteiras geográficas e humanas diluem-se e as correntes migratórias aceleram as mobilidades, sendo de aceitar uma consequente diversidade de pessoas, desapegadas de lugares, com diferentes posturas e compromissos... Tudo me diz que as relações a dois —tal qual resultam da nossa legislação familiar— podem de um momento para o outro revelaram-se restritivas e insatisfatórias e institucionalizarem-se novos quadros de convivências de *pluripessoalidade*, que em tudo se podem conjecturar análogos aos que já alimentam as necessidades que levam o legislador a, passo a passo, inserir no plano dos direitos os que ocorrem serem reivindicados pelos unidos de facto. O Estado Social —ou o que dele sobre— receberá por aqui uma bolsa de oxigénio, pois o incremento da inerente solidariedade comunitária convive com a dieta a que parece destinado. Para a filia-

PMA pouco alarga o círculo de pessoas envolvidas e, muito provavelmente, alarga-o exortando deveres de sigilo e outros cuidados, ou seja, acaba por estreitar ainda mais o que na primeira situação decorria em princípio da intimidade.

Tempos houve —em rigor hoje ainda— em que, em termos de facto, tratando-se de progenitor heterólogo os eventuais problemas decorriam ou eram sanados pela aquiescência do putativo progenitor e em torno da aceitação —de um consentimento—, verificando-se ou não, se resolvia juridicamente o que havia a resolver ⁽⁸⁷⁷⁾. Daqui se compreende com nitidez que a regra geral fosse colhida exactamente no *canteiro* do que se pretendia dever acontecer. Havia que averiguar os progenitores que não se manifestassem como tais e determiná-los.

Existindo consórcio, ao homem do casal cabia por regra o que a natureza lhe devia ter facultado: a prole, sua, suada ou não. Pela procriação se mantinha o nome e a prossecução da linhagem e a paz na órbita familiar, com a organização da fazenda, etc..

A razão clássica sobre a «manutenção da paz familiar» será antiquíssima ⁽⁸⁷⁸⁾ e a esta adicionam-se outros motivos: a estabilidade, o compromisso, o

ção, tanto poderá representar uma cartografia em que as *responsabilidades* por alimentos sejam susceptíveis de serem reguladas por novos princípios: de *oportunidade* e de *subsidiariedade*, onde o ajuste falhe ou seja de repudiar. A filiação genética será mais um resquício eventual a ser ponderado; um incidente que merecerá ser analisado mais por questões de saúde, do que por outras. Persistirá desejavelmente uma tutela jurisdicional (judicial?), ao menos em regime de observatório, que sustente a estrutural prevalência dos *superiores interesses face á vulnerabilidade*, neste caso dos menores. Caberá o sustento, com as partilhas possíveis, a quem se encontre melhor posicionado e fornido. Em termos objectivos e pragmáticos, nada haverá a recear desta futurologia para os menores. Não guardo em memória nada que desaconselhe a histórica inserção de menores em famílias numerosas... pelo contrário, o (pre)conceito é para estes casos o da felicidade. É certo que o individualismo usualmente funciona como contraponto que grassa nestes ambientes: a ser assim, para a PMA, a persistir, não me admiro que se ofereça sobretudo como surge: um primeiro apetite individual, de liberdade e de responsabilidade oferecidas a quem a queira partilhar em regime de subsidiariedade.

⁽⁸⁷⁷⁾ «Nasce Florbela na Rua Angerino em Vila Viçosa, no dia 8 de Dezembro de 1894, fruto das relações de João Maria Espanca com Antónia da Conceição Lobo, mulher humilde. Estas relações são consentidas pela mulher de João Maria Espanca, Mariana do Carmo, que durante anos não consegue ter filhos.», cf. Concepción DELGADO CORRAL, *Florbela Espanca: Asa no Ar, Erva no Chão*, Tartaruga Ed., 2005 (ISBN 972-95518-8-X), p. 27.

⁽⁸⁷⁸⁾ Eis um *valor* cujo desrespeito representa uma desordem que, de tanto afligir, alimentou também a presunção de que a filiação resulta por presunção *apertada* do consórcio matrimonial. Sem inquirir mais (para o propósito sobra) peço emprestado das lições de Manuel COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez (para uso dos seus discí-*

desarranjo provocado pela aceitação da recusa ulterior de quem consentiu no adultério ou na infidelidade ⁽⁸⁷⁹⁾, caso fosse configurada; a saúde que a consanguinidade assombra ⁽⁸⁸⁰⁾, etc.

pulos), Tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1844 (Secção 3.^a; Capitulo I, § 275), pp. 172 e ss. o seguinte trecho, sobre a filiação, que simplifiquei: «... É um efeito do matrimonio, porque as leis reputão Pai legitimo dos filhos de uma mulher casada o marido desta, ainda que ella o negue (...) ou que seja convencida de adultério, (...) A regra *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (...) apesar de ser meramente fundada na presunção que se deduz da convivencia, união, e deveres dos conjugues, tem sido consagrada por todos os legisladores, como indispensavel para conservar a tranquillidade dos matrimonios, e o estado das familias. O contrario só serviria de multiplicar letigios vergonhosos, impossiveis de terminar, e de minar os fundamentos da sociedade civil (...).» Serve-me isto, prévio à codificação portuguesa, para fundar a convicção de que as redacções das sucessivas normas sobre a filiação tiveram, por motivos evidentemente complexos, uma sobrevalorização do estatuto do filho e a sua protecção (com deferentes gradações, está bem de exemplificar com a legitimidade e ilegitimidade) do que a preocupação da descoberta da verdade, algo a que a Ciência apenas recentemente chegou. Assim se explica igualmente a valorização dada à prática (art. 1799.º do C.Civ. 1966) e ao consentimento em procriação heteróloga (cf. art. 1839.º, n.º 3, C.Civ.), a que se associará —mas não apenas— como razão de ser a justiça de um compromisso assumido e a expressa intenção de retirar veleidades à potenciação utilitarista da revogação enquanto projecção de uma faculdade do direito de personalidade, a este respeito cf. Francisco PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I: *Estabelecimento da Filiação; Adopção* (colaboração Rui Moura Ramos), Coimbra Ed., 2006 (ISBN 972-32-1385-0), p. 143. Sobre agora, inquietante, a posição de um filho a quem a ciência já pode apontar a origem biológica...

⁽⁸⁷⁹⁾ Uso aqui a expressão cunhada por Guilherme de OLIVEIRA (adultério consentido) para de forma assertiva delinear o repúdio com que se ilustra os perniciosos efeitos de um falacioso silogismo positivista, in *Mãe há só... duas: O Contrato de Gestação*, Col. Argumentum 2, Coimbra Ed., 1992 (ISBN 972-32-0614-5), p. 11.

⁽⁸⁸⁰⁾ Tanto quanto parece, o coeficiente de consanguinidade diverge entre o Direito e a Genética, já que para esta a contagem dos graus entre os parentes colaterais é diferente, reduzindo o número de graus, pois tudo dependerá de os consanguíneos possuírem em comum determinado número de ancestrais comuns, e a respectiva possibilidade de serem portadores dos mesmos genes autossómicos, ao contrário do que ocorre na linha recta onde coincide a contagem dos graus, assim, «Quando se estuda o padrão de herança das anomalias recessivas enfatiza-se que, entre os indivíduos afectados por elas, a percentagem dos que são filhos de casais consanguíneos pode atingir valores muito altos, porque tais casais têm maior probabilidade de gerar filhos homozigotos do que os não-consanguíneos. (...) Os fundamentos para o entendimento do efeito dos casamentos consanguíneos sobre a composição genótipica das populações foram lançados por um número muito restrito de geneticistas na primeira metade do século vinte. Dentre os trabalhos por eles publicados é obrigatório destacar os de Wright (1921,1922,1951), Dahlberg (1929,1938,1948), Haldane e Moshinsky (1939) e Malécot (1948), sem os quais o presente capítulo não poderia ter sido escrito.» (...) «No cômputo geral (...) predominam as evidências de que os casamentos consanguíneos não ocorrem aleatoriamente na maioria das populações humanas (Haldane e Moshinsky, 1939; Hajnal, 1963)»; para mais desenvolvimentos cf. Bernardo BEIGUELMAN, *A Genética das Populações Humanas*, Sociedade Brasileira de Genética, Ed. Ribeirão Preto, 2008, pp. 83-148;

Hoje, as razões multiplicam-se: o problema não se situa já no foro do matrimónio, nem tão pouco das uniões de facto, mas entre conviventes que comunguem um qualquer projecto de filiação. A intervenção de pais resultam agora nos que o sejam em termos biológicos e nos que sejam pais *afectivos* possíveis, e as intervenções *procriativas* das mães podem *arrastar* em termos biológicos, segundo constata e ensina Vera Lúcia Raposo, até cinco *envolvidas* em uma hipótese que não deixa de ser configurável:

«Imagine-se que uma mulher contrata com outra para que esta gere um filho que lhe será entregue no final. Mas o embrião será gerado a partir do óvulo de uma terceira mulher. Sucede, porém, que os óvulos desta outra mulher necessitam de ser enriquecidos com ADN mitocondrial proveniente de uma outra mulher; e são ainda objecto de um transplante de núcleo, núcleo esse proveniente de uma quinta mulher.»⁽⁸⁸¹⁾

O texto obriga a pequeno excuro em torno do problema da mãe de substituição.

XV. § 3.º Maternidade de substituição

Para que isto fosse assim, necessário seria ultrapassar uma possibilidade vedada pela lei portuguesa e que implica o recurso a uma «mãe de substituição», isto é, «... qualquer situação em que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.», acordo (*negócio*) que em termos onerosos ou em termos gratuitos é nulo, cf. art. 8.º, n.º 1 e n.º 2 da LPMA. Também neste aspecto é lapidar Guilherme de Oliveira, com quem afirmo já convir:

«Só me é possível confessar o sentimento de que há preconceitos sobre que assentam muitos dos aspectos relevantes da vida humana — como o preconceito do primado da dignidade da pessoa. É possível que a afirmação de que o homem está fora do comércio jurídi-

As Restrições aos Casamentos entre Parentes: Capítulo 5: A Consanguinidade acessível in <http://lineu.icb.usp.br/~bbeiguel/Genetica%20Populacoes/Cap.5.pdf> pp. 85, 87.

⁽⁸⁸¹⁾ Cf. Vera Lúcia RAPOSO, *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, CDBM|FDUC, 10, Coimbra Ed., 2005 (ISBN 972-32-1345-1), p. 140, n. 203. A sofisticação decorrente do enriquecimento do ADN mitocondrial acrescenta ainda mais uma maternidade às 4 de que Guilherme de OLIVEIRA já dera notícia em 2001, in *O sangue e o direito — entre o ser e o pertencer*, in *Temas*, 2.ª ed.,... cit., pp. 260-275, maxime 271, n. 21.

co não passe de um preconceito, mas será daqueles cuja eliminação tem vantagens muito duvidosas, qualquer que seja o propósito dos seus oponentes.»⁽⁸⁸²⁾.

Pois sim, mas a posição de princípio do Mestre a respeito dos acordos de substituição na maternidade foi sendo alicerçada até 1992, quando as linhas citadas vão à estampa, e, determinada para a *contratação* onerosa, permanece com inequívoca actualidade, mais de 20 anos após. A pecúnia possui o condão de macular e sublinhar a reificação que se entrelaça nestes acordos de promessa, como acontece em relação aos transplantes, e que claramente envolvem a mãe gestacional. A maternidade imbrica-se na dignidade, e tanto basta para não deixar ninguém indiferente sobre os efeitos perversos de um conflito acerca do cumprimento do dito acordo, em que as legitimidades são ferozmente concorrentes⁽⁸⁸³⁾.

O princípio *pacta sunt servanda* quadra muito mal com os direitos de personalidade onde a indisponibilidade talvez não sirva o exercício pragmático que seja eficaz, mas não quadra mal para a prossecução do interesse público legislação que a acautele⁽⁸⁸⁴⁾.

⁽⁸⁸²⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Mãe só há...* cit., pp. 38 e s., e adiante, sublinho o teor da nota 29, a pp. 42 e s.

⁽⁸⁸³⁾ Dando nota de inúmeros AA. e de uma vastíssima bibliografia, sublinhando existir um rol de argumentos contra, desde a analogia com o contrato de trabalho, incremento de «gestações altruístas» com complicações familiares possíveis e ainda de argumentos sexistas, etc., cf. Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...* cit., pp. 29 e ss. Cf. também Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição do Próprio Corpo...* cit., pp. 596-600, de onde destaco ainda a bibliografia citada.

⁽⁸⁸⁴⁾ Sublinho um exemplo recolhido na legislação espanhola cuja bondade me deixa dúvidas: no art. 5, n.º 1 da citada Ley 14/2006 (BOE N.º 126, 27/05, afirma-se que o contrato de doação de gâmetas e embriões é gratuito, formal e confidencial celebrado entre o doador e centro autorizado, e, depois, acrescenta-se: «2. La donación sólo será revocable cuando el donante precise para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.». Não vejo razões para retirar daqui todas as consequências do princípio da não onerosidade sobre a *transmissão* de órgãos, tecidos, fluidos biológicos, etc. do ser humano, pelo que entendo perfeitamente que a recusa posterior fique condicionada a uma necessidade e fora do puro alvitre. Mas a necessidade reduzida ao que fica tipificado é redutora (basta imaginar que o/a doador/a descobre uma diferente proveniência biológica e essa informação reestrutura radicalmente a sua posição perante a vida...). Por fim, colocar uma contraprestação de custos, especialmente quando as técnicas de PMA permitem perceber remunerações da actividade prosseguida pelos centros, é reintroduzir a afastada questão da onerosidade. E repito, no caso da lei espanhola terá o carenciado de pagar o que generosamente doou; parece um regime abusivo análogo a uma cláusula leonina. A legislação portuguesa é omissa, e, conseqüentemente parece radical, mas a questão é suscitada pela nossa melhor doutrina e será algo controversa, seja para as eventuais compensações atribuíveis aos doadores (no caso feminino é impressivo o argumento

E o nosso ordenamento, para a adopção —onde o interesse a acautelar se desvia logo para a criança— impõe à Mãe que pretenda entregar um seu filho para ser adoptado passe primeiro por um período de reflexão de seis semanas, acautelando-lhe um eventual «consentimento precipitado» ⁽⁸⁸⁵⁾.

E prosseguindo agora no esteio dos raciocínios do Mestre de Coimbra, também em relação a uma adopção com que se queira «mascarar» um contrato correlacionado com a gestação heteróloga, haverá que tomar em conta a possibilidade de revisão da sentença caso se verifique uma deficiência no consentimento esclarecido prestado pela mãe gestacional, cf. arts. 1990.º, n.º 1, al. a), do C.Civ. (designadamente para o consentimento prestado até ao que se verifique na diligência a que alude o art. 1982.º, n.º 1, do C.Civ.), nos termos e prazos previstos no art. 1990.º, n.º 2 e n.º 3 e art. 1991.º do C.Civ., respectivamente. Exactamente em homenagem à regra da livre revogabilidade da manifestação de vontade que envolva os direitos de personalidade, será de levar em conta a viabilidade da livre revogação do consentimento prestado até ao momento da confiança judicial, medida de promoção de confiança a pessoa seleccionada para o efeito ou a instituição em vista da futura adopção,

expendido pelo Professor Pereira Coelho e registado no Parecer 3/CNECV/2003 sobre PMA). Quanto a questões monetárias envolvendo as entidades autorizadas a concretizar técnicas de PMA, cf. o preâmbulo da Port. n.º 54/2009, de 09 de Fevereiro e respectivas remissões na sequência do Projecto de Incentivos à PMA, resultante do Desp. MS n.º 14 788/2008, 6|05, in *DR*, II, n.º 102, 28|05. Sobre o assunto remeto os desenvolvimentos apeteceíveis para Paula MARTINHO DA SILVA e Marta COSTA, *LPMA Anotada... cit.*, pp. 104 e ss., e, ainda, Paula MARTINHO DA SILVA, *CDHBio Anotada... cit.*, pp.70-72. Pessoalmente, creio que a questão da não onerosidade deve ser encarada de forma radical, de forma a premiar integralmente a solidariedade social. No que concerne à recusa posterior dos doadores a mesma será irrelevante, podendo apenas constituir um motivo para despoletar o preceituado no art. 11.º da LPMA, devolvendo aos profissionais de saúde envolvidos explicar um motivo técnico ou ético para recusarem prosseguir a actuação prevista. A doação cristaliza-se na esfera da entidade autorizada, materializando-se. Permitir a revogação por livre arbítrio soa a absurdo, algo como dar azo à faculdade de reclamar a reintrodução no organismo de material biológico objecto de uma biópsia.

⁽⁸⁸⁵⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, in Francisco PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, *Direito da Filiação*, Tomo I, *Estabelecimento da Filiação, Adopção* (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Coimbra Ed., 2006 (ISBN 972-32-1385-0), § 469, p. 297. Este prazo de seis semanas veio alargado do prazo de um mês e foi introduzido pela alteração provocada pelo Dec.-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, que colocou a nossa legislação em conformidade com o preceituado no art. 5.º, n.º 4, da Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, de 24 de Abril de 1967 (Resolução da AR n.º 04/90, in *DR*, I, de 31/01; ratificação operada pelo Dec. Presidencial n.º 07/90 de 20/02. As normas da Convenção começaram a vigorar no direito interno português em 26 de Julho de 1990, cf. art. 21.º, n.º 3 da CEMAC, após o depósito a que alude o Aviso publicado no *DR*, I, de 30 de Maio de 1990, cf. ID, *ibid*, § 471, p. 298.

ou, por fim, decorrido o prazo de caducidade de três anos previsto no art. 1978.º-A do C.Civ.. Em suma, até a um momento em que a irreversibilidade não contenda com as regras gerais previstas no art. 80.º do C.Civ.

Houve notícia de casos que destaparam controvérsia pública que permanece —senão se agudizou— a inflamar inteligências e práticas sociais e a alimentar litígios judiciais desde os últimos 20 anos do século passado ⁽⁸⁸⁶⁾. Mas a informação oriunda de outros ordenamentos, sobretudo aqueles onde a natureza contratual é assumida provocam reflexão acrescida perante novos argumentos e novas realidades, muito especialmente quando os acordos não envolvam o preconceito pecuniário ⁽⁸⁸⁷⁾. A este respeito, sem deixar de ter perspectivado logo com uma antecedência superior a dez anos em relação à opção legislativa portuguesa de 2006, a verdade é que Guilherme de Oliveira não deixou de consignar com a previdência que as mutações sociais podem acarretar:

«Quando os contratos não envolvam pagamento e são movidos por intenções altruístas, alguns sistemas jurídicos começam a dar sinais de que será possível e porventura vantajoso regular a sua formulação e o seu cumprimento. / Alguém escreveu que as novidades, nestes domínios sensíveis, começam por ser rejeitadas, passam a ser toleradas, e acabam por ser aceites. Se pensarmos no âmbito das intervenções médicas, conhecem-se modificações profundas na maneira de entender certos procedimentos. (...) / Não será muito surpreendente que a razão humana vá reconhecendo, aqui ou acolá, algumas vantagens na utilização do

⁽⁸⁸⁶⁾ O mais famoso que despoletou a controvérsia mantida até hoje foi o caso *baby M*, em que um casal (William e Elizabeth Stern) contratou com Mary Beth, casada, a sua inseminação medicamente assistida com gâmetas de William. O acordo envolveu os dois casais e visava a gestação e entrega da criança ao casal Stern após o nascimento. A quantia em causa foi de 10,000,00 \$. Mary Beth arrependeu-se e recusou a entrega de seu filho. As sucessivas decisões judiciais concretizaram as traves mestras do problema: validade de um contrato (sistema anglo-americano); reconhecimento da livre revogabilidade (liberdade e autonomia); superiores interesses da criança: entrega ao pai biológico, por ser este quem, com sua mulher, oferecia melhores condições educacionais, cf. 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J.77 A.L.R.4th 1. *Brief Fact Summary*. Cf., por todos: Guilherme de OLIVEIRA, *Mãe há só ...duas... cit.*, pp. 87 e ss.; Vera Lúcia Raposo, *De Mãe para Mãe... cit.* pp. 93-98; e Paula MARTINHO DA SILVA e Marta COSTA, *LPMA anotada... cit.*, pp. 58 e ss. (para onde remeto a notícia de outros casos).

⁽⁸⁸⁷⁾ Para uma análise de Direito Comparado, remeto para Vera Lúcia RAPOSO, *De Mãe para Mãe... cit.*, pp. 101-109, de onde retiro que se vai generalizando um consenso onde a prática não onerosa é tolerada, crescentemente pragmático quanto às contingências que resultam das *soluções* decorrentes do caso *baby M.*, a saber: A maternidade fixa-se na mãe de gestação, com a possibilidade de adoção ulterior pela que contrata. Se a mãe for casada haverá que se determinar a paternidade biológica. As soluções, em síntese, reduzem garantias aos contratantes. Mesmo soluções permissivas como a canadiana ou a israelita permitem a revogabilidade por parte da mãe de gestação.

processo, para depois uma tolerância insuspeitada acabar por admiti-lo, num ou noutro caso.»⁽⁸⁸⁸⁾

Pois o problema situa-se exactamente neste ponto. Deve um ordenamento jurídico colocar os limites de qualquer actuação que vai inequivocamente bulir com aspectos essenciais da dignidade, da liberdade e da esfera físico-psíquica de um ser humano, desde a relação laboral até aos transplantes, passando pelo menos a não desprezar como atendível (teoria normativa de facto) um eventual exercício de uma filiação desejada⁽⁸⁸⁹⁾. Dar vigor a um con-

⁽⁸⁸⁸⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Mãe há só... duas cit.* pp. 97 e s.. No mesmo sentido, com variáveis reflexivas, colocando-se entre o meio-termo analítico das *partidas* de uma *contacorrente* de prós e contras, entre a «as soluções de *horror misoneísta*» que foram bramando ao longo das décadas de 50 e de 60 contra a própria IA, das décadas e 70 e 80 contra a «maternidade de substituição» e nas duas décadas que transpuseram o século contra a clonagem, permitem «encarar com alguma reserva irónica a crispação (...) contra *ventos da história* que vão fazendo recuar os limites da ilicitude...»; no outro pólo importa, segundo o mesmo A. colocar uma travão eficaz contra a «novidade pela novidade», contra «o fascínio acrítico com a inovação tecnológica (...) porque é a ideologia, que não a tecnologia, que condiciona as vontades, que impele as decisões e que causa os danos.», cf. Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida... cit.*, pp. 38 e ss.

⁽⁸⁸⁹⁾ Neste último aspecto registo aqui a notícia que «veio a lume» no *Diário de Notícias* de 08 de Julho de 2014 (p. 43), segundo a qual foi proferida uma sentença em 1.ª instância (pelos juízes criminais de Lisboa) —ainda necessariamente provisória, pois penderá um possível recurso— de condenação do director e jornalistas de um jornal português (e de uma ex-ama), pelo crime de «devassa da vida privada» de um conhecido jogador de futebol, sobre o qual, em torno de Agosto de 2011, se veiculou ter «recorrido aos óvulos de uma mulher e à barriga de outra para ser pai». A questão voltou a ser notícia em Julho de 2014, desta feita no CM, acessível in <http://www.pt.cision.com/cp2013/ClippingDetails.aspx?id=3d99aa88-8279-408a-a6bc-fb6713798bc8&analises=1&cp=1>. Em termos gerais e abstractos cabe-me apenas dar apontamento de que, em minha opinião, a *ilegalidade* do contrato de gestação não briga com a salvaguarda dos direitos que decorrem da protecção da personalidade dos envolvidos, designadamente da intimidade da vida privada, pelo que se tratará de mais um caso específico —já clássico— em que se confrontam e comprimem as liberdades de informação que a comunicação social prossegue com a esfera individual das personalidades. Sobre os aspectos relativos ao pleno conhecimento sobre a identidade genética, a questão acaba por se esgotar na seguinte realidade: a frustração de um regime jurídico não significa forçosamente que se ceda aos efeitos de uma aceitação *da força normativa dos factos*, Neste sentido serve perfeitamente de exemplo o pertinente estudo de Jorge MARTINS RIBEIRO, *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido contra a Sua Vontade* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., 2013 (ISBN 978-972-32-2133-6), onde —traços largos—, perante uma realidade inerente à consagração de *novas famílias* e a um direito de autodeterminação reprodutiva radical concedido à mulher (cf. art. 142.º, n.º 5, do CP) se questiona sobre se o regime legal português não admite desde já uma superação de lacuna por via da necessidade da aplicação directa da esfera constitucional da igualdade (cf. art. 13.º) —ver igualmente quanto a esta matéria específica, Jorge DUARTE PINHEIRO, *A necessidade da Lei de procriação Medicamente Assistida, Lei n.º 32/2006, de 26/07*, in AA.VV: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (Org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e

trato de gestação que reifique a mãe gestacional a entregar a criança que vai nascer, possui perfeito paralelo com a execução específica de uma prestação contida em um contrato de trabalho ou em um processo de quem se dispõe a entregar um rim. Compreendo a dificuldade em o admitir. E neste mesmo sentido situam-se os ordenamentos jurídicos como o português (cf. art. 8.º e 32.º da LPMA), e aqueles onde o mesmo entronca, como é o caso da legislação alemã ⁽⁸⁹⁰⁾, da espanhola ⁽⁸⁹¹⁾, da francesa ⁽⁸⁹²⁾ ou da italiana ⁽⁸⁹³⁾.

Paula Costa Silva), I Vol., Almedina Ed., 2008 (ISBN 978-972-40-3568-0), p. 204. A realidade bate insistentemente à porta do legislador (a monoparentalidade e os contratos de maternidade de substituição de facto) e o argumento, se bem que colida com a interpretação constitucional a dar ao oxímoro: uma igualdade desigual, i.e., igualdade para o que é igual, respeitando muito naturalmente as diferenças entre os géneros e as suas *faculdades* fisiológicas, não deixa de dever ser ponderado, embora seja de opinião que o assunto merecerá eventual atenção apenas de *lege ferenda*. E neste campo, por seu turno, o exercício parental implica assumir a jusante uma posição jus-ética filosófica mais alargada sobre a inter-responsabilidade geracional, sendo que a este respeito me posiciono perante a inevitabilidade, a corrente persiste nos elos intergeracionais. Existem deveres que não apenas direitos. De qualquer modo. Com imenso interesse sublinho do A. os textos a pp. 135 e ss. e 286-312, tal como a originalidade de uma «solução possível, pp. 313 e ss.

⁽⁸⁹⁰⁾ Cf. o § 1.º, I, n.º 7, da Lei de Protecção dos Embriões (ESchG), de 13 de Dezembro de 1990 (em vigor desde 01 de Janeiro de 1991, cf. § 13.º e com a alteração introduzida pela Lei de 21 de Novembro de 2011), acessível in <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BjNR027460990.html>. Compulsei a versão inglesa: (*The Embryo Protection Act*): «*The following Act has been adopted by the Bundestag: / Section 1: Improper use of reproduction technology / (1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or a fine, who: (...) 7. attempts to carry out an artificial fertilisation of a woman who is prepared to give up her child permanently after birth (surrogate mother) or to transfer a human embryo into her.*» (*Federal Law Gazette*, Part I, No. 69, issued in Bonn, 19th December 1990, page 2746, acessível através da página web do CENTER FOR GERMAN LEGAL INFORMATION in http://www.cgerli.org/index.php?id=50&tx_vmdocumentsearch_pi2%5BdocID%5D=1255.

Alguns desenvolvimentos sobre o diploma alemão, que abarca quer a protecção do embrião propriamente dito como as técnicas de PMA, podem ser lidos em Ana Paula GUIMARÃES, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Ed., 1999 (ISBN 972-32-0868-7), pp. 189-193 (ver ainda, com interesse para este processo legislativo as considerações da nota n.º 260, 3.º §, a p. 116, sobre o Relatório Max Planck, apresentado sobre o Projecto de Lei de Protecção dos Embriões. A lei acabou por se mostrar significativamente restritiva segundo esta A.

⁽⁸⁹¹⁾ Cf. o art. 10|1 da Ley n.º 14/2006, de 26 de mayo, Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, in BOE, n.º 126, pp. 19947 a 19956, acessível in https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292: de onde resulta expressamente: ser nulo o contrato oneroso ou «sem preço» pelo qual seja convencionada a gestação a cargo de uma mulher que renuncia à filiação a favor do contratante ou de terceiro; que a filiação resultante da «gestação de substituição» é determinada pelo parto; e ressalva-se ainda a determinação da paternidade biológica por via de procedimento judicial, nos termos gerais aplicáveis. Esta disposição reproduz integralmente o entendimento que decorria da legislação anterior: Ley n.º 35/1988, de 22/11 (também art. 10.º, in BOE, n.º 282, pp. 33373 a 33378), neste aspecto inalterada pela Ley n.º 45/2003, de 21/11, intercalar. Sobre esta última

Mas sublinho o exemplo alemão, em que a tipificação criminal visa quem actue no sentido da reificação, excluindo da punição a mãe contratante e a gestacional ⁽⁸⁹⁴⁾. Faz todo o sentido quanto a esta última não punir a reificada (perdoe-se-me o exagero, mas seria como em um contrato de escravatura, punir o candidato a escravo); e quanto à mãe contratante, se bem que vislumbre alguma instrumentalização, creio que o reduto do direito penal deverá permanecer livre dos acantonamentos morais.

A verdade é que o legislador português não deixou de —muito significativamente— escrever concludentemente ao afastar da tipificação criminal o contrato de «maternidade de substituição» não oneroso, cf. art. 39.º da LPMA ⁽⁸⁹⁵⁾. Ficou assim entendido enunciativamente que bastam as garantias subjacentes às sanções de natureza jurídica para cominar o que por ora ainda é indesejado pela ordem jurídica. Por seu turno, é com alguma surpresa que leio no âmbito da deontologia dos médicos portugueses, estabelecer expressamente que: «a maternidade de substituição só pode ser ponderada em situações da maior excepcionalidade», cf. art. 63.º, n.º 5 do CDOM ⁽⁸⁹⁶⁾; o que,

legislação, cf. António FRAGA MANDRIÁN e Manuel María LAMAS MEILÁN, *El Consentimiento Informado (El consentimiento del paciente en la actividade médico-quirúrgica)*, in *Monografias de Revista Xuridica Galega*, RXG Ed., sl/sd: depósito legal com ref.ª a 1999 (ISBN 84-930564-0-5), pp. 138 e ss.; e Paula MARTINHO DA SILVA e Marta COSTA, *LPMA Anot.... cit.*, anot. n.º 4 e respectivas notas ao art. 8.º, pp. 60 e ss..

⁽⁸⁹²⁾ Cf. art. 16|7 do *Code Civil*, na redacção introduzida pela reformas da apelidada «legislação bioética de 1994» (loi n.º 94-653 du 29 juillet 1994 – art- 3 JORF 30 juillet 1994), onde se pode ler: «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.», acessível in http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=AoEoB945CE85B9EE74EECB74124EC583.tpdj013v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136059&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140428.

⁽⁸⁹³⁾ Cf. *Legge 19 Febbraio 2004*, n.º 40, *supra*.

⁽⁸⁹⁴⁾ Cf. a *Embryonenchutzgesetz* — *Esch* (Lei sobre a protecção de embriões de 1990), § 1 (3) 2 (compulsei a tradução inglesa facultada por Vera Lúcia RAPOSO, in *De Mãe para Mãe...* cit., pp. 159 e s.

⁽⁸⁹⁵⁾ A questão foi suscitada perante o TC, que, no aludido Ac. n.º 101/2009, salvaguarda o facto de as opções por uma omissão de criminalização deverem ser objecto de uma absoluta necessidade de os respectivos bens socialmente relevantes e constitucionalmente acautelados não poderem ser adequadamente protegidos por outra forma, na senda, aliás, do Ac. TC n.º 99/2002. A própria criminalização da maternidade de substituição onerosa coloca dúvidas pertinentes, a par de outras reificações do corpo humano onde o legislador penal entendeu retrair-se; sobre a questão, pertinentemente, cf. Rafael VALE E REIS, *a Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida...* cit., pp. 89 e ss.

⁽⁸⁹⁶⁾ Refiro-me ao Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro, *DR*, II, n.º 8, 13/01/2009. Sobre o presente CDOM e as respectivas vicissitudes remeto para os desenvolvimentos de

não fora o facto de um Regulamento não poder contrariar uma Lei ⁽⁸⁹⁷⁾, parece dar a entender que a deontologia médica se *conforma*, de alguma maneira, com a actuação das partes envolvidas em um acordo que viabilize a maternidade de substituição, de todo inválido perante a LPMA. De qualquer forma, o preceito poderá não ser desprezível para ser invocado para colocar em crise a responsabilidade que se queira imputar ao médico que participe, i.e., que dispense cuidados médico-medicamentosos em um procedimento do género, especialmente se já iniciado em termos práticos pelos interessados à revelia dos ditames legais. Fora este aspecto, o preceito, por desnecessário, afigura-se infeliz, trazendo à colação o que já adianto constatar um exagero quanto à tipificação criminal nesta matéria ⁽⁸⁹⁸⁾. Esta é indubitavelmente uma perplexidade partilhada ⁽⁸⁹⁹⁾.

De qualquer modo tenho por inquestionável que, ponderada uma eventual tolerância dos ordenamentos jurídicos, não deverá deixar de permanecer a garantia do reduto da recusa (prévia e ulterior) a conformar o destino de um acordo de gestação admissível ⁽⁹⁰⁰⁾. Sobretudo onde singre uma solução que contemple a onerosidade, será o primado da relevância da recusa que se afigura essencial para tutelar os valores a acautelar, tal como aparece imperativamente determinada no art. 5.º, última parte, da CDHBio. Não me parece viável que em relação a um contrato de gestação se deva acalentar a viabili-

André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica... cit.*, pp. 44 e ss.; e no que concerne à matéria da auto-regulamentação profissional, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *A auto-regulação profissional dos médicos*, in *RLJ*, 134, Junho de 2001, pp. 3923.

⁽⁸⁹⁷⁾ Cf. art. 112.º, n.º 6, da CRP e a respeito dos regulamentos autorizados ou delegados logo se recolhe em José Eduardo FIGUEIREDO DIAS e Fernanda Paula OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina Ed., 2.ª ed. (reimp.), 2011 (ISBN 978-972-40-4355-5), que: «os regulamentos autorizados ou delegados são directamente atingidos pelo citado preceito constitucional —art. 112.º, n.º 6, da CRP— que os proíbe ...», sejam modificativos, suspensivos ou revogatórios..., cf. ID, *ibid.*, p. 155.

⁽⁸⁹⁸⁾ Dando nota de uma absurda dosimetria penal, sobretudo em matéria pecuniária sobre a legislação italiana, cf. Emile DOLCINI, *Responsabilità del Medico... cit.*, pp. 303 e ss. Para este exemplo do contrato de maternidade de substituição o art. 12, n.º 6, da Lei n.º 40 de 19 de Fevereiro de 2004, comina qualquer um dos intervenientes com multa de 600,000 a um milhão de euros.

⁽⁸⁹⁹⁾ Neste sentido, cf. Rafael VALE E REIS, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida... cit.*, pp. 89 e ss.

⁽⁹⁰⁰⁾ Parece ser neste reduto que se reconduz e fixa a posição —ou o reconhecimento— de Fernando ARAÚJO, Cf. *A Procriação Assistida... cit.*, pp. 40 e ss.

dade de uma cláusula que restrinja ⁽⁹⁰¹⁾ a livre decisão ulterior de uma mãe gestacional, tal como se me afigura inadmissível caso se verifique um arrependimento sobre a decisão tomada na disponibilização discricionária que o legislador português passou a permitir à livre decisão da mulher sobre a sua gestação da vida humana até às 10 semanas de gravidez ⁽⁹⁰²⁾. Seria tão absur-

⁽⁹⁰¹⁾ Penso por exemplo em uma eventual cláusula penal ou a singela invocação da figura do *enriquecimento sem causa*, por força de uma qualquer compensação percebida, que, esbarcaria sempre na colisão de direitos (cf. art. 335.º, n.º 2, do C.Civ.) perante a superior, livre e tendencialmente absoluta, autonomia da vontade sobre a esfera físico-psíquica.

⁽⁹⁰²⁾ Escrevo gestação de vida humana que não ser humano, com consciência da turbulência que a expressão suscitou no Ac. TC n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro (Rel. Joaquim SOUSA RIBEIRO), Proc. n.º 733/07, acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>. sobre a cessação voluntária da gravidez, designadamente face à Portaria n.º 741-A/2007, de 21/06. Considerando que a vida intra-uterina está abrangida pelo âmbito de protecção daquela norma – o que, anteriormente, o Parecer n.º 31/82 da Procuradoria-Geral da República (*BMJ* 320.º, 224 s) não dera como certo –, o Tribunal acentuou, no Acórdão n.º 25/84, que ela representava “um valor não juridicamente subjectivado”, o que não podia deixar de ser tido em conta no confronto a estabelecer “com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais”. /Esta ideia foi precisada e desenvolvida no subsequente Acórdão n.º 85/85, sendo aí qualificada como uma das duas “ideias determinantes da posição que colhe apoio dominante no Tribunal”. Escreveu-se, a seu respeito: «Por um lado, entende-se que a vida intra-uterina compartilha da posição que a Constituição confere à vida humana enquanto *bem constitucionalmente protegido* (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do *direito à vida* propriamente dito – que só cabe a *peessoas* –, podendo portanto aquele ter que ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos. /[...] Só as *peessoas* podem ser titulares de direitos fundamentais – pois não há direitos fundamentais sem sujeito –, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito à vida, como um dos “direitos, liberdades e garantias pessoais”, não vale directamente e de pleno direito para a vida intra-uterina e para os nascituros.[...] A verdade é que o feto (ainda) *não é uma pessoa, um homem*, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem *à sua vida* não é aplicável directamente, no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina.» /Não se afastou desta orientação o Acórdão n.º 288/98, onde se deixou registado: «Nesta visão das coisas, reconhecer-se-á que o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da *vida humana* intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional. / Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa»./ Finalmente, no Acórdão n.º 617/2007, exarou-se: «Da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjectivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjectivo à vida de uma protecção objectiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento». /O Tribunal não

do como, em outro exemplo, emprestar *eficácia* à contratação de serviços sexuais... ⁽⁹⁰³⁾.

Encarar a inevitabilidade de uma realidade não força a Ordem Jurídica a conformar-se com o que se lhe ofereça intolerável, enquanto assim suceder. As similitudes com a evolução da esfera de protecção físico-psíquica —mais genericamente com a globalidade dos direitos de personalidade— no regime jurídico-laboral ⁽⁹⁰⁴⁾, e a imensidão que persiste por resolver permite compreender a extensão dos terrenos de fronteira: as *terras de ninguém*. A recusa habilita-me exactamente a conferir algum conforto à tese onde compreendo a situarem-se os limites a partir dos quais o Direito aponta um dedo que hostiliza, contempla ou queda-se meramente expectante sobre o que virá desafi-

vê fundamento para rever esta posição, que sempre tem perfilhado. Sem dúvida nenhuma que o feto é digno de protecção pela sua potencialidade em se tornar uma pessoa, um “eu” consciente da sua individualidade própria, mas, como acentuou OVADIA EZRA, “a potencialidade de aquisição de um determinado estatuto não confere a titularidade dos direitos associados a esse estatuto” (*The Withdrawal of Rights. Rights from a Different Perspective*, Dordrecht/Boston/ London, 2002, 204). / Sendo assim, uma resposta negativa, quanto ao cumprimento, pelo Estado, do seu dever de protecção, só poderá ser emitida se se concluir que o regime em apreço não traduz um suficiente respeito pela valia intrínseca da vida humana.»

Mas adiante, retoma-se a questão pragmaticamente: «Ora, o que constatamos, ano após ano, é a extrema raridade das condenações com esta causa. Segundo dados constantes do “Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, intitulado *Sobre interrupção voluntária de gravidez*, elaborado, em Fevereiro de 1997, pelo deputado José de Magalhães, foram registados, nos sete anos anteriores, nos serviços do Ministério Público, a nível nacional, 97 processos relativos à possível ocorrência de crimes de aborto. Quanto a condenações, foram proferidas, entre 1985 e 1995, em número que oscilou entre duas (em 1986 e 1988) e treze (em 1992), perfazendo, nesses onze anos, um total de 66. Constata-se, assim, que, em flagrante contraste com a sua grande difusão, o crime de interrupção voluntária da gravidez muito poucas vezes atravessa os umbrais das portas dos nossos tribunais. E quando, excepcionalmente, tal acontece, a reacção social é mais de mal-estar do que de aplauso – a evidenciar, conjuntamente com a inércia das instâncias sociais de controlo, que o alto significado do bem afectado e a gravidade da lesão não são acompanhados, como seria normal (não fora o particular contexto conflitual do acto lesivo), por um sentimento de radical intolerabilidade. Isto mostra que, do ponto de vista comunitário, tal comportamento não é valorado como um crime.»

⁽⁹⁰³⁾ Neste sentido entendo a solução preconizada no C.Civ. grego (Lei n.º 3089, de Dezembro de 2002), cf. arts. 1458 e 1464, que permitem o contrato não oneroso, mediante as condições de evidências de infertilidade da contratante e de um bom estado de saúde da mãe de substituição, dando a possibilidade de, em tribunal (onde precedentemente de aferiu a viabilidade contratual) revogar a decisão no período de 6 meses após o nascimento da criança.

⁽⁹⁰⁴⁾ Sobre esta matéria, cf., por todos, Paula do Couto QUINTAS, *Os Direitos de personalidade Consagrados no Código do Trabalho... cit., passim*.

ar a respectiva tutela. Seja o contrato de gestação, sejam os transplantes, seja a experimentação, seja a noção de contrato de trabalho ou a de prestação de serviços com conteúdos funcionais no âmbito da disponibilidade laboral que envolva a exposição da autodeterminação sexual, *vg*, filmes ousados, a publicidade com componente erótica, os serviços de acompanhamento, organização de eventos e serviços com carácter sexual, prostituição, etc. ⁽⁹⁰⁵⁾. Todas estas matérias situam-se em áreas em que os receio axiológicos se encontram

⁽⁹⁰⁵⁾ Sobre esta matéria ver desenvolvidamente Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio corpo... cit.*, pp. 652-677, onde sublinho a bibliografia referenciada, e o registo de que a ordem social da vida sexual ou a moral sexual vigente constituem delimitações da liberdade de vontade individual, em contraposição a Karl Prellhaz NATCHTSCHERADETZ, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Almedina Ed., Coimbra, 1985, *passim*, que retira da esfera da protecção social os bens individuais, que apenas naquela projectam o perigo de perturbação ou o dano. A primeira perspectiva, sem negar virtudes à autodeterminação individual, fornece meios para distinguir, tempo após tempo, as circunstâncias em que se aceita tornar diferente um acordo afoito, atrevido de um voluntarismo a que o direito pode apenas delimitar, mas tem de o fazer. Será o caso dos serviços sexuais que são prestados mas não podem merecer o cuidado regulamentador do Direito. Não deixando a Ordem normativa de cuidar das protecções individuais que o mereçam, apenas a eventual estigmatização lhe interessa desprezar. Se não interfere, nem por isso aplaude, cf. até pelas referências a jurisprudências anterior, o Ac. TC n.º 83/2001 (Rel. Guilherme da FONSECA), acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010083.html> (processos 524 a 530 de 2000), sobre Regulamentos de Polícia que foram tidos como atentatórios de liberdades e garantias fundamentais —de agir e de se movimentar— ao vedar comportamentos e actos de incentivo à prostituição. Se bem que a decisão se tenha fundado em inconstitucionalidade orgânica, não deixou de mencionar arestos anteriores e de colocar a questão. Assim: «Como, a propósito, se lê no acórdão deste Tribunal Constitucional n.º 479/94, publicado na I Série-A, do Diário da República n.º 195, de 24 de Agosto de 1994: 'A mera limitação de liberdade (*Freiheitsbeschränkung*) existe quando alguém é impedido, contra a sua vontade, de aceder a um certo local que lhe seria jurídica e facticamente acessível ou de permanecer num certo espaço. A liberdade de movimentação não é, assim, em contraposição à privação da liberdade, subtraída, mas apenas limitada numa certa direcção (cfr. *Grundgesetz*, *Kommentar*, § 104, 6 e 12)./A privação da liberdade traduz-se numa perturbação do âmago do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local, sendo a essência do direito atingida por um determinado tempo (que pode ser, aliás, de duração muito reduzida)./A limitação ou restrição da liberdade (que não implique a sua privação) concretiza-se através de uma perturbação periférica daquele direito mantendo-se no entanto a possibilidade de exercício das faculdades fundamentais que o integram.'/ Ora, é sabido que a matéria dos direitos, liberdades e garantias é matéria de reserva de lei parlamentar (artigo 168.º, n.º 1, b), da Constituição) e tal reserva 'constitui um dos limites do poder regulamentar, porquanto a Administração não poderá editar regulamentos (independentes ou autónomos) no domínio dessa reserva, como ressalva dos regulamentos executivos, isto é, aqueles que se limitam a esclarecer e precisar o sentido das leis ou de determinados pormenores necessários à sua boa execução' (acórdão deste Tribunal Constitucional n.º 307/88, publicado no Diário da República, I Série, n.º 18, de 21 de Janeiro de 1989, identificando e transcrevendo o acórdão n.º 74/84, publicado no mesmo Diário, I Série, de 11 de Setembro de 1984)".».

cerca da reificação e ou mercantilização intolerável do ser humano, o que conduz o ordenamento, por ex.º, a proibir, inclusive a penalizar o lenocínio, cf. art. 170.º do CP, de onde se pode ensaiar se circunscreva uma delimitação sobre a inaceitabilidade de uma subordinação a que se submeteria o contrato de trabalho, e, com menor intensidade, a liberdade da disponibilidade e autodeterminação individual inerente à prestação de serviços, que, ainda assim, se coloca na esfera delimitadora do art. 280.º e do art. 81.º, n.º 1 do C.Civ.. Obviamente que se tratam de aspectos onde também é a ordem pública quem surpreende os bens comprometidos com actuações desejáveis e indesejáveis, fora do foro da privacidade, e da protecção da vida íntima, inviolável. Ensinou Orlando de Carvalho que a autodisponibilidade, a possibilidade em colocar-se uma pessoa em objecto de uma relação jurídica, assenta no respectivo entendimento daquela enquanto fonte de interesses patrimoniais, mas enquanto *domínio*, será eventualmente empírico mas nunca jurídico: os casos contados em que se mostrem direitos sobre pessoa alheia (menores ou incapazes entregues à guarda e cuidados de outros) esbarram na impossibilidade de reificação de um ser humano. Enquanto objecto de protecção pela Ordem Jurídica tanto basta para impedir a legitimidade da manipulação do homem (são direitos absolutos, logo poderes/deveres); do mesmo modo, a instrumentalização do ser humano na relação laboral por via de um «prestação de energia» é em termos jurídicos estruturalmente incoercível⁽⁹⁰⁶⁾, se bem que se tenha de aceitar o que não pode deixar de soar sempre a uma instrumentalização físico-psíquica a favor de uma pessoa exercida por outra pessoa, exactamente porque o esforço é fornecido «... sob a autoridade e direcção desta.» (cf. art. 1152.º do C.Civ.), e com contrapartida material. Mas mesmo sob a constelação da dignidade, até ao limite da inexigibilidade por banda do *credor* e concomitante livre revogabilidade da prestação por parte do *devedor*, sobram sempre espaços pragmáticos que o direito tem dificuldades em percorrer.

Mais uma razão para se justificar a necessidade de regulamentação. Para tanto, basta-me pensar que em termos de facto, posso configurar a existência de contratos em que os *promitentes* pais repudiem a filiação acordada, colocando até como argumento uma similitude inspirada na analogia com uma revogação inconsequente por banda da contratante beneficiária da gestação

⁽⁹⁰⁶⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Direitos das Coisas...*, cit., pp. 99-106.

da contraparte no decurso das dez primeiras semanas da gravidez. E temos assim uma fortíssima pressão para que a Mãe gestacional promova a cessação por *antipatia* com a desconformidade do cumprimento do negócio. Um desígnio da autodeterminação excessivamente liberal. Pode e deve o Direito penal da medicina quedar-se tendencialmente imune à ressonância moral vigente de uma comunidade. Mas no âmbito do direito civil a eficácia dos negócios jurídicos, encontra-se por natureza muito mais perto do quotidiano e, paradoxalmente, com uma sensibilidade mais aguda: onde se não justifica a censura estigmatizante de possíveis medidas retributivas não deixam de transparecer repúdios por via dos bons costumes ou da ordem pública.

resses inerentes à identidade genética ⁽⁹⁰⁹⁾, as limitações materiais e as formais, etc.. Com efeito, podem ocorrer negações ou desvios ao curso natural

⁽⁹⁰⁹⁾ Entre vários exemplos possíveis, cf. Ac. STJ de 09-04-2013 (Rel. FONSECA RAMOS) acessível

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1a4bfd00c40f70e680257b4e004e8147?OpenDocument> em que reputa o prazo de caducidade de 10 anos para a acção de determinação da filiação como adequado e proporcional, no sentido da jurisprudência do TC e dando eco sobre a do STJ, após a revisão que a Lei n.º 14/2009, de 04/01, introduziu no que toca ao prazo de caducidade previsto no art. 1817.º, n.º 1, do C.Civ. (com referência expressa ao AC. STJ: de 28.11.96, in *Col. Jur STJ*, 1996, III, 117; Ac. STJ de 17.04.2008 – Proc. n.º 08A474, in www.dgsi.pt; Ac. STJ de 21.09.2010 – Proc. n.º 495/04-3TBOR.C.1.S.1 in www.dgsi.pt; Ac. STJ de 06.09.2011, in Proc. n.º 1167/10.5TBPTL.S1; Ac. STJ de 29.11.2012 – Proc. n.º 367/10.2TBCBC-A.G1.S1 in www.dgsi.pt. AC. TC de 08.02.2006, n.º 23/2006, in *DR*, I; Ac. TC de 10.01.2006, in *DR* de 08.02.2006, I, pp. 1026-1034; Ac. TC de 22.05.2012, Proc. n.º 247/2012 e n.º 638/2010; AC. do Plenário do TC, Proc. n.º n.º 401/2011, de 22.11; acessíveis in www.dgsi.pt. cujo sumário é o seguinte: «1. O prazo-regra de dez anos para investigação da paternidade, previsto no art. 1817.º, n.º1, do Código Civil, pese embora estar em causa um direito de personalidade, pessoalíssimo, é um prazo **razoável** e **proporcional** que não coarctar o exercício do direito do investigador, no confronto com o princípio da confiança e de tutela dos interesses merecedores de protecção do investigado e, por isso, não enferma de inconstitucionalidade material. / 2. As consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade podem ser restringidas nos seus efeitos à *questão de estado* – a filiação – não valendo para as *consequências patrimoniais* desse reconhecimento, permitindo, em casos concretos, afastar o investigador da herança do progenitor, não sendo violado o **princípio da indivisibilidade** ou **unidade do estado**, podendo afirmar-se que, em caso de manifesto abuso do direito, o investigador, apesar de reconhecida a sua paternidade, poderá não beneficiar da vertente patrimonial inerente ao *status* de herdeiro. / 4. É no contexto do abuso do direito que tal *distinção de efeitos* deve ser enfocada, admitindo que qualquer pretensão jurídica pode ser paralizada se o respectivo exercício for maculado pelo seu *abuso* – a questão da “*caça à fortuna*” – nos casos em que o investigador, a coberto de averiguar a sua filiação, da proclamada intenção de conhecer as suas raízes, que apareceria como um propósito legítimo e da maior importância pessoal e social, pretenderia, primordialmente, acautelar aspectos patrimoniais, visando o estatuto de herdeiro para aceder à partilha dos bens do progenitor. / 5. O facto do art. 1817.º, n.º1, do Código Civil, na redacção da Lei 14/2009, de 1.4, estabelecer um prazo de caducidade de dez anos, não resolve a questão de saber se, mesmo que se considere imprescritível o direito ao estabelecimento da paternidade, é possível, no plano constitucional ou infra-constitucional, cindir os efeitos dessa declaração, afirmando o direito pessoal, o *status* de filiação, mas recusar o direito patrimonial se as circunstâncias forem de molde a considerar que o exercício do direito é abusivo – art. 334.º do Código Civil – por, a coberto da pretensão do conhecimento da identidade genética, da busca do **ser**, se visa o **ter**, para almejar interesses de natureza patrimonial, o que afrontaria a consciência ética e os sentimentos sócio-afectivos. Nesta perspectiva, seriam violados os princípios constitucionais da igualdade, da confiança e da primazia das situações jurídicas. / 6. Não sendo de afirmar a inconstitucionalidade da norma do vigente n.º do art. 1817.º do Código Civil, por o prazo de dez anos nela fixado não ser arbitrário, nem desproporcionadamente limitador do exercício da acção de investigação da paternidade e considerar que, casuisticamente num quadro factual exuberante de abuso do direito, se poderá cindir, sem ofensa da Lei Fundamental, o *estatuto pessoal* do *estatuto patrimonial* inerentes à declaração de filiação, para, acolhendo aquele e os seus efeitos imateriais (filiação, estabelecimento da

da gestação e tanto determinar dificuldades em investigar e apurar os sujeitos da relação de filiação. Impõe-se o legislador em apurar quem é quem e o que deve prestar: e prossegue o interesse da «criança».

Eis é o plano da determinação da filiação (sem forçosamente justapor *exercícios* decorrentes da paternidade). A intersecção com o direito de acesso ao percurso genético existe, mas este é mais amplo. Creio é que este absorve aquele, ou, ao menos, uma parte suficientemente substancial para que a justaposição releve. Dir-se-á que é coerente poder apurar o percurso genético independentemente de se fixar a filiação; tanto quanto fixar uma filiação sem coincidência com o aspecto biológico. Sobra a montante e a jusante a necessidade de estabelecer quem sustente o menor. Despreocupados desta materialidade —que existirá onde os planos coexistem— subsiste o interesse em fixar uma afirmação sobre a identidade genética que, coincidindo com o que ofereça a exposição à filiação, transporta uma e outra, interligadas. Difícil é colocar no plano de um capricho ou outras dificuldades a separação de planos. Uma *mãe de substituição* é ou não mãe consoante decida em sentido positivo ou negativo; um filho deixa de ser herdeiro porque não ama e pretende herdar (e passa a ser se forem dívidas para *limpar* um nome?); um neto *perde os avós* porque o cônjuge do pai divorciado de sua falecida mãe o adota (cf. art. 1986.º, n.º 1 e n. 2 *a contrario sensu*, do C.Civ.); e, claro, o direito perde a faculdade de apurar a filiação natural e o conhecimento genético em caso de adoção plena (cf. art. 1987.º do C.Civ.). Pois será solução positivada mas faz a letra da lei terá ainda de fazer sentido além de limites que não sejam de intolerabilidade para fazer vingar a certeza, a segurança e a «paz familiar» e os jogos de silêncios.

avoenga), se poderem limitar as consequências desse reconhecimento, excluindo os efeitos patrimoniais como sejam os direitos sucessórios, quando e se se evidenciar que o desiderato primeiro foi o de obter o estatuto patrimonial, entendemos que, se tal pretensão tiver sido exercida num quadro de actuação abusiva do direito, deve ser paralisada.». Sublinho contudo a declaração de voto do Conselheiro SALAZAR CASANOVA que expressa a perplexidade perante a possibilidade de se verificar uma cisão entre a componente material, patrimonial (de onde se retira a aludida «caça às fortunas») e a esfera de personalidade, já que assumir esta cisão significará inserir um tópico de natureza moral onde a Ordem Jurídica, muito naturalmente, deve pisar com todas as cautelas. Em rigor, deste voto, retira-se a legítima interrogação sobre se as relações familiares (e nestas as de filiação) podem deixar de integrar necessariamente a satisfação de interesses materiais, de natureza patrimonial, uma vez que o juiz chegue à conclusão que coexiste a intenção de o estabelecimento da filiação acompanhar a ambição do lucro. Este raciocínio conduz em rigor lógico à total imprescritibilidade das acções aqui em causa, perante o reduto constitucional.

Contudo, no âmbito da PMA heteróloga, existem ordenamentos que estabelecem antes um princípio do anonimato do dador, como reserva em relação à qual vingam parâmetros de certeza e segurança. Estas finalidades prosseguem as já afloradas: paz familiar, intimidade, etc., tudo a viabilizar um *silêncio* de conveniência e protecção de legitimidades e de interesses onde se mesclam o sangue e o património vazando as várias *fórmulas* possíveis — incluindo a adopção — em uma imitação da procriação que chamarei para este efeito: natural a um casal (re)conhecido. A teleologia preponderante deixa aqui de ser a mesma? Constitui ou não interesse superior de um ser humano apurar quem é quem e o que deve prestar? As razões que presidiram ao anonimato foram seguramente de natureza excepcional, pelo que o pensamento legislativo subjacente ao «sempre que possível» estabelecido no art. 7.º, n.º 1 da CDC terá de permanecer sempre em certificação actualista. Se a criança possui diferentes progenituras, esse registo não pode deixar de ser-lhe integralmente valioso, pelo que não vejo alternativa a confirmar caso por caso, revisitando permanentemente os requisitos de excepção que justifiquem um anonimato. Não vislumbro nesta matéria razões diferentes para que vingue um princípio de «silêncio familiar», sobretudo quando procuro os casos contados em que o «silêncio hospitalar» fundamentem o incumprimento de um dever de esclarecer. Quem pode repudiar uma informação tem por força de saber que o pode fazer e o anonimato, em princípio e por princípio, não serve este propósito. Assim sendo, de *lege ferenda*, apadrinho uma solução de publicidade (via registo civil) sobre a verificação de técnicas de PMA heteróloga que habilitem o acesso do visado, querendo, a informação mais completa. Tanto implica que a doação de material genético seja objecto de prévio consentimento quanto à sua futura divulgação. E propendo obviamente para que este dever seja assumido oficiosamente e em termos pró-activos para a proposta de prestação de cuidados de saúde que se mostrem necessárias ou convenientes.

Foi sendo entendido pela jurisprudência do STJ português que o «direito ao conhecimento sobre a ascendência biológica» (e vice-versa, por força de raciocínio) é qualificado como um direito de personalidade — «direito personalíssimo» — e, assim, imprescritível, exercível para além da morte do investigado, correndo a acção contra os respectivos herdeiros, por força da inconstitucionalidade da leitura contrária que resultava dos arts. 1817.º, n.º 1, remis-

são do art. 1873.º, ambos do C.Civ. (910). Esta tese da imprescritibilidade recebeu o revés que resultou do entendimento da conformidade constitucional resultante do entendimento do Plenário do TC, vertido no Ac. proferido no Proc. n.º 401/2011, de 22/11. Fez vencimento, entre outros argumentos, que o fundamento de que o direito e o interesse constitucionalmente protegido a salvaguardar —verdade biológica— não deixa de se situar perante uma posição jurídica tutelada pelo art. 26.º, n.º 1, da CRP, que não permanece desadequada, desnecessária ou desproporcionada perante um sentido abdicativo que resulta de uma imputação de auto-responsabilidade, materializado no respectivo exercício em prazo reputado razoável para o efeito. Neste sentido seguiu igualmente o Ac. TC n.º 441/2013 (Rel. Maria João Antunes), onde se recolhem elementos sobre o esteio da jurisprudência constitucional acerca do assunto.

XVI. § 1.º A recusa do pai: complicações decorrentes da falta ou deficiência da manifestação da vontade (a averiguação oficiosa do *consentimento sério, livre e esclarecido*...)

Parece pacífico que o consentimento possui o condão de viabilizar a PMA heteróloga e fixar a filiação no *pai afectivo* nas relações alegadamente *estáveis* (matrimoniais e uniões de facto), verificadas entre pessoas de sexo diferente (cf. art. 6.º LPMA). Será, pois, verdadeiramente constitutivo da filiação e, por princípio, determina em termos de eficácia jurídica (cf. art. 1839.º, n.º 3, do C.Civ) a impossibilidade do pai, ulteriormente, se *arrepender* da sua decisão. Não poderá, por esta via da alteração de opinião, colocar em crise a presunção legal (1826.º C.Civ), obtendo com relativa facilidade prova genética de que a criança não lhe é geneticamente relacionada. A lei exige-lhe o consentimento escrito para a concretização das técnicas de procriação (cf. art. 14.º, n.º 1, da LPMA) e, conseqüentemente, o art. 20.º, n.º 1, da LPMA, reitera o que estava já estabelecido para o casamento. Tudo se estende agora à união de facto, i.e., a criança é tida como filho do marido ou daquele que viva em uni-

(910) Ainda com referência ao Ac. analisado *supra*: «Países como a Itália, a Espanha e a Áustria optaram pela imprescritibilidade das acções de investigação da paternidade, por considerarem que a “*procura do vínculo omissa do ascendente biológico é um valor que prevalece sobre quaisquer outros relativos ao pretense progenitor*”.» .

ão de facto ⁽⁹¹¹⁾ com a mulher inseminada. Afirmar que o consentimento se afigurava então constitutivo, enquanto acto jurídico determinante daqueles efeitos. Uma vez cientes das implicações médicas, éticas, sociais e jurídicas, o legislador expressamente pretende cristalizar no campo do dever-ser o quadro biológico da verdade, assim se manifestem os interessados/beneficiários. Perante a consagração do desvio afastam-se expressamente interrogações em torno de um eventual abuso de direito e especialmente a sublimação de um projecto de vida, de um projecto familiar, em que os dadores genéticos são afastados e o beneficiário que aspira à paternidade pode ser juridicamente instituído ⁽⁹¹²⁾. Cabe é inquirir o que sucederá se faltar o consentimento ou se este se manifestar deficiente?

O legislador não deixou de prevenir a questão. Para os dadores a questão fica aparentemente arrumada no art. 10.º da LPMA: não pretendendo um projecto próprio de filiação, a respectiva renúncia é relevante. É assim? Entre nós Fernando Araújo colocou muito pertinentemente interrogações sobre os efeitos eventualmente perversos deste determinismo jus-positivo; entre estas, creio permanecer para ser devidamente pensado, de *lege ferenda*, o problema

⁽⁹¹¹⁾ Sobre as uniões de facto, por todos, cf. Nuno de SALTER CID, *A Comunhão de Vida... cit.*, *passim*, e, mais especificamente, para as que se processam em condições análogas às dos cônjuges as pp. 48, 50 e s., 356 e s., 376, 440-443, 590, 504-509, 527-529, 532, 540-553, 556, 563-571, 579 e s., 582, 587 e s., 590-595, 597-603, 605, 613-630, 652-655, 668-673, 676, 686, 691 e s., 695, 753, 755-757, 778.

⁽⁹¹²⁾ Neste sentido da conformação da realidade em sentido contrário a esta pelo respeito da manifestação de uma vontade relevante, de que, por esta via, a vontade basta para uma filiação juridicamente tutelada, sintetizo sem esgotar a doutrina. Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Critério Jurídico da Paternidade*, Almedina Ed., Coimbra, p. 351; André Dias Pereira, *O Consentimento... cit.*, p. 213; Fernando ARAÚJO, *A procriação Assistida... cit.*, p. 25; João de Matos ANTUNES VARELA, *A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, RLJ, Ano 127, n.º 3843, 1994, p. 359 (in RLJ, 1994/1995: n.º 3843 (pp. 162-163); n.º 3844 (pp. 194-196); n.º 3846 (pp. 266-270); n.º 3848 (pp. 326-326); n.º 3849 (pp. 359-351); n.º 3852 (pp. 66-70); n.º 3853 (pp. 98-101); José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito e Bioética*, ROA, Ano 51, II, Julho 1991, p. 453; João Álvaro Dias, *Procriação Medicamente Assistida... cit.*, pp. 33-38, 75 e ss. (dando nota da conhecida opinião contrária de Fernando SANTOSUOSSO, expressa nos anos 80 do século passado, a pp. 63 e ss.); Paula MARTINHO DA SILVA, *A Procriação Artificial — Aspectos Jurídicos*, Moraes Ed., 1986, p. 42; Rafael VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Publicações CDBM|FDUC 12, Coimbra Ed., 2008 (ISBN 978-972-2321-582-3), p. 445; Amélia COSTA, *Perspectiva Jurídica de Um Acto de Amor: A Procriação Assistida*, UAL Ed., 2000 (ISBN 972-8094-37-X), pp. 66 e ss.; Tiago DUARTE, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida Na Constituição e na Lei*, Almedina Ed., Coimbra, 2003 (ISBN 978-972-40-1893-5), p. 59; Carla Patrícia Pereira OLIVEIRA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos*, CDF|FDUC 23, Coimbra Ed., 2011 (ISBN 978-972-32-1874-9), pp. 79 e s.

de a lei *não abrir* a possibilidade de os progenitores biológicos poderem revogar a decisão de anonimato e se disponibilizarem para um relacionamento ou para um projecto de filiação, se viáveis ⁽⁹¹³⁾. Pretendo com isto convir no facto de que causa significativa perplexidade arrumar definitivamente aquilo que o legislador pretendeu em momento prévio reflectir uma enorme abertura social, a ponto de substituir realidades.

Para o pai *afectivo* ou *social* decorre enunciativamente da economia do art. 20.º, n.º 1, da LPMA que a presunção de paternidade é o principal mecanismo para ajustar a paternidade no casado, mas, quer para ele, quer, sobretudo para o unido de facto, é essencial o consentimento. O consentimento pode ser até manifestado presencialmente, sem formalidades («... e no caso de ausência do unido de facto no acto do registo de nascimento...», refere o art. 20.º, n.º 2, da LPMA). Caso o unido de facto não compareça, basta ser exibido «documento comprovativo de que (...) prestou o seu consentimento», que não forçosamente o documento exigido previamente ao início dos procedimentos da PMA no art. 14.º da LPMA (cf. art. 20.º, n.º 2)., Neste último caso, existindo notícia de ter sido prestado o consentimento mas inexistindo um documento comprovativo do mesmo, deve ser feita menção de quem o tenha prestado (cf. art. 20.º, n.º 3, LPMA). Os seja, também enunciativamente o legislador acatou o consentimento testemunhado.

Se nenhuma destas alternativas se verificar, é lavrado o registo apenas com identificação da mãe e por força de expressa remissão para o regime dos artigos 1864.º a 1866.º do C.Civ. «com as necessárias adaptações» é desencadeado um procedimento especial de: «averiguação oficiosa...» «...com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e conseqüente estabelecimento de quem prestou o consentimento», cf. art. 20.º, n.º 4 da LPMA. Antes de retomar com mais atenção algumas vicissitudes deste mecanismo processual, devo apenas sublinhar que nesta sede processual o escopo da tarefa do MP será a da determinação da existência de um consentimento —relevante— *prestado por qualquer meio*. É o apuramento da manifestação de vontade correspondente ao consentimento que é constitutivo da filiação afectiva, esvaziando-se integralmente, em minha opinião, a cominação sancionatória geral decorrente dos arts. 285.º e ss. do C.Civ. para o requisito da formalidade tão pomposa-

(913) Cf. Fernando ARAÚJO, *Procriação Assistida... cit.*, p. 26

mente requerida no n.º 1 do art. 14.º da LPMA. De qualquer forma se verá que o requisito formal tem uma significativa vantagem, melhor: importância fulcral, para o putativo pai *afectivo* que se veja a braços com uma eventual necessidade de realizar uma *prova diabólica*.

Por seu turno, verificando-se falta de consentimento ou que «o filho não nasceu da inseminação» para que aquele foi dado (cf. art. 20.º, n.º 5, LPMA), tal como o consentimento prestado deficientemente (*v.g.* ausência de esclarecimento, servindo para este efeito o segmento correspondente à noção ínsita ao art. 157.º do CP ⁹¹⁴); ou que o consentimento foi objecto de recusa posterior por parte do pai *afectivo*, i.e., da livre revogabilidade exercida nos termos e prazos de eficácia a que alude o preceituado no art. 14.º, n.º 4, da LPTM, então cabe perfeitamente a suspeita de se ter tropeçado em um «funcionamento anómalo dos centros de realização dos tratamentos de PMA» ⁽⁹¹⁵⁾. Pese embora a verificação da anomalia, e de um indício, no mínimo, de uma negligência grosseira, não possui o putativo pai a faculdade de desenhar a queixa pelo crime de *Intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias*, p.p. pelo art. 156.º do CP. Ele não é o paciente e no âmbito do recurso beneficiário das técnicas de PMA, a posição de violação do que lhe decorra enquanto *credor* do direito a constituir família não vai bulir com a posição de *vítima* traçado no tipo de crime em causa.

O art. 20.º, n.º 5, da LPMA permite que o putativo pai *afectivo* possa impugnar a paternidade. Entre os motivos possíveis já aludidos, exige a lei que se prove «que não houve consentimento». Seguindo os termos literais do preceito e aplicando as regras gerais sobre a prova, cf. art. 342.º do C.Civ.,

⁽⁹¹⁴⁾ Que invoco por via da tese de que a dispersão conceptual e normativa do Direito da Medicina impõe como critério integrador uma metodologia hermenêutica de *vasos comunicantes*: os conteúdos conceptuais devem ser recolhidos junto das normas onde a densificação dos valores sociais se mostre mais aguda e servir para preencher as dúvidas que permaneçam em aberto onde se mostre justificadas. Não será o caso, em princípio, da interpretação autêntica que alguns diplomas concretizam para os respectivos sectores, em um regime de *glossário*, onde explicitam o sentido e alcance das expressões utilizadas em um Diploma ou Diplomas sobre determinadas áreas (*v.g.* o Anexo I do DL n.º 267/2007, de 24 de Julho — sobre sangue— e o Anexo I, por remissão do art. 3.º, da Lei n.º 12/2009, de 26 de Março: Regime Jurídico da Qualidade e Segurança Relativa à (...) *Utilização* de Tecidos e Células de Origem Humana); ou a LIC (investigação clínica), cf. art. 2.º da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril.

⁽⁹¹⁵⁾ Uso aqui a frase feliz de Paula Martinho do Rosário e de Marta Costa a respeito dos motivos de impugnação previstos no art. 20.º, n.º 5, da LPMA —a que devem acrescer os mencionados no texto *supra*— esgrimidos pelo pai *afectivo* que alega ser putativo.

ficaria o alegadamente putativo pai *afectivo* carregado com uma prova de facto negativa: — demonstrar que não prestou o consentimento. Eis onde acho que a exigência da outorga do consentimento e a análise atenta dos documentos ⁽⁹¹⁶⁾ oferece quanto baste para a inversão do ónus da prova ⁽⁹¹⁷⁾, isto até que o legislador caia no bom senso de uniformizar o uniformizável em legislação específica para o que é comum e excepcional nos terrenos Direito da Medicina. Pois então creio que será de resumir: para que o putativo pai *afectivo* demonstre a revogação relevante ou a ausência ou deficiência do consentimento não terá de beneficiar-se mais do que da inversão do ónus da prova decorrente da necessidade prevista pela lei de os procedimentos se iniciarem com a prestação de um consentimento informado por escrito. Se deve existir um documento, então a sua ausência cria a convicção de que o consentimento não ocorreu ou foi deficiente, o que dá o mesmo. Não obstante, para prevenir ter-se verificado uma recusa posterior relevante —prestada pelo putativo pai *afectivo*— até ao início da concretização das técnicas de PMA (o momento da irreversibilidade da manifestação da vontade fixado no art. 14.º, n.º 4, da LPMA, melhor teria sido seguir-se a *regra* ditada pela prática hospitalar de a recusa ser reduzida a escrito, eventualmente outorgada pelo interessado ou por testemunho e integrada no registo clínico ⁽⁹¹⁸⁾).

Aponto ainda ao art. 14.º a aludida deficiência de redacção — consentimento informado omitindo-se o esclarecimento— que induz aos profissionais de saúde uma mera necessidade da prestação das informações, que não o escrupuloso cumprimento de um dever, cuja necessidade retiro por inferência hermenêutica lógica dedutiva necessária de que estas infor-

⁽⁹¹⁶⁾ Penso nos problemas apontados aos formulários e às notícias —sempre perturbadoras— de que os formulários são assinados em branco, configurados como um mero trâmite burocrático a empecilhar as tarefas dos profissionais de saúde. Sobre a questão remeto para o que escrevi em *O Consentimento...* cit., pp. 443 e ss.

⁽⁹¹⁷⁾ A este respeito também se me afigura suficiente remeter para o que deixei exposto em *O Consentimento...* cit., pp. 432-444, onde sublinho apenas ser minha convicção que o dever de esclarecimento a ser qualificado como pressuposto das próprias *leges artis*, como confesso a minha dificuldade em deixar de configurar, asseguram uma prévia inversão do ónus da prova, tal como para os casos de privilégio devem os profissionais de saúde demonstrar os correspondentes requisitos, que hão-de constar do registo clínico obrigatório.

⁽⁹¹⁸⁾ Neste sentido seguiu o anteprojecto de 2010 (aprovado maioritariamente na AG) sobre *consentimento informado e acesso ao processo clínico*, cf. art. 9.º (Recusa e Revogação do Consentimento). Desenvolvidamente, cf. Guilherme de OLIVEIRA, Helena MONIZ e André DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojecto de 2010*, in *LexMed*, 9, n.º 18, 2012, pp. 15-33, CDBM da FDUC, Coimbra Ed..

mações devem merecer um processo de certificação do respectivo discernimento.

No que concerne à *acção de investigação... do consentimento esclarecido*, inovadoramente clonado no art. 20.º, n.º 4, da LPMA, coloco algumas reservas, a saber:

A averiguação oficiosa da paternidade inspiradora dos presentes autos de averiguação oficiosa do consentimento, a que aludem os arts. 1864.º a 1866.º do C.Civ., por remissão do citado art. 20.º, n.º 4, da LPMA, é tida pela jurisprudência como um de processo com natureza administrativa ⁽⁹¹⁹⁾, que corre termos nos Tribunais Judiciais, conduzido pelo MP, e que se encontra regulado pela LOTM entre os artigos 202.º e 206.º, com o objectivo de, officiosamente, nos dois primeiros anos após o nascimento de uma pessoa «averiguar a viabilidade da acção de investigação (oficiosa) da paternidade», designadamente perante uma negação ou recusa do indiciado ou presumido pai na confirmação da paternidade, promover as diligências que se reputem necessárias para o efeito e, caso sejam reunidas «provas seguras da paternidade», desencadear a acção de investigação (cf. arts. 1865.º, n.º 4 e n.º 5, do C.Civ.).

Em primeiro lugar, creio ser muito pouco provável que os procedimentos de PMA, decurso e vigilância da gravidez, o parto e as comunicações deixem de se processar separadamente. A própria leitura do art. 20.º da LPMA, com estas *lentes* deixa a suspeita. E tanto implica que se verifiquem falta ou comunicações recíprocas insuficientes entre o CNPMA os Centros, os Hospitais e o Registo Civil (pela reserva natural que estas matérias comportam quanto aos beneficiários, o anonimato do dador e a confidencialidade, cf. arts. 15.º; 16.º; 43.º). Nestes termos, existem sérias probabilidades de se verificarem os efeitos da paternidade presumida para os conviventes casados por ocasião do

⁽⁹¹⁹⁾ Neste sentido, cf. Ac. do STJ, de 16/07/1981, in *BMJ*, 309.º, p. 349; e pela qualidade e síntese, aponto ainda pelos demais o Ac. RE de 29/04/2004 (Proc. n.º 892/04-3; Rel. Maria Alexandra MOURA SANTOS), acessível em www.dgsi.pt/jtre, onde se decidiu, entre o mais tratar-se «... de um procedimento tutelar prévio, de natureza administrativa, que tem como único objectivo habilitar a formação de um juízo de viabilidade da acção de investigação a propor e não de uma “acção”...». Esta acção de investigação oficiosa não impede, caso im proceda (ou se verifiquem uma das condicionantes previstas nas alíneas do art. 1866.º C.Civ), que seja intentada nova acção de investigação, mesmo fundada nos novos factos (cf. art. 1813.º *ex vi* do art. 1868.º, ambos do C.Civ.). O mesmo é dizer que não se deve confundir a acção de investigação da paternidade oficiosa aqui referida com a acção comum, cujo prazo de caducidade é mais alargado (cf. art. 1817.º e 1819.º *ex vi* do 1873.º ambos do C.Civ.). Aquela é dever de ofício do MP, ao passo que nesta actuará em representação do menor.

nascimento e de eventuais averiguações oficiosas de paternidade para os conviventes em união de facto, onde, eventualmente —em termos teóricos— devem as investigações do MP conduzir à convolação da averiguação da paternidade em averiguação do consentimento. Permito-me, contudo, ser céptico quanto a este *normal* desenvolvimento: a dispersão e a ausência de *sinapses* comunicativas entre quem lida com toda a legislação existente poderá receber, em um futuro breve, um impulso revolucionário uniformizador de procedimentos e mais *informado*, assim a bondade das reformas da organização judiciária venham a concretizar uma especialização (neste aspecto benéfica), como pode ceder, perante uma permanente inundação regulamentadora instituída. Eis mais uma matéria em que o registo clínico em processo poderá dar azo a que seja dado conhecimento sobre a verificação de um nascimento, com a informação de recurso à PMA, ao Registo Civil...

Em segundo lugar, o processo tutelar de averiguação oficiosa regulado nos arts. 202.º a 205.º da LOTM será naturalmente seguido caso venha a ser despoletado o quadro legal previsto no art. 20.º da LPMA e este processo revela-se anacrónico, burocrático e encerra sérios desajustes... pelo que será difícil mostrar-se aplicável *mutatis mutandis* ao desiderato. A LOTM resulta do DL n.º 314/78, de 27 de Outubro, que recebeu inúmeras alterações, dando azo a 13 versões, algumas delas com modificações muito profundas como foi o caso do DL n.º 58/95, de 31 de Março e da Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro; diplomas estes que revogaram logo os primeiros 145.º preceitos da LOTM. A versão mais recente é a que decorre da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

Deixo apenas um exemplo: verificam-se decisões judiciais fundamentadas no preceituado no art. 203.º, n.º 2, da OTM, de acordo com o qual: «No processo (de averiguação oficiosa) não podem intervir mandatários judiciais...». A natureza secreta do processo e a subjacente protecção dos bens jurídicos envolvidos terá motivado o legislador a deixar incólume esta norma, apesar das relativamente recentes revisões da OTM (cf. Leis n.º 133/99, de 28 de Agosto e n.º 147/99, de 1 de Setembro), à face do sentido e alcance que merece a garantia constitucional de acesso ao direito e ao patrocínio judiciário — cf. art. 20.º, n.º 1 e n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP); garantias estas que são vinculativas e directamente invocáveis por força do preceituado no art. 18.º do diploma fundamental. A aludida garantia ficou até reforçada, na sequência da revisão constitucional de 1977, ao ter-se acrescentado (precisando-se) o direito de *...fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer*

autoridade. E o alcance deste direito, contido na última parte do teor do n.º 2 do aludido art. 20.º da CRP, implica que qualquer pessoa pode recorrer a um mandatário, profissionalmente habilitado e devidamente constituído, que o acompanhe, o elucide e auxilie nas formalidades de ordem técnico-jurídica, designadamente, requerendo em qualquer tipo de processo as medidas adequadas à protecção e garantia dos seus direitos processuais (ou outros). Contudo persiste em vigor e a ser susceptível —e aplicado— o aludido secretismo previsto no n.º 2 do art. 203.º da OTM. Este preceito padece de nítida inconstitucionalidade, tal como, em casos análogos, foi já reiterado por sucessivos Acórdãos do TC, cf., por todos, o Ac. TC n.º 870/96, in *DR*, I, 03/09/96.

E tenho de reter por aqui a análise. O tempo que não a matéria, assim o impõe.

Capítulo XVII. As Directivas (Antecipadas de Vontade): «Testamento Vital», «Procurador de Cuidados de Saúde» e outras possibilidades

«Lain ENTRALGO escribió para la Revista de Occidente en 1985: «*Muchas veces ha sido repetida una ingeniosa frase de LETAMENDI: «El que no sabe más que medicina, ni aún medicina sabe». Hoy habría que decir: «El que en serio quiera saber medicina, habrá de saber humanidades médicas.»*».

Miguel Ángel SANCHEZ GONZALÉZ⁽⁹²⁰⁾.

«Calado, o Alma-Grande avançou. Mas quando de mãos abertas e joelho dobrado ia a cair sobre o Isaac, fê-lo parar uma voz diferente de todas as que ouvira em momentos iguais, que parecia vir do outro mundo, e dizia: — Não... Ainda não... Ainda não...».

Miguel TORGA⁽⁹²¹⁾

XVII. Aspectos introdutórios

As Directivas Antecipadas de Vontade são, em termos muito genéricos, a consagração da manifestação da vontade de uma pessoa no que lhe importa delinear o seu futuro «em matéria de cuidados de saúde», possíveis, para o caso de lhe ocorrer circunstância em que não consiga manifestar uma vontade relevante.

A estas *missivas a quem concerne* podem ser dadas as mais variadas designações, mas em qualquer caso mostram-se como o «ponto de não retorno» da definitiva integração compósita da recusa no princípio da autonomia, enquanto manifestação *sui generis* de uma vontade relevante quanto a propostas de cuidados de saúde. Situo-as no expoente máximo da projecção da li-

⁽⁹²⁰⁾ Cf. Miguel Ángel SANCHEZ GONZALÉZ, *Historia de La Medicina Y Humanidades Médicas*, Elsevier Massos Ed., 2002, Barcelona (ISBN 978-84-458-2155-2), via Kindle, loc. 136. O citado Don José de Letamendi y Manjarrés (Barcelona, 11 de Março de 1828-1897) foi Professor Catedrático em várias disciplinas médicas (Anatomia, Patologia Geral), e enciclopédico (compositor, escritor, poeta, ensaísta, etc.) e integrou a Real Academia Nacional de Medicina de Espanha em 1988, cadeira n.º 41, cf. <http://www.ranm.es/academicos/academicos-de-numero-anteriores/1022-1888-letamendi-manjarres-jose-de.html>.

⁽⁹²¹⁾ Cf. Miguel TORGA, *O Alma-Grande*, in *Novos Contos da Montanha (1944): Contos: versão integral*, D. Quixote Ed., 2001 (ISBN 972-20-1895-7), pp. 463-469.

berdade e da autonomia dos seus autores, no reduto fundamental do dever de respeito e na consagração da dignidade, aqui incluindo ainda princípios fundamentais como a privacidade e a liberdade religiosa.

As DAV não devem ser analisadas, compreendidas e aplicadas por contraposição ou sem um entendimento simultâneo integrado do que vem sendo a afirmação da doutrina do consentimento informado. Mas, devidamente analisadas mostram-se com originalidade: na verdade, são a delimitação do poder de autodeterminação sobre uma esfera individual que se encontra biologicamente formatada para se integrar entre as demais *esferas*. Estou convencido de que o consentimento é a resposta esperada —desejada pelo bom senso e pela experiência médica— à proposta de solução oriunda de um profissional de saúde, para que este exerça uma prestação não maleficente (obvie exercícios vitais desnecessários e inconvenientes) e beneficente (seja para aspectos paliativos, seja para terrenos contínuos à eutanásia) em relação a quem lhe apresenta queixas ou interrogações.

Neste sentido, afigura-se necessário dissolver a aparente perplexidade em incluir aquele terreno de fronteira em que o *benefício* desejado é a recusa da intervenção médica ou mesmo um *convite* ao *auxílio* possível para o percurso individual que nos sobra a todos até ao derradeiro momento da vida. Todavia, se este pedido for perfeitamente análogo a um pedido para solucionar uma desconformidade, um padecimento, então restará apurar se a medicina pode resolver o problema, seja em termos técnicos, seja em termos éticos e sem beliscar limitações jurídicas. Dito de outro modo: o consentimento previne uma eventual recusa quanto a uma proposta natural, conveniente, adequada e proporcionada, de invasão da esfera alheia, para a auxiliar. Caso o beneficiado não possa *confirmar* a adesão a tal proposta aquela é pressuposta. E é tanto assim, e tão pessoalmente se afigura, que a vontade de um representante legal pode ser ultrapassada pela que resulte do saber-fazer ético-técnico de um profissional de saúde, caso se verifique desconformidade quanto ao melhor interesse do visado, tal como pode ser o representante responsabilizado pelo deficiente quilate dos seus deveres de cuidado.

A DAV, por seu turno, visa prevenir sempre uma recusa —é inevitável que uma opção determinada quando colocada em alternativa constitua recusa às demais possíveis— para o futuro. Não é a outra face da moeda, mas outra moeda. O que o ser humano faz é dizer à medicina e ao Direito: se suceder isto eu não quero a solução padronizada, quero antes esta outra, ou aquela

ainda, ou nenhuma. O que se mostra extraordinário é que, finalmente, esta voz é ouvida; e é ouvida para ser respeitada.

XVII. § 1.º As DAV: direitos dos (im)pacientes?

Repugna-me a ideia da existência de um «direito à doença» como corolário da autonomia plasmada na recusa (e ainda na revogação de um consentimento prestado), mas admito a liberdade de facto na satisfação de opções perniciosas para a saúde ⁽⁹²²⁾, tal como aceito muita da correspondente *tolerância* jurídica. Em suma: será possível afirmar que a medicina não possui no seu cardápio «soluções finais» como terapias (alternativas) para pôr fim às doenças?

Eis a dificuldade de alguns aspectos a analisar nas linhas seguintes. Se a teleologia da medicina sempre afirmou o intransigente combate à doença e à morte, já o «mercado» oferece e vende «venenos» a preços de saldo. São os preços que o ser humano pressupõe pagar pela satisfação mais imediata de vantagens de ordem subjectiva. As *contas correntes individuais*. Cabe à sociedade delimitar a legitimidade e o custo social desses *apetites*: alimentação, estupefacientes, tabaco, actividades radicais... Uma transformação dos riscos individuais em protecção dos perigos socialmente relevantes ⁽⁹²³⁾.

⁽⁹²²⁾ Sobre esta questão, respondendo pela negativa quanto a uma eventual protecção jurídica da «doença», cf. João Carlos LOUREIRO, *Aerogretionis Medicinam Ab Iure Peto...*, *cit.*, pp. 47 e s.

⁽⁹²³⁾ Trata-se de um momento em que nas sociedades ocidentais —e posteriormente, por mimetismo ou imperialismo ou mercantilização no mundo— se verifica a materialização do «discurso transfuncional», a que alude Hanna ARENDT, que permite transformar uma realidade de reconhecimento individual em uma ética que se impõe a todas as esferas sociais e se institucionaliza, mercê de fenómenos como o que a A. explica em *A Responsabilidade Colectiva*, in *Responsabilidade e Juízo...*, *cit.*, pp. 133-142; no fundo, procedimentos de reconhecimento. Contudo, será através do conceito também originário do mundo ocidental de «tesouro democrático», cf. Hanna ARENDT, *Sobre a Revolução*, Relógio d'Água, Ed., reimp. 2001 (ISBN 978-972-70-8663-4), pp. 213 e ss., exactamente a pretexto das convulsões sociais mais determinantes, que se permite traduzir e identificar um discurso que sublima as expectativas sociais —mesmo que pleno de controvérsias— e incrementa essas controvérsias que estruturalmente são alcandorados em direitos fundamentais ou, ao menos, a coberto desses direitos fundamentais. O fenómeno que resulta do embate entre riscos e perigos [individuais e sociais, tolerados e (in)toleráveis] de que Niklas LUHMANN fala em *Sociología del Riesgo* (trad. coord. Javier Torres Nafarrate), Universidad Iberoamericana, México. Ed. 3.ª ed., 2006 (ISBN 968-859-628-0), e que resultam do que sobra do que sublima a clássica causa social de incerteza indesejada: do alarme social perante um perigo (externo) decor-

rente de um risco (interno se oriundo de uma decisão; geral se de um evento), cf. pp. 60 e ss., 79 e ss. (*o futuro como risco*) e a «fluidez do tempo». Na doença também se verifica o processo inverso, cf. pp. 93 e ss.: a lepra, mediante o triunfo do medicamento, transformou-se de doença que privava a liberdade individual e sobretudo ameaçava a vida alheia em um risco individual que impõe, em princípio, um mero acompanhamento médico geral. A visão de LUHMANN é, todavia, circunscrita aos referentes por onde é constatada analiticamente a observação da observação. No campo do Direito Penal, por exemplo, terá de se dissociar o perpasso moral que, a não ser afastado, transportará para o reduto superior dos bens jurídicos a eleição como perigos repudiáveis aqueles riscos sociais que se colocam na esfera das leituras morais vigentes. Ainda assim, haverá que distinguir: o *valor* que merece protecção/censura em certos espaços geográficos já não causa repulsa em outros espaços —ou tempos— (o desvalor da infidelidade — *crime*— de adultério, por exemplo, foi tido assim entre nós até 1982, para prevenir exclusivamente a cópula com 3.º fora do casamento —que não outros comportamentos—, *para* —entre razões de *decência*— *não conspurcar o sangue*, segundo doutrina da época, ressuscitada por Guilherme de OLIVEIRA, cf. *O sangue e o direito...*, *cit.*, in *Temas*, 2.ª ed., *cit.*, 265 e s.). Terei de recorrer ao regime próprio do Direito Internacional e aos seus esforços em prol de um processo progressivo de *persuasão* internacional para que se verifique *contágio* sobre a generalização do reconhecimento de valores. Tome-se a questão da homossexualidade; a sua inserção em *catálogos* de doenças ou como objecto de discriminação laboral ou mesmo de tipificação penal. É tema que constitui um excelente exemplo sobre o que em termos de matéria jurídica e de saúde passou e passa ainda por um processo de reconhecimento como assunto do âmbito que deve reduzido a uma esfera exclusivamente moral e, a partir deste campo, pela inversão do mecanismo de reconhecimento, percorrer o caminho inverso de densificação dos interesses envolvidos e a correspondente protecção no que axiologicamente merecer em termos de dignidade, na esfera de protecção do livre desenvolvimento da personalidade, da privacidade, etc. Mas feito o caminho em um sentido e no outro, há que demandar ao Direito a intervenção mínima, i.e., que não queira padronizar tudo segundo modelos edipianos. Cf. a este respeito o § 8.º do Ac. TC n.º 121/2010, de 21 de Outubro (Rel. Vítor GOMES): «A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa foi pioneira na defesa da situação jurídica dos homossexuais: na *Resolução* 756 (1981), de 1 de Outubro de 1981, convidou a Organização Mundial de Saúde a suprimir do seu catálogo de doenças a homossexualidade, e na *Recomendação* 924 (1981), da mesma data, recomendou ao Comité de Ministros que exortasse os Estados-membros onde os actos homossexuais consentidos entre adultos eram passíveis de perseguição penal a abolirem essas leis e práticas e a aplicar a mesma idade mínima para o consentimento de actos sexuais homossexuais e heterossexuais, e que convidasse os Estados-membros: a ordenar a destruição de ficheiros especiais existentes sobre homossexuais e abolir a prática de elaborar tais ficheiros; a assegurar a igualdade de tratamento dos homossexuais em matéria de emprego, remuneração e segurança no emprego, designadamente no sector público; a reclamar a interrupção de todo o tratamento ou investigação médica obrigatória destinada a modificar as inclinações sexuais dos adultos; a assegurar que a guarda, o direito de visita, e o acolhimento em casa das crianças pelos pais não sejam limitadas por causa da inclinação homossexual de um deles; a reclamar dos direitos prisionais e de outras autoridades a vigilância contra o risco de violações, actos de violência e delitos sexuais dentro das prisões (cfr., *Resolução* 756 (1981), e *Recomendação* 924 (1981), disponíveis, como as demais citadas em <http://assembly.coe.int/>).», acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>. Mais recentemente e sobre o mesmo tema —“Declaração de Melbourne: Conferência Internacional sobre Saúde: SIDA”—encontra-se em proposta a elaboração de uma declaração de perseguição contra a discriminação homossexual exactamente com fundamento na luta contra a propagação do

Felizmente, a evolução do medicamento e dos tratamentos tem logrado obter avanços muito consideráveis no escopo de transformar um perigo eminente —a doença fatal— em um mero risco com doses de tolerabilidade heterónoma (sirvam como exemplos o cancro ou o HIV). As descobertas da medicina têm tido um assinalável êxito em *domesticar* doenças fatais em superáveis fatalidades da contracção de doenças. É verdade que a experimentação percorre usualmente terrenos com elevados riscos. Eis outra área em que o Direito é acusado de pretender refrear exageradamente o devir: como se fosse possível chegar ao destino sem realizar o percurso, ou seja, uma vez mais o problema das *contas correntes*.

O fenómeno do embate entre as opções de risco e as de perigo tem sido tarefa e competência da auto-referenciação contingente das soberanias dos Estados-de-Direito. Cabe a estes proceder à escolha e *normação* do bem jurídico concreto. Para o *Direito da Medicina* o processo pode ser limitativo, porque a linguagem e a actuação referencial da medicina é universal: a saúde é um fenómeno de transformação no sentido do perecimento e está desde sempre sob a mira dos perigos. Cabe à medicina estruturar-se para auxiliar o êxito face ao perigo quando este consiste no que atinge a estrutura humana:

vírus HIV/SIDA e perante o facto de que: Segundo o mais recente Relatório Conjunto das Nações Unidas: UNAIDS (só tive acesso ao relativo a 2013, acessível in <http://www.unaids.org/en/resources/campaigns/globalreport2013/globalreport/>), alegadamente «79 países têm leis que criminalizam as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo e sete prevêm a pena de morte.» —sublinho que a ONU reconhece a existência de 192 países (fora questões polémicas como Taiwan, Groenlândia, Ihas Aruba e Cayman, cf. <http://www.vaicomtudo.com/onu-historia-objetivos-e-site-oficial.html>).

Neste sentido, em Melbourne, em Julho de 2014, Françoise BARRE-SINOSSI, prémio Nobel da Medicina —foi uma das investigadoras que descobriu o vírus da sida—, afirmou: “A cruel realidade é que em todas as regiões do mundo a estigmatização e a discriminação continuam a ser as principais barreiras a um acesso eficaz aos tratamentos”, e acrescentou: “Temos que, outra vez, gritar bem alto que não vamos ficar impávidos, enquanto os governos, violando todos os princípios dos direitos humanos, aprovam leis monstruosas que só marginalizam ainda mais populações que são já muito vulneráveis”. Segundo o teor da notícia: «vários peritos recordaram a experiência dos primeiros anos da epidemia, que em 33 anos já matou 39 milhões de pessoas. O vírus da sida, o VIH, espalhou-se das minorias estigmatizadas lenta mas paulatinamente para uma população mais alargada. E aí avançou como um fogo na pradaria. / Se os homossexuais ou bissexuais forem ameaçados de prisão ou de perseguição, tendencialmente evitarão fazer testes da sida ou recorrer a tratamentos médicos, se estiverem infectados. Esta atmosfera tóxica de silêncio é um terreno perfeito para a propagação do VIH.”, cf. <http://www.publico.pt/mundo/noticia/activistas-da-sida-em-guerra-contra-paises-com-leis-homofobas-1663743>.

na doença. Esta transcende a estrutura que a tenta convolar em mero risco e este em risco tolerável —a doença fatal galga fronteiras e despreza as soberanias— mas é aqui que o ordenamento jurídico permite inserir o risco na opção comportamental e na decisão autónoma. Da mesma sorte, segue o Estado-de-Direito o caminho inverso até ao «ferro e fogo» do que é compulsivo evitar (da mesma forma que promove e consome uma florescente indústria de armamento). É o Direito que possui diferentes vocabulários, polissemias e pronúncias, mas que também estrutura valores unívocos.

É possível afirmar —e creio que não piso terrenos da ficção— que a evolução da medicina incrementará uma enorme perdurabilidade da vida. Esta realidade acarreta casos graves de doenças intelectualmente degenerativas e para a realidade médica não se oferece de todo indiscutível uma opção terapêutica pela cessação ou suas gradações interventivas. Contudo —sem grande exercício de futurologia—, tarde ou cedo —tarde ou nunca, espero— perante o exagero de uma decrepitude vital, talvez se venha a discutir se, neste aspecto, a recusa constituirá uma decisão relevante perante eventuais *incentivos a tratamento de ortotanásia*, enquanto medida de saúde pública, fundada em parâmetros mínimos qualitativos de dignidade da vida e, claro, na *insustentabilidade do sistema*.

Parece *humor triste* mas é um debate possível, se os *astros se alinharem* (a mal de um humanismo que percorre a tessitura das estruturas internacionais em laboração como percorrerá individualmente as sinapses intelectuais benévolas dos raciocínios saudáveis)⁽⁹²⁴⁾. Nessa conjectura, em termos apagógicos, procuro explicar as linhas das fronteiras possíveis onde o consentimento e a recusa devem permanecer separados, como garantes recíprocos. A recusa vai sempre mais além. É mais exigente e funda-se na dignidade por ser indissociável do respeito. Requer muito mais à unilateralidade da resposta à proposta médica. É o teste permanente ao *termómetro* dialógico que garante,

⁽⁹²⁴⁾ Evidentemente que não me refiro aqui às opiniões pessoais —às «inconveniências políticas»— que vão perpassando nas entrelinhas das páginas dos jornais, como aconteceu com as declarações do Ministro das Finanças do Japão, Taro Aso (72 anos de idade) que deu azo à 1.ª página de «o Público» de 23 de Janeiro de 2013: «ministro diz que idosos doentes devem «morrer rapidamente» para o bem da economia». Mas colocadas as questões em termos mais gerais, como o faz Helena PEREIRA DE MELO, *O Direito a morrer com dignidade*, in *Lex Med.*, Ano 3, n.º 6, 2006 (ISSN 1646-0359), pp. 69-79.

pela discursividade, uma temperatura favorável a um toleravelmente saudável funcionamento do sistema: penso em Habermas, claro está⁽⁹²⁵⁾.

Os casos contados em que a recusa individual é ultrapassada (compulsividade) possuem como características comuns: i. Serem excepcionais; ii. Objecto de uma tipificação rigorosa; iii. Oferecerem-se a uma permanente revisão crítica —em termos sociais e científicos; e iv. serem susceptíveis de certificação casuística, i.e., *furtarem-se* permanentemente às características de generalidade e abstracção no mecanismo de *qualificação* normativa correspondente, seja em termos administrativos, seja em termos judiciais ⁽⁹²⁶⁾.

Parece-me ser a recusa que alimenta por excelência a existência de DAV e justifica até que se crie um dispendioso sistema de *correio* para que aquelas *missivas* se não transformem em *botelhas de naufrago*: entre nós, a estes serviços dos *Correios do destino vital de Portugal* deu o legislador a designação de Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com o objectivo de que a *carta chegue a Garcia* ⁽⁹²⁷⁾.

Desta forma, o seu tratamento e cognoscibilidade em regime de dispersão merecem-me alguma prudência. Explico-me melhor: desde, ao menos, o século passado ⁽⁹²⁸⁾ que o progressivo reconhecimento dos Direitos e dos Deve-

⁽⁹²⁵⁾ Jürgen HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo...*, cit., II, pp. 547 e ss.; 697 e ss.; e em *O Futuro da Natureza Humana...*, cit., v.g.p. 87.

⁽⁹²⁶⁾ Exemplo do que afirmo é a aparente *volubilidade* revelada pelo acompanhamento da comunicação social em torno do confronto entre decisões judiciais (ou confrontadas com as de processos arbitrais) sobre a apelidada «negligência médica», em que as indemnizações (quase com carácter de objectividade) convivem com absolvições individuais relativamente ao apuramento de negligência pelos profissionais de saúde envolvidos; e/ou com condenações das instituições ou vice-versa (v.g. *Jornal Público* de 23 de Julho de 2014: «Tribunal da Relação (Lisboa) pede reformulação de acórdão que absolveu técnicos de saúde no caso de cegueira»; cf. *Jornal Expresso* de 26 de Outubro de 2010: «Santa Maria: Cegos aceitaram indemnizações», cf. <http://expresso.sapo.pt/santa-maria-cegos-aceitaram-indemnizacoes=f578829>.

⁽⁹²⁷⁾ Fazendo jus ao ensaio de Elbert HUBBARD. *Uma Carta para Garcia*, Padrões Culturais Ed., 2007, ISBN 978-972-87-2189-3, com a epopeia de Rowan que, ultrapassando inúmeros contratempus e adversidades, consegue cumprir a missão de entregar uma carta do presidente americano William McKinley ao rebelde Garcia no decurso dos conflitos em Cuba que opuseram os interesses espanhóis e os interesses americanos nos finais do séc. XIX (1898).

⁽⁹²⁸⁾ Sobre as decisões judiciais pioneiras, insisto no facto de assentarem em reconhecimento sobre uma eventual ou expressa recusa sobre a *intenção calada de benefícios* para a saúde. O que ressalta igualmente é que, muito provavelmente, foram as frustrações dos intentos que sublinharam as ofensas dos bens jurídicos. Faço aqui apelo à trilogia jurisprudencial inglesa, alemã e americana: o famoso aresto *Slatter vs. Baker & Stapleton* (1767); a sentença do «*Reichsgericht*», de 31 de Março de 1894 (recolhido em Ubaldo NANNINI, *op cit.*,

res Humanos tem implicado no âmbito da medicina uma inclusão do reconhecimento da necessidade de uma actuação dialógica esclarecedora prévia a qualquer intervenção, com um ulterior respeito pela decisão do visado, beneficiado, e, sobretudo, do não beneficiado (v.g. doador para transplante ⁹²⁹).

pp. 198 e ss.); e a célebre sentença de Benjamin Cardozo no caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospital* (1914)... cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, cit., pp. 30 e ss., onde dou indicação de outras decisões americanas, tal como italianas e francesas do séc. XIX ou dos primórdios do séc. XX que envolveram o reconhecimento liberal da cidadania e do cidadão enquanto detentor, em princípio e por princípio, de uma esfera individual de resistência a qualquer *prepotência* alheia, incluindo quando provinda do Estado. Assim, acrescento ao rol a primeira decisão francesa do tribunal civil de Liège (27 de Novembro de 1889) em que se consignou: «*Le malade qui s'adresse à un médecin entend se renseigner tout d'abord sur toutes les circonstances du mal dont il souffre et sur toutes les moyens de le guérir*», de onde se concretiza que «*par ce seul fait de réclamer les conseils et les soins du médecin, il ne peut être censé consentir, par avance, à subir toutes les opérations que le médecin, a près examen, pourra juger à propos de faire et dont lui, malade, n'a a ce moment aucune idée.*», cf. U. NANNINI, *Il consenso...*, cit., p. 300, n. 3. E para o laboratório judiciário italiano, serve o excerto da sentença da «Corte d'Appello» de Milão de 21 de Março de 1939, que determinou: «*il principio che occorra il consenso prima di far luogo a pericoli o intervento operativo è fuore discussione, perché (...) ciascuno è libero di fronte al pericolo de una morte immediata di affidarze alle forze imperscrutabili della natura.*», cf. U. NANNINI, *Il Consenso...*, cit., pp. 358 e s.

(⁹²⁹) O caso dos transplantes oferece um exemplo raro de uma natural e compreensível limitação ao regime da livre revogabilidade da decisão médica: cf. Lei n.º 12/2009, de 26/03, Anexo IV, § 6.º: «O consentimento do dador ou de quem o represente legalmente é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável, *excepto no caso em que pela preparação pré-transplante já efectuada, a vida do receptor seja posta em perigo.*» (o itálico pertence-me). Segundo apurei trata-se, pelo menos, da fase em que ao receptor são administrados os imunodepressores que vão habilitar a sua estrutura físico-psíquica a receber um «órgão» ou «tecido» novo (ainda que compatível); a partir desse momento deverá ficar em ambiente da *maxime* uma esterilização, e, evidentemente, fica com o seu sistema imunitário altamente vulnerabilizado, cf. para transplante renal: Dixon B. KAUFMAN, *Assessment and Management of the Renal Transplant Patient*, in *Medscape*, acessível in <http://www.medicine.medscape.com/article/429314-overview>; e Bradley H. COLLINS, *Renal transplantation*, in *Medscape*, acessível in <http://www.medicine.medscape.com/article/430128-overview>.

É de sublinhar algum paroxismo até onde o legislador colocou a disponibilidade da vontade individual na recusa, o que aponto para demonstrar que —em meu entender até com algum exagero— o legislador deixa passar em primeiro lugar um requisito de consecução das intervenções médico-medicamentosas invasivas de «pré-preparação», despoletando ainda um segundo requisito de exigência de a vida do beneficiário se situar em perigo. Bem sei que o que está em causa é a lesão da integridade físico-psíquica de alguém saudável que poderá legitimamente «arrepender-se»; mas entendo que o momento de eficácia desse «arrependimento» é neste caso levado algo longe na «letra da lei», bastando talvez aquele primeiro momento em que o procedimento se encontra já em fase de execução. Em rigor, posso construir um paralelo com o nadador-salvador que, avançando para o meio de um ambiente hostil, agarra quem esteja a naufragar e inicia o processo de retorno, mas, mercê de um ataque de pânico ou decisão com o mesmo desiderato opta por não concretizar o salvamen-

Isto significou, como se verá, uma acentuação do direito da privacidade e da revisitação ao direito à incolumidade face ao dever social e individual de auxílio perante uma necessidade vital. As DAV sublinham exactamente o paroxismo de um *paciente concreto* para quem a melhor técnica médica possível não faculta uma viabilidade ou fornece um risco que lhe pareça tolerável, ainda que toda a ciência médica e todos os profissionais de saúde lhe sustentem o contrário. Entre dezenas de exemplos, aponto o do pianista que teme *perder a mão* ou o de quem repudia a perspectiva de persistir em um EVP, ainda que regenerativo, após um percalço, pelo receio do risco —ainda que longínquo— de lesões neurológicas em que não reveja a sua permanência. Não se deseja dessa forma; quer deixar ao *mundo* um legado diferente da sua memória. Eis quando me basta para fundar o respeito pelo desígnio. Eis quando basta para que todos igualmente o respeitem.

Geralmente o exercício da medicina posiciona-se em tais termos que, perante uma necessidade, oferecem-se respostas que, abstractamente, quase implicam uma aceitação concludente ou uma configuração hipotética tácita. Perante uma interrogação, se existe uma exclamação, dispensam-se reticências. Face aos sintomas de uma certa nosologia, impõe-se fazer este diagnóstico e aquela terapia; e são estas actuações que se justificam e justificam os procedimentos dos sujeitos. Ciência é ciência, e as fórmulas aplicadas devem ser aquelas que os pressupostos apontam.

Sucede apenas que se interpõe uma faculdade de opção consciente como reduto mínimo de uma onto-axiologia do visado ante a hipótese de uma qualquer actuação. Mesmo quando o actor, com o aplauso de tudo e todos, se propõe actuar em benefício do visado; este pode não pretender a vantagem —*invito beneficium non datur* (930)— e para isto é necessário estar cada um bem ciente do sentido e alcance e das sequelas do que está em jogo. É neces-

to deixando o infeliz à sua sorte. Compreendo que lhe não deva ser assacada uma exigibilidade de colocação em risco de auto lesão além do que considere serem as suas limitações. Posto isto, não posso deixar de localizar a divergência insuperável: é que, para que o caso seja efectivamente paralelo terá o nadador salvador de ter contribuído de alguma forma para a «situação» do naufrago... E nesse caso já tudo muda de figura.

(930) Cf. Dig. 50, 17, 999: *O beneficium necessita do consentimento do beneficiado.* http://books.google.pt/books?id=PNQgVoT2_aQC&pg=PA655&lpg=PA655&dq=Dig.+50.+17.+699&source=bl&ots=A5kmTYYtIW&sig=RKw15A9Eup2zPXU-qEMzdoleaSM&hl=pt-PT&sa=X&ei=VKvQU4PwBYqdoQWYhYCgDw&ved=oCCAQ6AEwAA#v=onepage&q=Dig.%2050%2C%2017%2C%20699&f=false

sário estar esclarecido do *papel* que cabe a cada um e até onde é que o outro pode decidir ⁽⁹³¹⁾.

XVII. § 2.º As directivas como afirmação das *leges artis*

O consentimento, quando projectado no caso concreto, impõe às *leges artis* uma certificação informativa da adesão, porque tem de superar uma apriorística recusa e passa assim a incluir-se positivamente como preenchendo a actuação do profissional de saúde. Se alguém padece de obstipação, não será tanto o conselho, recomendação ou informação do profissional de saúde em que seja ministrado um —clássico— clister que determinará a adesão ou a recusa do paciente. Podem existir alternativas que sejam da preferência deste: um medicamento laxante, uma dieta, etc. Mais ou menos eficazes, duradouras, dolorosas, etc., a umas ou a todas pode o paciente opor resistência, perante desígnios concretos e pessoais, pesando consequências sobre as quais seja credor de correspondente informação (cf. art. 485.º, n.º 2, C.Civ. ⁹³²). Dir-se-á então que as *leges artis* foram respeitadas consoante a indicação médica implicou como recurso o enema, mediante um vaso de vidro para as águas mornas misturadas com a solução indicada, que, por via do tubo e cânula purgará as entranhas ou permitirá que a substância activa penetre no sistema sanguíneo através das vascularizadas paredes do intestino; ou mediante uma droga oral ou uma pomada. Mas, independentemente da *hierarquia* e demais condicionantes, as *leges artis ad hoc* hão-de tomar em conta a opção esclarecida do paciente, que não se quererá desnudar ou que não suporta o sabor do medicamento adequado ou terá aflição à cânula na sua *carne*. É caso para exclamar: *vá lá saber-se!*? Isto é, há mesmo que determinar o que sabe e pretende o paciente. Se nada quiser ou, querendo, não tiver decidido quando e como, terá em princípio de se esperar.

⁽⁹³¹⁾ Sobre estes aspectos focou —e muito acertadamente o fez— Eduardo DANTAS a sublimação de um processo contínuo e pleno de informação que viabilize o culminar do processo de decisão: o exercício de uma opção; de uma opção esclarecida, cf. *When Consent is not enough: the construction and development of the modern concept of autonomy*, in *Medicine and Law*, probok, vol. 30, n.º 4, 2011, pp. 461-475.

⁽⁹³²⁾ Para desenvolvimentos sobre esta matéria, por todos, mostra-se imperioso o estudo da obra de Jorge SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, (dissertação de doutoramento) Almedina Ed., 1989 (ISBN 978-972-40-0560-7), *maxime* pp. 455-582.

Ora, se o ser humano apresenta prévia e abstractamente uma DAV é porque fornece, no mínimo, uma declaração concludente de dúvida (mesmo que seja para consentir em diagnóstico ou tratamento alternativo). *He's looking forward to the dark side of the moon* ⁽⁹³³⁾. Declara implicitamente reiterar o seu *status quo* natural de dignidade: não me toquem. Este constitui um argumento fulcral que deve ser levado permanentemente em linha de conta, seja para entender que os foros da autonomia do paciente passaram a integrar uma disciplina jurídica do exercício da medicina.

É a *consagração* individualizada do consórcio entre Medicina e Direito. Existem agora *leges artis medicinae do novo casal*, que se respeitará reciprocamente na constância do seu matrimónio e nas práticas do respectivo quotidiano de convivência. Quer nas da própria especificidade das matérias do Direito da Medicina, quer sobretudo, nas da tradução prática do estatuto de dignidade individual: as *leges artis* ou *leges artis ad hoc*. Esta compreensão é feita à custa das manifestações de vontade e adentro destas, pelas atitudes ⁽⁹³⁴⁾. Mesmo quando o profissional de saúde se depara com quem não possui autonomia (uma criança, um interdito ou inabilitado, etc.) procura imediatamente quem o represente, mas para lhe confirmar a melhor solução que a *equação* médico-medicamentosa oferece para o procedimento. Confrontando-se com uma recusa, o profissional de saúde não se conformará facilmente sem insistir e sem certificação.

De qualquer modo, sabe ter sido acautelada a excepção ditada pela solidariedade e pelo seu dever e magnificamente traduzida na CDHBio. (cf. art. 8.º):

⁽⁹³³⁾ Pink Floyd; Mystic Prophecy: «*I'm afraid of day and night;/ I'm breaking into thousand pieces; / Hands are touching me, again and again; / And I can't defeat myself; / Is this only a dream? / Please tell me way! / It's the dark side of the moon; / when I see your face in black; / every night, destroying my dreams; / I'm crying and try to escape; / 'Cause the pain is unbearable; / (...)*».

⁽⁹³⁴⁾ Este argumento foi-me caro quanto a toda a matéria do registo do consentimento, cf. *O Consentimento...*, cit., pp. 423 e ss.; e encontro-o designadamente em Rui NUNES, *Dimensão Ética na Abordagem do Doente Terminal*, in *Cadernos de Bioética*, n.º 3, Ed. Centro de Estudos de Bio-Ética, Dezembro, 1993, pp 13-48, *maxime* p. 24, onde refere expressamente: «existe uma diferença assinalável entre aquele doente que, alguma vez, por qualquer meio, exprimiu a sua opinião sobre este assunto, e aquele que nunca o fez.». No mesmo sentido cf. também André DIAS PEREIRA, in *O Consentimento...*, cit., pp. 251 e s. e Helena PEREIRA DE MELO, *Testamento Vital...*, cit., pp. 171 e ss.

«Quando devido a uma situação de urgência o consentimento apropriado não possa ser conseguido, qualquer intervenção medicamente indispensável pode ser imediatamente efectuada para benefício da saúde da pessoa em causa.».

Eis o confronto entre o sentido e o alcance do princípio da autonomia, no seu jogo de balanços com os limites da privacidade e intervenção viável — beneficente em termos individuais ou mercê do reduto de protecção resultante do exercício colectivo do poder— com que aposta Sheila McLean rever e reafirmar as releituras permanentes de uma conquista não apenas de natureza liberal, mas por graça dessa liberdade com que se pretende ver no indivíduo um reduto, para ela opcional, para mim traduzido na conquista fundamental de sair até ao limite possível, em matérias da esfera mais íntima, das peias da vinculação: *o recanto da recusa* ⁽⁹³⁵⁾.

XVII. § 3.º Uma autonomia prospectiva

Neste conceito, recortado por Guilherme de Oliveira, incluem-se todas as declarações mediante as quais alguém busca prevenir consequências indesejadas de uma actuação médica excepcional —privilegiada— em casos de perda ou diminuição de consciência ou da vontade — por exemplo, para a manutenção artificial da vida —, ao configurar quadros possíveis do desenvolvimento de uma doença e exprimir, antecipadamente, as respectivas instruções ou delimitações para agir ⁽⁹³⁶⁾, ou tão simplesmente para prevenir o

⁽⁹³⁵⁾ Cf. Sheila MCLEAN, *Autonomy, Consent and the Law...*, *cit.*, *passim*.

⁽⁹³⁶⁾ Em rigor, as DAV existiram desde sempre, especialmente perante casos em que o agente médico se encontra perante uma ausência de *utilidade terapêutica* ou perante *um esforço terapêutico desproporcionado*; em suma: casos em que o paciente está fatalmente doente — facto comprovado por forma mais ou menos complexa consoante se verifique ou não em ambiente hospitalar e a instituição possua protocolos de actuação para o efeito ou comissão de ética —, permitindo que este, *por escrito*(?), deixe indicações *v.g.* para que se não iniciem ou tratamentos ou que estes não prossigam, verificadas as circunstâncias determinantes. A intenção é prevenir a situação em que o paciente fique impedido de manifestar relevantemente a sua vontade e sem expectativas de retomar discernimento até ao desenlace fatal. Estado que o doente antecipa e quer evitar por razões pessoais (sofrimento para a sua família, degradação que lhe faz sentir a sua dignidade maculada ou diminuída, etc.). AD NIEUW (*op. cit.*, pp. 128 e s.), ao comentar as directivas antecipadas de saúde, por confronto ao consentimento informado, vê nestas o reconhecimento —passivo— do direito de autodeterminação em relação ao próprio corpo, ao invés daquelas onde constata também a eventual determinação a outrem das decisões correspondentes — sustenta aqui poder concluir-se que quem não tenha formulado uma DAV pode ficar submetido à vontade discricionária do médico, isto é, sujeito a uma interpretação pela qual a falta de «testamento vital» signifique um consentimento tácito para uma *substituição na tomada de decisões* que,

futuro em vista de um qualquer perfil de dignidade desejado, que se mostre adequado socialmente ao estatuto temporal e sócio jurídico vigente; às convicções religiosas ou aos estímulos pessoais de uma simples superstição.

Com um superior ou inferior arco temporal a mediar o esclarecimento e a decisão, sempre que um paciente recusou total ou parcialmente uma proposta de actuação médica beneficente projectou uma sua decisão tendente a solicitar de outrem o respeito pela sua incolumidade (Benjamin Cardozo), o que vigorará até que exerça o seu direito de mudar de opinião ou, mesmo mudando de opinião anteriormente consentida, suspenderá qualquer actuação.

As questões a atalhar transportam-se agora, por exemplo, do ensejo em evitar o jogo da *piadosa traição* desempenhada no *teatro das verdades* frente aos *espelhos dos enganos*, onde o amor ao próximo propende para dificultar que se reconheça o valor de um não! Para que se deve garantir um eco; ou a realidade de um desaire, para que se medem as palavras com que se telegrafia a verdade. Pergunto-me todavia se o conceito não abarca outras realidades possíveis, e entendo responder que sim.

XVII. § 3.º.1. Os diferentes graus de antecipação da vontade: presença e ausência

O processo prévio de esclarecimento implica sempre uma directiva antecipada de vontade que se submete a uma curta ou longa viagem até que se verifique a condição ou o termo que a realiza. O mesmo é dizer: existe quem não queira entregar o destino a outrem, «à melhor solução existente» e/ou à disponibilidade para dilatar o tempo de vida ou à configuração do tempo disponível de certa maneira.

O ser humano pode antes pretender uma sua solução alternativa. Devo ser realista. As decisões de que vou tratar implicam escolhas possíveis entre recursos escassos, implicam a possibilidade de retrainir uma oferta —e um ensejo— do desenvolvimento tecnológico da medicina; resultam da compressão

no pior dos quadros, podem ser tomadas *independentemente dos seus interesses*. Este raciocínio revela-se fundamental e desvela o fio da meada que conduz a uma revolução pedagógica sobre o exercício da autonomia. Ocorre o mesmo na solução de oposição para transplantação *post-mortem* de órgãos (por exemplo, na Bélgica desde 2002 com legislação específica).

recíproca entre uma autonomia empírica (onde possa verificar-se na medida do reconhecimento heterónimo comunitário: a ordem jurídica e a capacidade de exercício), pressupostos como a projecção da dignidade e outros princípios, como o da protecção da vida, da privacidade, do respeito e da solidariedade.

E tem, de ser *actual* —ainda que não *presente*— e subsistir perante uma presunção de beneficência e de não maleficência, eficazes pela natureza própria do exercício da medicina. A decisão de autonomia funciona contra o padrão de actuação estritamente técnico vigente. O que se presume é a inversa: a manutenção da vida, na procura ao menos do estado fisiológico prévio activo, com os meios disponíveis. O desígnio da medicina não será apenas o de alterar, *rectius*, prolongar o tempo de vida, sem mais, mas a tentação desse paternalismo subsiste e o respectivo exercício prático acaba por fazer temer pela consequência de uma temida medicina receosa (comumente apelidada como defensiva ⁹³⁷). Em termos muito práticos, o profissional de saúde, perante um quadro de necessidade propende e está deontológica e eticamente formatado para agir, para lançar mão do que seja possível para inverter o processo da falência vital e, a permanecer o paciente nessa fragilidade, endossá-lo ao profissional do turno seguinte.

⁽⁹³⁷⁾ Como venho defendendo, a designada medicina defensiva pode e deve designar a componente mais invasiva da medicina preventiva: onde esta deixa os parâmetros globais de mera profilaxia —cuidados de higiene, exames gerais regulares, etc.— e intervém em termos invasivos individuais. Penso em exemplos como o da anunciada mastectomia da actriz Angeline Jolie, para reduzir o elevado risco de poder vir a padecer de cancro cf. http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Saude/Interior.aspx?content_id=3218207; ou em uma cirurgia para retirar sinais que podem degenerar em melanomas, etc. O conceito pode e deve englobar, em termos mais gerais, o Sistema Nacional de Notificação de Incidentes e Eventos Adversos (cf. DL n.º 284/2008, de 02 de Dezembro). Trata-se então, segundo esta perspectiva de uma subespécie da medicina preventiva geral, contrapondo assim as acções gerais às acções pontuais (v.g. medidas anti tabagistas e vacinação obrigatória concreta; pedagogia sobre higiene e quarentena), sobre a amplitude do conceito de medicina preventiva, de onde delimita uma prevenção concretizada (terciária) de uma prevenção primária ou secundária que, até, podem conduzir a esta última, cf. Jean ZOURBAS, *A Medicina Preventiva. Um Estudo sobre a medicina e seus agentes para a prevenção da doença*, Itau Ed., (trad., Ana Maria Silva da Ed. original PUF ed.), Lisboa, s.d. Sobre esta matéria cf. ainda, Guilherme de OLIVEIRA, *Medicina Preventiva — será assim tão diferente da... Medicina?*, in *Lex Med.*, 5, n.º 10, 2008 (ISSN 1646-0359), pp. 05-14; e Guilherme de OLIVEIRA, *O Sistema Nacional de Notificações de Incidentes e de Eventos Adversos (SNNIE)*, in *Lex Med.*, 9, n.º 18, 2012 (ISSN 1646-0359), pp. 5-12. A medicina receosa é a que é prosseguida para descartar a responsabilidade individual do médico: — fiz tudo o que estava ao meu alcance, até ao encarniçamento. Tenho-a por má prática.

O equilíbrio entre a medida da função médica do que seja fútil, espúrio, é já o resultado de uma esquizofrenia com que a tecnologia médica desafia o profissional de saúde. O que tenho agora de consagrar é que a vontade individual (relevante) constitui uma barreira que as *leges artis ad hoc* não podem desprezar, pelo que, também por aqui encontro um argumento para inserir nas regras técnicas da actividade médica o que concerne a uma decisão esclarecida do visado e, conseqüentemente, do profissional de saúde (938).

XVII. § 3.º.2. Um conceito muito rico em designações

As designações com que as realidades subjacentes ao conceito foram sendo baptizadas são muito variadas: instruções prévias», «testamentos de vida», «directrizes» ou «disposições» ou «declarações», «vitais», «para cuidados médicos», «biológicos», de «moribundo», etc.; e muitas foram as *vestes* para os conceitos (939). Devo aqui redimir-me em favor da expressão «directivas antecipadas de vontade», adoptada por João Loureiro e por André Dias Pereira (940) e, posteriormente, em termos parciais, recebida pela doutrina e

(938) Cf. Lindsay A. DOW; Robin K. MATSUYAMA; V. RAMAKRISHNAN, *et al.* (Laura Kuhn, Elizabeth B. Lamont, Laurel Lyckholm, and Thomas J. Smith): *Paradoxes in Advance Care Planning: The Complex Relationship of Oncology Patients, Their Physicians, and Advance Medical Directives*, in *Journal Of Clinical Oncology*, vol. 28.º, n.º 2, January (10) 2010, pp. 299-304, cf. <http://jco.ascopubs.org/content/by/year/2010>. Os AA. processaram um número de 75 entrevistas a doentes oncológicos avançados chegando à conclusão de que a falta de informação sobre opções em matéria de prognose e a falta de discussão sobre os respectivos DAV (cerca de 41% tinham realizado a DAV) ou a sua realização e discussão no âmbito dos serviços levou a que os mesmos recebessem terapias agressivas (relativa ou absolutamente indesejadas). A quase totalidade dos pacientes (61) gostaria de ter discutido os seus DAV com profissionais de saúde (seja o médico oncologista, seja o médico de família). Para mais desenvolvimentos cf. a bibliografia indicada com citações cruzadas: *v.g.*, para a Austrália: Allison LOVELL e Patsy YATES, *Advance Care Planning in palliative care: A systematic literature review of the contextual factors influencing its uptake 2008-2012*, in *Palliative Medicine*, n.º 28, (7) Maio 2014 (sumário acessível in <http://pmj.sagepub.com/content/early/2014/05/12/0269216314531313.abstract>).

(939) A síntese da totalidade das designações que foram propostas ou meramente utilizadas na doutrina portuguesa foram acompanhadas por João Carlos LOUREIRO, *Metáfora...*, *cit.*, pp. 27-65; e ulteriormente, em *Advance Directives: A Portuguese approach*, in *Lex Med.*, Ano 5.º, n.º 9, 2008 (ISSN 16646-0359), pp. 5-14. Oferecendo uma panóplia de designações em torno de uma «autonomia prospectiva», cf. Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Ricardo Caracciolo y Victor Ferreres), Ariel, Barcelona, 1994 (ISBN 84-3441115-6), pp. 233-284.

(940) Em *O Consentimento...*, *cit.*, manifestei a minha inclinação pela expressão «testamento em vida».

pelo legislador português: a palavra directiva designa exactamente a prossecução de um objectivo, deixando um «iter» com alguma «margem de manobra» no que virá a ser a eventual adaptação do(s) desígnio(s) do declarante à configuração e concretização do que é pretendido. Independentemente de não se mostrar essencial expender muitas linhas em torno do problema, eis a expressão que, usada pelo legislador, se parece adaptar ao contexto literal, gramatical, em que é demandada. O problema da identificação dos conceitos merece mínimos de atenção, ao menos na pequena circunscrição referida. Deve reflectir a realidade que transporta, de tal sorte que se revele logo o mais completa possível, e evitar ainda planos de mistificação com outras realidades ou hesitações evitáveis (941).

O mesmo me parece, aliás, com enormes vantagens, em relação à sinonímia «instruções prévias», que foi adoptada na nomenclatura espanhola (942) e a que daria aplauso ainda mais veemente, tanto quanto pondero. E tanto só porquanto as palavras «directiva» e «testamento» encontram-se, de algum modo, *ocupadas*. A segunda porquanto constitui uma disposição «*mortis causa*» (cf. art. 2179.º do C.Civ.) e porque, com o devido respeito, apenas quanto às disposições de «oposição» sobre o destino de órgãos ou corpo humano após o termo da vida, tem sentido reportar à colação o preceituado no n.º 2 do preceito em referência, caso em que o testamento deixa de todo de ser «vital», i.e., para «a» e «em» vida. Por seu turno, «antecipado» pode efectivamente ser mais limitador do que «prévio». A designação das DAV en-

(941) Sobre esta matéria remeto os desenvolvimentos também para Joaquim Sabino ROGERIO, «*Living Will — Reflexão sobre o que se discute e se propõe...*», *cit.*, 117 e ss. Registo a explicação e opção pela expressão declarações antecipadas de vontade (ou de paciente), em relação à qual, pela identidade de razões que avancei para a expressão «instruções» aceito perfeitamente a preferência.

(942) Sobre o desenvolvimento das «instruções prévias de vontade» no ordenamento jurídico espanhol e respectiva «planificação antecipada de atenções», seja em termos autónomos, seja em termos gerais, cf. Aitziber EMALDI CIRIÓN, *Derechos de los pacientes en la Comunidad Autónoma de la Rioja: Especial Referencia a las Instrucciones Previas*, in *Anuario Jurídico de La Rioja*, 10, 2005 (Anales del Convenio Universidad de La Rioja — Parlamento de La Rioja, pp. 35-62, acessível in: http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2136253.pdf&ei=moq2U5WQgKvPoAWYi4GwBQ&usg=AFQjCNGFXfPtV2W5puGo85nlyctbJPI8SA&sig2=fh96dq_iLtwM-cMXuBN8vdQ&bvm=bv.70138588.d.d2k; e, ainda o excelente texto de José Antonio SEOANE, *Planificación Anticipada de la Atención e Instrucciones Previas en España*, in AA.VV., *Consentimento Informado*, in *Julgar*, Coimbra ed., 2014 (ISSN 1646-6853), pp. 305-349.

quanto testamentos pode ainda causar alguma «contaminação» sistémica com os efeitos do carácter pessoalíssimo preceituado no art. 2182.º do CCiv.; isto em termos hermenêuticos, tanto mais que será *boa prática*, pelo contrário, ponderar o que em matéria de manifestação de vontade exprime o preceituado no art. 2187.º do C.Civ., n.º 1 e n.º 2, para a reconstituição da «vontade do testador»⁽⁹⁴³⁾, no que apelidarei como «preenchimento da vontade perdida». E a primeira («directiva») porque integra a «ordem jurídica própria» das Comunidades europeias e, pela redacção legislativa europeia (cf. art. 249.º Tratado de Roma), integra o conceito de acto legislativo específico nestes termos:

«A directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando no entanto às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios». (944)

XVII. § 3.º.3. Directivas, declarações ou instruções, testamentos ou procurações: tanto faz!?

No caso português, como se verá, as DAV concretizam-se por via de dois mecanismos formais —«designadamente»—: o testamento vital (TV: *instruções prévias*) e os procuradores de cuidados de saúde (PCS), cf. arts. 1.º e 2.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho (LDAV), mas constituem meios preferenciais, de onde o «designadamente» com que o legislador não deixa de referenciar prudentemente o registo documental imposto neste último precei-

(943) Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O Testamento: Apontamentos*, Reproset Ed., s.l., s.d., *passim*.

(944) Cf. *Directivas Comunitárias* (José Luís CRUZ VILAÇA), texto sumário sobre *Direito da União Europeia*, da Faculdade de Direito da UNL 2010/2011, acesso in http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jlcv_MA_12764.pdf. As directivas (que podem ser oriundas do Conselho, do Conselho e do Parlamento Europeu e da Comissão, cf. art. 249.º, 253.º e ss. CE) implicam obrigatoriedade, i.e., *preceptividade* específica da qualidade normativa que possuem, e, tal como decorre dos arts. 288.º e ss. do TFUE, são vinculativas para os estados-Membros destinatários e implicam —desejavelmente— uma transposição prévia para ao direito interno, o que significa que os Estados-Membros devem efectuar a transposição (adaptações eventuais) até à data limite prevista no acto legislativo ou em termos gerais, 6 meses a 2 anos, sob pena de poderem ser responsabilizados por quem sofra prejuízos com a transposição incorrecta ou com a mora (cf. TJUE, ex.º Ac. Andrea Francovich e Danila Bonifaci vs. Itália, de 19/11/1991, cf. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61990CJ0006>: «(...) It follows that the principle whereby a State must be liable for loss and damage caused to individuals by breaches of Community law for which the State can be held responsible is inherent in the system of the Treaty (...)).».

to. Neste aspecto, não me subsistem muitas dúvidas de que o legislador foi audaz em afirmar a dignidade humana à medicina, mas cedeu e confessou as cautelas que tantas vezes mascaram as tentações de burocratização jurídica⁽⁹⁴⁵⁾. De todo o modo salvou-se o essencial face ao preceituado no art. 9.º da CDHBio («desejos previamente expressos») e que consistiu na existência de indicações seguras sobre a manifestação de vontade, que não carecia e continua a não carecer de uma formalização forçosamente canalizada através de um modelo. A DAV pode ser elaborada com respeito pelas formalidades exigidas na lei e guardada e exposta em momento próprio (cf. art. 3.º, n.º 1 e n.º 3, *in fine*, 6.º, n.º 1, Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho). Adiante.

XVII. § 4.º O intolerável desrespeito pela recusa.

As DAV encontram-se, desde a respectiva origem, miscigenadas com o debate em torno da aceitação e repúdio da eutanásia —até onde a polissemia deu abertura—, mas revelam-se em uma realidade autónoma, de fronteira, em perfeito e legítimo paralelismo com o que sejam os «pântanos» existentes entre e adentro de conceitos sobre «vontade atendível», «auxílio ou ajuda à morte»⁽⁹⁴⁶⁾ ou «homicídio a pedido», tal qual se entende Luis Kutner, autor do primeiro documento, que foi então denominado «*living will*»⁽⁹⁴⁷⁾:

⁽⁹⁴⁵⁾ Em sentido análogo quanto aos problemas «documentais» do consentimento assim sempre entendi o ensino de Guilherme de OLIVEIRA e o de André DIAS PEREIRA, cf. *Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*, in AA.VV., *O Consentimento...*, cit., p. 291.

⁽⁹⁴⁶⁾ Neste sentido invoco aqui a precisa circunscrição que Jorge FIGUEIREDO DIAS realiza em torno da «eutanásia», com o que, em matéria penal (extensível todavia enquanto conceito uniformizador para as demais disciplinas) deve ser entendido «precisamente e só» como *ajuda à morte*, a saber: «o auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe tornar possível uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas.», cf. Jorge FIGUEIREDO DIAS, *A «ajuda à morte»...*, cit., p. 203; expressão que, de acordo com o reputado Mestre de Coimbra, delimita o escopo da actuação em causa adequando-a à teleologia da dignidade individual do enfermo; e por outro lado afasta um emocionado discurso cujas paixões acabam por levantar um véu de suspeição sobre a objectividade do discurso do legislador; tal como afastado deve quedar o *circulo inextricabilis* de exercícios que melhor seria deixar definitivamente para memória futura na História da Humanidade, como seja a eugenia prosseguida durante a II GM, etc.

⁽⁹⁴⁷⁾ Cf. Luis KUTNER, *Papers*, inventário acessível in: <http://findingaids.stanford.edu/xtf/view?docId=ead/hoover/kutnerlu.xml;hit.num=4;brand=default;query=living will>; e (1969) *Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal*,

in *Indiana Law Journal*: Vol. 44; Iss. 4, Article 2, acessível: http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Fvol44%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, artigo onde cita vários casos em que uma motivação forte, seja a pedido da vítima, seja por razões ingentes de carácter emocional ou por destino da vítima inspiraram um sentido favorável às decisões judiciais em favor da eutanásia, igualmente acatadas por alguma doutrina e opinião social, como aconteceu no caso de Susanne van de Put, que despertou atenção internacional. Julgado em Liège, Bélgica, tratou-se de um homicídio pela morte da filha, com oito dias de vida, que tinha nascido com deformações causadas pelo uso de um medicamento (talomida); acusados estavam ainda o pai, a avó, a tia e o médico de família. A questão despertou a simpatia da opinião social e a sentença de absolvição foi recebida com exultação em Liège atribuindo à actuação compreensíveis motivos altruístas. Luis Kutner dá indicação de bibliografia sobre o assunto: «N. St. JOHN-STEVAS, *The right to Life*, ch. 1 (1964); OULAHAN, *Euthanasia: Should One Kill a Child in Mercy!*, LIFE, Aug. 10, 1962, at 34-35; GALAHAN, *Tragedy at Liege, van de Put's Thalidomide Baby*, Loox, Mar. 12, 1963, at 72-74.». Todavia, como o próprio A. reconhece, a questão reconduz-se à interrogação sobre se um homicídio com laivos emocionais (mais ou menos compreensíveis) deixa de ser um homicídio, o que lhe impõe uma reflexão sobre o «direito de privacidade» individual em casos justificados para uma autónoma decisão sobre a eutanásia, que, inevitavelmente, se situam em campos algo diferentes de casos, como o de Susanne van de Put. Aqui suscita-se uma aparente uma proximidade (perigosíssima) com o confronto de «vidas que não merecem ser vividas» (terreno intolerável) mas cedo se remetem antes em um cadinho identificado e designado como «eutanásia precoce», que Jorge FIGUEIREDO DIAS refere como embaraço em termos penais cuja solução propõe ser endossada em paralelismo —«na medida possível», digo eu, do caso concreto—, para uma «valorização do sentido social da conduta» que afaste o «âmbito da protecção da norma típica de homicídio» como ocorre no caso da «síndrome apálica», cf. ID., *A «ajuda à morte»: uma consideração jurídico-penal*, in *RLJ*, Ano 137.º, Março-Abril 2008, n.º 3949, pp. 202-215, p. 211, n. 29. Para considerar uma solução para os casos em que a «síndrome apálica» integra um estado vegetativo persistente, afastando a decisão isolada ao médico assistente em cessar o fornecimento de meios artificiais de sobrevivência fisiológica, no âmbito do que seja o dever de assistência médica, cf. divergências em Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A Negligência Médica Hospitalar...*, cit., pp. 65-70, em que aponta que, doutrinariamente, se pugna pela existência de um dever de auxílio mesmo onde se verifique a inexistência de hipóteses de vida; mas dá nota de que se trata de opinião não unânime, citando Gonzalo Rodríguez MOURULLO, *La omisión de socorro en el código penal* (prologo Juan Córdoba Roda) Tecno Ed., Madrid, 1966, p. 206, segundo o qual, perante um desenlace irremediável, em curso inexorável de deterioração da vida, cessa o dever de socorro. Parece que a questão deve ser resolvida exactamente no campo do que seja o dever de amparar o desenlace: é esse o desenlace que arreda evidentemente esforços inúteis.

Partindo da solução proposta pelo inglês Glanville WILLIAMS (associações inglesas a favor da eutanásia), Luis KUTNER constrói uma proposta de documento, elaborado na presença de duas testemunhas e que seria submetido ao menos a dois médicos (inclusive indicados pelo tribunal); proposta legislativa que não mereceu acolhimento nos Estados onde foi ensaiada: Nebraska e Nova Iorque: «KAMISAR, *Some Non-Religious Views Against Proposed "MercyKilling" Legislation*, 42 MINN. L. REv. 969 (1958).».

Sobre o «estado da arte» acerca da afirmação da eutanásia, cf. o perfil e obra de Philip NITSCHKE (ao leme da Exit Internacional, fundada em 1997), in

«Another facet of euthanasia involves the situation in which a doctor acts to prolong the life of a patient. The law recognizes a patient's right to consent to or to refuse treatment whether it be an injection or an operation. The Illinois Supreme Court has refused to condone the authorization of blood transfusions to a competent adult who had steadfastly asserted her religious beliefs against such a transfusion despite the fact that she was in extremis. The attitude of the law is to recognize the inviolability of the human body. The patient's consent must be voluntary and informed. These notions are buttressed by the constitutionally recognized right to privacy. Clearly, then, a patient may refuse treatment which would extend his life. Such a decision must rest with the patient. However, when a patient is unconscious or is not in a position to give his consent, the law assumes a constructive consent to such treatment as will save his life.»⁽⁹⁴⁸⁾

O mesmo é dizer: pode o paciente, reunindo as devidas cautelas — preferencialmente mediante registo de onde se retire a memória; razão pela qual a demonstração documental assume natural preferência— repudiar a intervenção salvífica do profissional de saúde. Pode evitar a acção ou, por

<http://www.exitinternational.net/page/OurDirector>. No decurso da curta vigência da legislação australiana nos territórios do Norte, *Rights of the Terminally Ill Act*, entre 1996 e 1997, Philip NITSCHKE afirma-se ter sido pioneiro na administração voluntária de uma injeção letal para a prossecução de um processo de «auxílio à morte» assistido; autor de livros sobre a matéria («*Killing me Softly: Voluntary Euthanasia & the Road to Peaceful Pill*»); o mais controverso e actual será seguramente: «*Peaceful Pill e Handbook*», cuja análise sumária e aquisição pode ser realizada através de <http://www.peacefulpillhandbook.com/>. Por via deste *site* é possível aceder a «fóruns» *www* para esclarecimento de dúvidas em torno do «suicídio assistido». O A. partilha também a fama de «Dr. Death» e foi *acusado* de vender no Reino Unido «kits» para testar a eficácia das drogas adquiridas para ministração individual de meios letais, cf. <http://www.theguardian.com/society/2009/mar/29/assisted-suicide-doctor-philip-nitschke>. Entre as «Sociedades» pró eutanásia, «Exit», a mais antiga será a Escocesa, de 1935; constituída a partir da iniciativa de Lord MOYNIHAN e Killick MILLARD, <http://www.euthanasia.cc/vess.html>. A Sociedade Americana: «Euthanasian Society of America», de 1935/1938, foi dirigida por Charles Francis POTTER. Nos EUA os propósitos iniciais em torno da «legalização» da eutanásia foram sendo adaptados, a partir da década de 60 do século passado, às teorias em torno do consentimento e da recusa sobre tratamentos médicos, cf. <http://www.life.org.nz/euthanasia/abouteuthanasia/history-euthanasia/>. Este *desvio*, a que se associou a redacção da *Plea for Beneficiant Euthanasia*, documento cujo abaixo-assinado teve uma decisiva contribuição de três prémios Nobel: Linus PAULING, Georg THOMPSON e Jacques MONOD (cf. Revista «*The Humanist*» em 1974, <http://www.worldrtd.net/news/plea-beneficent-euthanasia>), terá conduzido a que em Janeiro de 1977, a Califórnia visse legislação sobre a matéria: o *Natural Death Act* [J LegMed (NY). 1977], texto acessível in <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1238103/>. Sobre esta evolução, com pormenor, cf. Joaquim Sabino ROGÉRIO, «Living Will» — *Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque jurídico-penal*, in *Lex Med.*, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 115-134.

⁽⁹⁴⁸⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 547, onde indica doutrina e fontes judiciais: «MORSE, *Legal Implications of Clinical Investigations*, 20 VAND. L. Rev. 747, 752 (1967) / *In re Brooks' Estate*, 32 Ill. 2d 361, 205 N.E.2d 435 (1965). A similar decision was reached by a New York court in *Erickson v. Dilgard*, 44 Misc. 2d 27, 252 N.Y.S.2d 705 (Sup. Ct. 1962). A different approach is taken with regard to a minor when the parent refuses permission for blood transfusion. Note, 41 *NorEDAMELAW*. 722 (1966)».

outras palavras, impor a omissão. O que lhe é vedado é a possibilidade de — sem fortes controvérsias sobre as fronteiras da licitude— lhe projectar os mesmos efeitos dessa manifestação de vontade em determinados termos positivos: o auxílio para o decesso (se bem que existam graus variados de actuação, possíveis de serem levados a cabo à margem de uma certificação judicial). A delimitação do que seja lícito e ilícito permanece, pois, ainda em terrenos que devem ser esclarecidos.

Todavia, a questão merece uma precisão prévia. Se acredito estar perante o instrumento que revela a importância da recusa, como aconteceu com a primeira previsão sobre a relevância da manifestação de vontade no ordenamento jurídico português (cf. LBS e/ou EH), a verdade é que a liberdade *negocial* que será sempre inspiradora da manifestação de vontade relevante para os cuidados de saúde não impede que o interessado dê exactamente indicações *positivas* que precisem as excepções, seja para informação seja para terapia (os privilégios terapêuticos), que os seus *melhores interesses* ou a sua *vontade substituída* determinariam nos cuidados de saúde previsíveis.

Na verdade, pode alguém pretender exercer opções positivas de tratamentos, e também neste sentido se podem suscitar interrogações. Nada deve impedir, em princípio, que um cidadão antecipe a indicação de opções sobre medicação ou intervenção menos ou mais agressiva, a fixação de determinados limites de exposição pessoal, a reserva sobre submissão a terapias experimentais ou a experimentação pura, disponibilidade total ou parcial de órgãos, etc. Isto mesmo pode levantar questões que se prendem com um encurtamento activo do tempo disponível de vida, como é o caso exemplar da utilização agressiva de medicação paliativa de dores ou para outras intervenções que, com desiderato de alívio, acabam por se mostrar análogas. Optar, neste sentido, significa ainda e sempre renunciar a outras vias.

E, em um sentido ou em outro (para vertentes opcionais do consentimento ou para a recusa), as DAV, tal como as decisões feitas por intermédio de um PCS podem colocar em jogo por via *activa indirecta* ou por *ajuda passiva* ⁽⁹⁴⁹⁾, um encurtamento do tempo de vida. No primeiro caso, contemplam-se actuações positivas que conduzem a uma aceleração do desfecho ou a danos colaterais (medicação que retira a dor mas possui uma toxicidade letal ou

⁽⁹⁴⁹⁾ Reporto-me aos conceitos definidos por Jorge FIGUEIREDO DIAS, in *A «ajuda à morte»...*, *cit.*, p. 205.

que cura mas associa lesões outras, também fatais: *a morte da cura*). No segundo caso, a recusa esclarecida abrevia o decesso. Especialmente aqui, estão em causa as decisões pelas quais o ser humano opta por repudiar que seja ultrapassado o seu limiar da vulnerabilidade aceitável. Se todos nascemos votados ao perecimento e à contingência da dor, também é verdade que nascemos com a faculdade de comunicação, *com uma voz*: uma voz com que ditamos o nosso fado, a nossa permanente reconstrução do futuro. Eis o que Guilherme de Oliveira ensina de há anos a esta parte, designando esta reconstrução da dignidade individual, na autonomia de uma projecção relevante da vontade: «um consentimento informado antecipado».

Mas a autonomia subjacente, com o devido respeito, melhor se mostra neste aspecto quando vista pelo lado da recusa. A informação e o esclarecimento pressupostos para facultar ao paciente uma solução para as suas insuficiências sugerem, com benevolente evidência, um processo de sedução, de convencimento para a melhor solução proposta a que a medicina pode recorrer. Se o paciente mostra reticências é porque não entendeu; se não entendeu é porque não percebe; se não percebe possui outras insuficiências de discernimento e assim se raciocina em um ápice até ao privilégio. Só que o privilégio é forçosamente um abismo excepcional para a pureza daquele raciocínio. Os profissionais de saúde que utilizem a excepção prevista no n.º 4 do art. 6.º da LDAV têm explicações acrescidas a dar ^(95º). E ficam carregados com esse dever porque viram recusadas as *melhores* opções sobre as quais é legítimo supor possuírem um superior conhecimento.

XVII. § 4.º.1. A família e as dificuldades de uma «decisão substituída»

A recusa desvela doses acrescidas de verdade, e é com a verdade adquirida que o ser humano pode dar instruções prévias relevantes, apresentando directivas claras que afastem o caldo emocional que o precipício do que foi «antevisto» determina e coloquem em causa as justificadas dúvidas da simpatia da alteridade, mais aguda em quem ama.

^(95º) Penso que a norma se encontra construída para prevenir o que aconteça fora dos limites estritos de uma intervenção médica necessariamente realizada fora do ambiente informático funcional de uma estrutura hospitalar: *v.g.* intervenção em INEM.

A este respeito, o escritor Philip ROTH escreveu um trecho cuja realidade é evidente e ilumina perfeitamente o que acabo de escrever:

«(...) Informou-me também de que, nos termos da lei, depois de o meu pai ter sido ligado à máquina não seria desligado, a não ser que voltasse a poder respirar autonomamente. Impunha-se uma decisão imediata e (...) essa decisão teria de ser tomada apenas por mim. / E eu que explicara ao meu pai os termos do testamento da sua vontade quanto ao fim da vida e o levara a assiná-lo, não sabia agora o que fazer. Como podia dizer não à máquina se isso significava que não precisaria de continuar a travar aquela atroz batalha para respirar? Como podia tomar a decisão de pôr fim à vida de meu pai quando a vida é uma coisa que só podemos conhecer uma vez? Longe de invocar os termos do testamento com a sua última vontade, encontrava-me quase à beira de o ignorar e dizer: «Qualquer coisa! Façam qualquer coisa, seja o que for! (...)» (951)

Eis como uma fracção da realidade exemplifica a essencialidade de um registo processual clínico e do próprio registo das DAV, afinal um requisito de eficácia fundamental. Da mesma forma, sublinha dificuldades em torno do perfil, estatuto e eficiência da actuação de um PCS. Neste aspecto, exactamente para oxigenar, com a perspectiva de uma *íris* predominantemente matizada com o campo sociológico, escolho o raciocínio de Maria Filomena MÓNICA, quando dá indicação de uma insustentável dificuldade médica perante as variações de opinião da corrente *esquizofrenia* social —digo eu: saudável, pelo debate— perante valores em mudança:

«A vida dos médicos está a tornar-se insuportável, uma vez que tão depressa se vêem diante de famílias pretendendo, a todo o custo, manter o parente vivo, como diante de outras que, pelo contrário, o querem deixar morrer de forma tranquila.» (952)

Sobre os valores em mudança, a relatividade dos índices obtidos é muitíssimo importante, mas para o legislador significa muitas vezes o mero resultado das *oportunidades políticas*. Confesso que em matérias em que se discutem valores universais, ou no seu mínimo transnacionais, fico muito pouco impressionado com os (des)níveis dos impactos «regionais» dos e nos Estados-Nação, para além da importante constatação sobre a existência ou não de «intolerabilidade social», o que usualmente se manifesta localmente, diria

(951) Philip ROTH, *Património* (Tradução de Fernanda P. Rodrigues), Dom Quixote Ed., 2008 (ISBN 978-972-20-2992-6), pp. 209 e s.. Revelada como história real trata da descrição em que a racionalidade se entrelaça com os afectos, e, obviamente, sublinham a alteridade e as decisões.

(952) Cf. Maria Filomena MÓNICA, *A Morte*, Fundação Francisco Manuel dos Santos ed., Relógio d'Água, 2011 (DepLeg 329647/11, p. 37

até, em regime de resistência «aldeia gaulesa»⁽⁹⁵³⁾. De qualquer modo os estudos existentes confirmam uma tendência —reportada a 1998— segundo a qual existe quem afirme que cerca de 63% da população portuguesa se pronunciará em termos favoráveis em relação à introdução com restrições da prática da *eutanásia* com sentido e limites vagos⁽⁹⁵⁴⁾. Parece que a resposta

⁽⁹⁵³⁾ Refiro-me à iconografia da «aldeia de origem», bretã, da conhecida *banda desenhada* da autoria da parceria dos malogrados UDERZO & GOSCINNY, com as suas *Aventuras de Astérix, o Gaulês*, reportadas a 50 a.C., face ao domínio do Império Romano, da Dargaud, Ed.

⁽⁹⁵⁴⁾ Cf. Maria Filomena MÓNICA, *A Morte...*, cit., pp. 38 e s.. A A. faz menção e interpreta o estudo de José Luís GARCIA, Cap. 5: *Tecnologia, providência e progresso: alguns indicadores doxométricos de biopolítica em Portugal*, in AA.VV. (org. J. MACHADO PAIS, Manuel VILLAVERDE CABRAL e Jorge VALA), *Atitudes Sociais dos Portugueses: Religião e Bioética*, Instituto de Ciência Sociais, ISSP (*International Social Survey Programme*) 2001 (972-671-071-5), pp. 237-361. O estudo é baseado em um inquérito de 1998 que envolveu um universo 1201 respostas de 1920 inquiridos (escolhidos entre pessoas com elevado índice cultural e situados em uma faixa etária muito específica: 30/40 anos, situação económica estável, com simpatia partidária pela *esquerda*, ateus ou gnósticos e favoráveis a resultados científicos), obtendo-se as seguintes percentagens: totalmente a favor da eutanásia: 8,5 %; a favor com restrições: 54,1%; inaceitável: 35,3 %; n/s; n/r: 2,1. A percentagem a que chega Maria Filomena MÓNICA e que reproduzi resulta da adição dos dois primeiros grupos e no meu caso *alimenta* apenas a condução legislativa da LDAV. Segundo a A. «o estudo revela outro aspecto interessante: as atitudes perante a eutanásia, quando esta é decidida pelo doente, pela família ou pelos médicos. Ao conjunto dos inquiridos (62,6 %)» —favoráveis à eutanásia— fez-se o seguinte questionário: «1. O doente na posse das suas faculdades mentais tem o direito a ser ajudado pela medicina se decidir morrer?; 2. Quando o doente se encontra em coma profundo, os médicos, os médicos só podem *desligar a máquina* com o acordo da família?; 3. Quando o doente se encontra em coma profundo há muito tempo, os médicos têm o direito de *desligar a máquina*?. No que diz respeito às duas primeiras perguntas (...) —decisão do próprio ou da família— «38,2% e 28% respectivamente considerou-a sempre *aceitável*, enquanto 14,7% e 14,3% (...) —responderam— «por vezes; e 3,3% e 3,8% responderam ser «quase sempre inaceitável». O quesito 3. (...) —decisão do médico— «aceitável por 13,7%, por vezes aceitável por 9,8%, tendo 38,7% declarado a prática inaceitável.». Está bem de ver que o assunto carece de reflexão que expurgue as contradições de raciocínios em «franjas» de inquiridos com discernimento superior e incrementa o discernimento entre os significados parcelares: basta ilustrar com as faculdades conferidas à família. A A. faz ainda menção de um segundo inquérito de 2007 (09/02/2007, jornal *O Sol*), no âmbito de uma investigação jornalística em que curiosamente realça verificar-se um decréscimo da «favorabilidade» atingida (em torno dos 50% do total de inquiridos) à medida que aumenta a idade dos mesmos: 65,9% para os que tinham 18/24 anos para 38,4% para os que tinham mais de 65 anos.

Pelo menos este pormenor estatístico parece dar pleníssima razão a Laura FERREIRA DOS SANTOS quando pugna, *de lege ferenda*, pela inserção de um regime excepcional de não caducidade para quem, com mais de 60 anos elabore uma DAV, já que, como muito judiciosamente argumenta, trata-se de uma fase da vida a partir da qual é legítimo presumir que a maturidade já condensou as decisões, cf. *Testamento Vital...*, cit., p. 81. Foi pena, portanto, que o esforço legislativo que inseriu a manutenção do período de validade do DAV após a perda de consciência não se tenha alargado também a este aspecto (cf. André DIAS PEREIRA,

legislativa portuguesa (LDAV) percorre com as necessárias cautelas as rotas desse pequeno farol.

XVII. § 5.º O precedente legislativo dos EUA

O ano de 1990 do século passado foi muito revelador sobre a consecução das DAV e revolucionário sobre a determinante alteração que significa o plano da recusa manifestada com antecedência. Do outro lado do Atlântico, logo após a decisão definitiva no dramático caso Nancy Cruzan ⁽⁹⁵⁵⁾, entrou em vigor a *Pati-*

Directivas..., in *Julgar cit.*, pp. 300 e ss.; contudo o mesmo argumento desenrola outros dois: o primeiro é o problema de a legislação portuguesa não prever que a DAV seja previamente informada e esclarecida o que suscitará eventualmente a dúvida sobre o discernimento a partir de certa idade (reforma? Seria algo ridículo); o segundo é o do endurecimento da vontade em períodos que propendem a ser alargados em que os gerontes iniciam o seu processo de degenerescência neurológica, preceptiva, intelectual, etc.: factor que, infelizmente, implica uma das duas presunções possíveis: ou se deixa cair a DAV (quando é mais necessária) ou se inscreve via procurador de saúde uma renovação do «momento chave» de discernimento estável e cristalizável. Todavia, algo deve quedar-se inultrapassável. Os momentos lúcidos não devem contender com as mudanças de *opiniões* ou mesmo de *humores*... O que me interessa é o discernimento que não as teimosias ou os enquistamentos ou as opções *reaccionárias* a que tantas vezes se associam as manifestações

⁽⁹⁵⁵⁾ Cf. *Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health* (88-1503), 487 U.S. 261 (1990), acessível in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/88-1503.ZS.html>. Sobre este caso, como caso referencial, cf. ainda Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida...*, cit., especialmente pp. 255 e ss.; Dando nota, em síntese, também da referência mas e contexto com outros casos que concitaram a atenção internacional [nos EUA: Karen Ann Quilan (1985) e Terry Schiavo: 1990-2005); Em Itália: Eluana Englaro (1999-2009)], cf. Laura FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-los?* (Prefácio: Rosalvo Almeida; Pós-fácio: António Nóvoa), Sextante Ed., 2011 (ISBN 978-989-676-057-5), pp. 29 e ss. Todavia, a quantidade de jurisprudência referencial que já em 1999 se acumulava no sentido de retirar da «*common-law*» um direito assente na liberdade, privacidade e autonomia era já muito significativo, como facilmente se retira da citada nas «fontes do direito a morrer» a pp. 49-56 de Alan MEISEL, *The Right to Die*, Vol. I, Wiley Law Publications, 1989 (ISBN 0-471-84687-2); A. que, inclusive faz expressa menção da existência de casos em que se verificaram acções em que a recusa foi objecto de pedido de ressarcimento sem que o paciente tenha padecido de sequelas, e tenha beneficiado do tratamento: *Bartlin vs. Superior Court*, 209, Cal. Rptr. at 224; *Barber vs. Superior Court*, 195 Cal Rptr. At 492; *Foody vs. Manchester Memorial Hosp.* 482 A.2d at 719-20; *In re Conroy*, 486 A.2d at 1222; *Saunders vs. State*, 492 N.Y.S.2d at 514; *In re Eichner*, 102 Misc. 2d, 184, 423 N.Y.2d 580, 591, 423 N.Y.S.2d 580, 591 (Sup. Ct. 1979), *aff'd*, 73 A.D.2d 431, 426 N.Y.S.2d 517 (1980), *modified*, 52 N.Y.2d 363, 420 N.E.2d 64, 438 N.Y.S.2d 266, *cert. denied*, 545 U.S. 858 (1981); *In re Colyer*, 660 P.2d at 743-44. «*ch 2 discusses the informed consent doctrine, ch 8 its application yo competent patients in the context of decision-making about life-soustaning treatment, and ch 9 it's application in the context of decision-making by surrogates for incompetent patients.*», p. 48, n. 24.

ent Self-Determination Act (PSDA) ⁽⁹⁵⁶⁾, uma lei federal norte-americana que determinou à generalidade das organizações hospitalares (não aos médicos individualmente considerados) a obrigatoriedade de prestar esclarecimentos sobre a faculdade dos pacientes de tomarem decisões prévias de saúde.

O princípio de beneficência encontrava-se pronto para ser reescrito ⁽⁹⁵⁷⁾, em um sentido segundo o qual a «regra de bronze» (ou de ouro) fosse entendida em um primado, se bem que não absoluto ⁽⁹⁵⁸⁾, da aceitabilidade das opções alheias.

XVII. § 6.º O Direito português

Praticamente coevo ao aludido *esforço* americano de Luís Kutner ⁽⁹⁵⁹⁾, é curioso confrontar o quadro legislativo português que, muito embora distan-

⁽⁹⁵⁶⁾ Tratou-se da designação dada a um conjunto de secções normativas que regulavam os termos e condições para o apoio financeiro por parte dos sistemas de saúde, nas quais se esclareciam, entre o mais o dever de prestar informações escritas ao paciente sobre a faculdade de elaborar directivas antecipadas, fossem estas «testamentos vitais» ou «procurações de saúde» (secção 1395cc(f). Para mais desenvolvimentos, cf. http://www.cobar.org/index.cfm/ID/1816/subID/6625_/CLPE/Summary-of-Federal-Patient-Self-Determination-Act-by-Richard-Losh/

⁽⁹⁵⁷⁾ Refiro-me ao princípio de beneficência incluindo já a deriva do princípio da não malficência —algo autónoma— que Tom L. BEAUCHAMP e James F. CHILDRESS, construíram a partir do famoso Relatório Belmont, e sobre as quais demonstram uma necessidade contínua de especificações, sob pena de os mesmos se revelarem em vazios, em meras formalidades obrigacionais: de um dever por dever, de, por ex.º, não fazer mal; um *imperativo* que se pode transformar em protecções a todo o custo, cf. ID., *Princípios de Ética Biomédica*, Loyola ed. (tradução Luciana Pudenzi), S. Paulo, 2002 (ISBN 85-15-02565-5), pp. 45 e ss., 55, e s., 71 e ss. (utilitarismo), 84 e ss., 113, 127 e ss., *maxime* cap. IV: 209-279; e cap. V: 281-350), 492 e s., 522 e s., 536 e s., sem esgotar.

⁽⁹⁵⁸⁾ As limitações residem na radicalidade que repugna à alteridade em termos abstractos e universais (ex.º de amputação espúria), como claramente decorre das explicações de Laura FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital...*, *cit.*, pp. 32 e s. (cf. referências bibliográficas) que explica inclusive um conceito de biosofia (Félix Gurrari): a ecologia social e a humana a par dos demais discursos: ecológico e ambiental, pp. 37-46, onde a inteligibilidade viabilize uma reconstrução possível, sempre renovada, interactiva, pensada em primeira linha *etsi Deus non daretur* (como se Deus não existisse). Ou como Maria Filomena MÓNICA, a pretexto de um apelativo ensaio sobre *A Morte...*, *cit.*, p. 80, sublinha o *aviso* de John STUART MILL: se a Verdade só pode ser prosseguida mediante o conflito entre todas as opiniões, verdadeiras e falsas, nenhuma deve ser descartada, sob pena de poder estar a descartar um dos *caminhos possíveis da floresta* (Martin HEIDEGGER).

⁽⁹⁵⁹⁾ O primeiro período da evolução das directivas antecipadas segue (via Luís Kutner) até ao «*Natural Dead Act*» californiano de Janeiro de 1977, de acordo com o qual, uma pessoa acima dos 18 anos de idade, intelectualmente são, pode outorgar por si ou mediante

te do que ocorria do outro lado do Atlântico ou no Reino Unido, garantiu quer o estado de recusa prévia, quer o de recusa posterior perante esclarecimento. Assim o EH, cf. DL n.º 48 357, de 27 de Abril de 1968, no seu artigo 80.º, n.º 2, estabelecia expressamente:

«Os doentes podem recusar a assistência, salvo quando a lei dispuser o contrário. Este direito não pode ser exercido pelo representante ou tutor do assistido»;

E acrescentava-se no n.º 3:

«Os doentes não podem ser submetidos, sem seu consentimento, a exames ou tratamentos, nem ser retidos nos serviços hospitalares, contra sua vontade, por período estritamente necessário para diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos na lei.» (96º)

representante —caso não esteja em condições para assinar— uma declaração (perante duas testemunhas qualificadas) para evitar que venha a receber cuidados de manutenção artificial de vida não desejados, caso venha a ficar em situação de não poder manifestar a sua vontade. A decisão não é relevante durante uma gravidez e não vai bulir com os cuidados paliativos que se justifiquem. Cf. sinopse em

http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&ved=oCD4QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.omgnet.com%2FSite%2FForms%2Fworkcomp%2Fcadeathact.pdf&ei=1xi4U_V6ybXTBa2CgfgE&usg=AFQjCNEOy6pGQGoPe7owcqT6dUAIqF2-B&sig2=DfsRzzfFKQptfYh7RcJg2w. Cf. Javier SÁNCHEZ-CARO e Fernando ABELLAR, *Derechos y Deberes de los Pacientes: Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidación e instrucciones previas*, Comares Ed., Granada, 2003 (ISBN84-8444-654-9), pp. 89-104.

(96º) De acordo com o § 8.º do preâmbulo do EH, a distinção oferecia-se então muito evidente e assumida pois que o legislador, ao dar a indicação sobre a teleologia do normativo, expressou-se por confronto da seguinte forma elucidativa: «... no cap. VII, reconhece-se aos doentes o direito de recusarem a assistência (...)» —e logo adiante— «Quanto ao discutido problema da necessidade do consentimento dos doentes para execução de intervenções cirúrgicas e o questionado direito de conhecer o prognóstico e diagnóstico que lhes respeitam, optou-se pela forma estabelecida no Estatuto da Ordem dos Médicos para a clínica privada, atingindo assim uma uniformidade de conduta que evitará aos clínicos hesitações e erros.». Quanto a este último aspecto, todavia, o «Compromisso Deontológico», de 1939, previa no seu art. 18.º que: «Nenhum doente na plena posse das suas faculdades mentais deve ser operado sem seu consentimento», reiterando adiante o art. 22.º que: «O médico deve inspirar-se na maior tolerância perante as convicções de um doente, principalmente em matéria religiosa (...) —não— obstando por qualquer modo à satisfação das suas crenças. Uma neutralidade completa tem de ser a sua norma de conduta.». O «Compromisso Deontológico da Ordem dos Médicos» foi aprovado em sessão do Conselho Geral, de 06/08/1939, e foi publicado no «Boletim Oficial», Ano I, fasc. I, 1939, exactamente na sequência da constituição da Ordem dos Médicos e respectivos Estatutos, nos termos do Decreto-lei n.º 29 171 de 24/11/1938, e de acordo com o preceituado no art. 4.º, n.º 13; e obrigatório para os médicos tal qual se previa no art. 14.º. Cf. Eurico SERRA e E. SILVA NETO, *Código do Médico: Legislação Médica e Sanitária. Todas as Relações do Médico com a Lei*, 2.ªVol., Empresa Jurídica, Ed., Lisboa, 1947, pp. 148 e ss.

De acordo com a primeira revisão dos Estatutos da OM, de 1956 ⁽⁹⁶¹⁾, os médicos estavam submetidos a um dever de «guardar respeito absoluto pela vida humana desde a concepção», sendo-lhes «expressamente proibido: a prática do aborto e a prática da eutanásia», cf. art. 70.º, § único, n.º 1 e n.º 2.

De acordo com o regime legal português em referência era legítimo repudiado *in illo tempore* a viabilidade —a eficácia— da realização de uma procuração para cuidados de saúde, muito embora fosse reconhecido um dever —que não o correlativo direito— dos médicos comunicarem as informações de saúde aos familiares dos pacientes. Esse parece ser o entendimento unânime da doutrina, decorrente da qualidade dos bens jurídicos aqui em causa serem absolutamente intransmissíveis por se revelarem eles próprios constitutivos do *ser* do paciente. Com efeito, na medida em que sejam poderes jurídicos relativos aos direitos de personalidade, são eles próprios exclusivamente objecto de gozo e fruição pelo próprio, pelo que a sua mera cedência esbarraria na ofensa à ordem pública invalidando o acto correspondente (cf. arts. 280.º e 81, n.º 1, do CCiv.). Neste sentido, inexistindo um regime específico de representação legal aplicável, como acontece em relação aos menores, aos interditos, aos inabilitados, aos pacientes mentais (não interditos nem inabilitados), aos detidos, etc., e menos ainda, um regime *livre* de representação voluntária ⁽⁹⁶²⁾. Todavia, desde logo, seria admissível um mandato válido para a defesa da personalidade, designadamente da integridade físico-psíquica —caso contrário não seria igualmente possível legitimar a actuação médica em prol da saúde fora do regime voluntário—, e existindo uma intervenção arbitrária (cf. art. 156.º do CP) ela permanece ilícita, mesmo que não punível (cf. art. 156.º, n.º 2, al *a*) do CP), e se configurável com negligência grosseira ainda assim punível (cf. art. 156.º, n.º 3, do CP). Este quadro é importante. Ao mesmo haverá que associar outros dois argumentos.

Para a morte do titular dos direitos de personalidade o art. 71.º do C.Civ. admite uma transmissibilidade *sui generis* restrita e excepcionalíssima, de sorte a assegurar em termos adjectivos as providências de protecção previstas no art. 70.º, n.º 2, «ao *de cuius* como se vivo fosse» ⁽⁹⁶³⁾. Ora, por maioria de

⁽⁹⁶¹⁾ Operada pelo DL n.º 40 651, de 21 de Junho de 1956.

⁽⁹⁶²⁾ Neste sentido, por todos, cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade...*, *cit.*, pp. 402-412, de onde realço, as notas e a indicação vasta e completa doutrina aí mencionada.

⁽⁹⁶³⁾ Cf. ID., *ibid.*, p. 404.

razão, será possível prevenir um interesse de actuação em nome do agente — exactamente para fazer jus aos respectivos interesses pessoais que sejam inequívocos por força de uma manifestação de vontade—, especialmente se processados nos limites que resultam da conjugação entre o previsto nos arts. 69.º e 81.º, n.º 2, do C.Civ. que, em termos restritos, viabilizam uma «limitação voluntária, quando legal...», desde que sempre revogável. Em rigor, se isto colocaria uma *ponte* dificilmente transponível no momento legislativo a que me reporto, parece-me ser actualmente por aqui —adiantando já considerações sobre o regime que resulta do preceituado na Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, designadamente nos seus arts. 11.º ess. (procurador e procuração de cuidados de saúde). De qualquer modo um regime legal, também específico e especialíssimo (que não deixa de suscitar outros problemas a que adiante me referirei) ⁽⁹⁶⁴⁾.

Por seu turno, logo o requisito de actualidade da manifestação da vontade que retirava da lei faria, muito provavelmente, conduzir ao insucesso uma qualquer directiva *testamentária* para acções médico-medicamentosas antevistas. Afirmo-o, porque a mesmíssima legislação, no que concerne a diagnósticos e prognósticos graves e sobretudo funestos, dava indicação ao médico de um dever de cautela sobre o «temperamento e índole moral» do paciente para receber a informação, mas estabelecia como regra geral a respectiva comunicação aos familiares (cf. art. 82.º, n.º 2 do EH) ⁽⁹⁶⁵⁾. Contudo, retomando o EOM de 1956, entre o reconhecimento «cada vez mais marcado» da função social da medicina, a radicalidade da protecção da vida, não deixava de assegurar-se «com firmeza o respeito pelo doente (...) e pela sua persona-

⁽⁹⁶⁴⁾ A questão foi suscitada por João Carlos LOUREIRO, *Metáforas do Vegetal...*, cit., p. 41 e recebeu solução análoga à que deixei exposta, que, todavia, não me parece encontrar-se afastada por Rabindranath CAPELO DE SOUSA. Chamo a atenção para a solução hermenêutica avançada por André DIAS PEREIRA, *Directivas Antecipadas de Vontade...*, cit., p. 289, n. 6, e já anteriormente in *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 250 e s.; e em sentido análogo cf. Helena PEREIRA DE MELO, cf. *Testamento Vital...*, cit., pp. 174 e ss.; e Vera Lúcia RAPOSO, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida...*, cit., p. 178, propende para a validade.

⁽⁹⁶⁵⁾ Paternalismo que não me admira, pois, no revolucionário artigo científico de Luis Kutler, *supra* citado, expressamente se recomenda para o procedimento «*living will*» que este deverá reflectir o estado da arte, as condições do paciente e os desejos dos seus familiares, cf. p. 550.

lidade»⁽⁹⁶⁶⁾. Vejo neste primado da pessoa uma nesga por onde a «separação das águas» faz sentido.

XVII. § 6.º.1. A Recusa relevante (resultante da disponibilidade do paciente)

Sendo certo que a protecção da vida impedia o médico de actuar positivamente no sentido de abreviar a vida (eutanásia), e não obstante, já então se encontrava de um lado o consentimento e dicotomicamente a recusa. Esta, por si só, podia, —como pode— mostrar a assertividade da vontade individual, de sorte a afirmar a autonomia até ao ponto de «atar» a intervenção médica, determinando que o ser humano fique com a opção de cursar o Letes no seu destino garantido ao Hades, se assim o pretender. Trata-se de um reduto de dignidade, este de colocar sobre o domínio da vontade prospectiva o que fazer e não fazer no ocaso da vida: demandar os demais, segundo princípios da solidária beneficência, não significa recolher forçosamente dos sábios os seus conselhos e instruções, mas, daqueles e destas o reflexo das decisões, e parece ser uma exigência da liberdade reivindicar sempre o respeito por uma interpretação séria até do que se afigure como disparate a mundo-e-meio.

Posso afirmar que a realidade jurídica portuguesa —talvez menos a realidade médica institucional— contemplava já um reconhecimento da «recusa do esforço terapêutico», sendo certo que, aparentemente, esta possui planos onde a intersecção com a eutanásia oferece nebulosas⁽⁹⁶⁷⁾. Com efeito, fora das hipóteses de uma redução possível do tempo de vida de um paciente as

⁽⁹⁶⁶⁾ Cf. § 5.º do preâmbulo do citado Decreto-lei n.º 40 651, de 21 de Junho de 1956. Estes EOM introduziram também a novidade, em torno da experimentação e o que chamarei intervenções ousadas, da necessidade da formalização do consentimento *esclarecido*, cf. art. 80.º: «O médico deve abster-se de qualquer tratamento não fundamentado ou experimentação temerária, sendo-lhe ainda proibido usar de processos analíticos ou terapêuticos que possam produzir alteração da consciência com diminuição da livre determinação e da responsabilidade, ou provocar estados mórbidos, salvo havendo o consentimento *formal* do doente, devidamente avisado dos riscos a que se expõe.».

⁽⁹⁶⁷⁾ Neste sentido segue a opinião de Maria Filomena MÓNICA, cf. *A Morte...*, *cit.*, p. 37: «até certo ponto a recusa terapêutica e a eutanásia percorrem o mesmo caminho». Se a metáfora for a de um caminho com várias vias, claro é que o percurso possui forçosamente divergências —a recusa pode significar um tempo intenso de vida boa— e prosseguindo também o ser humano saudável o mesmo caminho, óbvio será que a distinção reside nas diferentes velocidades a que o percorremos, os percalços, as ultrapassagens... enfim: a viagem.

questões são mais complicadas. E mesmo em casos desses podem ocorrer questões de tipificação de ilicitude, mormente a penal, assim se verificarem procedimentos activos ou omissivos conduzidos à revelia do paciente (cf. art. 156.º do CP: «crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias»). Agora, logo que o ser humano ficasse sem os seus sentidos activos, o regime paternalista da excepção (privilégio) remetia a vontade «às urtigas» e o profissional de saúde ficava, até, adstrito a intervir.

XVII. § 7.º As correntes legislativas.

As DAV, com ou sem TV e PCS associados, generalizaram-se ⁽⁹⁶⁸⁾. Não é temerário afirmar que as questões que foram alimentando nos últimos anos a

⁽⁹⁶⁸⁾ No Direito finlandês, a validade dos testamentos em vida encontra-se consagrada na legislação que consagra os direitos dos pacientes. Cf. Paula KOKKONEN, *op. cit.*, p. 587, onde indica ainda que, na Dinamarca, o médico tem o direito, que não o dever, de respeitar o testamento vital do paciente; muito embora, desde 2008, pode afirmar-se serem vinculativos. Mas não devo reduzir o interesse apenas aos cuidados médico-medicamentosos; por exemplo para as doenças degenerativas —actualmente colocadas todas na patologia de «Alzheimer». Existe uma sondagem comparada sobre o interesse em ter acesso a testes preditivos da probabilidade de padecer da doença, antes dos primeiros sintomas, cujos resultados foram repartidos em: I. Muito interesse; II. Algum interesse; III. Desinteresse/ «Não saber» e cujos resultados são curiosos: França: I: 26%; II: 39%; III: 33%. Alemanha: I: 23%; II: 28%; 48%; Polónia: I: 30%; II: 48%; III: 20%; Espanha: I: 39%; II: 32%; III: 27%; EUA: I: 30%; II: 35%; III: 35%, cf. «*Harvard School of Public Health /Alzheimer US and four European countries Alzheimer's Disease Survey; Fevereiro / Julho de 2011*», com acesso em <http://www.hsph.harvard.edu/news/press-releases/alzheimers-international-survey/>. Para além dos cuidados médicos o interesse em prevenir questões de ordem patrimonial e aspectos sobre a dignidade individual assumem obviamente foros de importância fundamentais, neste sentido, cf. 20th Alzheimer Europe Conference *Facing Dementia Together, 2010*, <http://alzheimer-europe.org/index.php/EN>. Um quadro grosseiro comparativo em termos mundiais permite contudo dar uma visão da irreversibilidade com que as DAV são recebidas pelos muitos ordenamentos jurídicos existentes: Argentina (ley 26 529 de 2012, sobre Direitos do paciente Canadá; Japão; Singapura; México (2008): DAV+PCS; Uruguai (2009): DAV+PCS; Brasil: em fase de construção sem reconhecimento judicial conhecida: «O Conselho Federal de Medicina publicou no Diário Oficial da União de 31.08.2012 a Resolução nº 1.995/2012, dando abertura às chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade de pacientes em estado terminal da vida»; e em países europeus, com indicação temporal referencial à legislação em vigor, pode ser colocado assim: Finlândia (1992): DAV+PCS; Holanda (1994): DAV+PCS; Escócia (2000): DAV+PCS; Espanha (2002): DAV+PCS; Bélgica (2002): DAV+PCS; Inglaterra (2005: *Mental Capacity Act*): DAV+PCS; Áustria (2006): DAV+PCS; Dinamarca (1992 L. 782/2008): DAV+PCS; Luxemburgo (2009): Hungria (2010: aguarda reforma do código civil, com ref.ª a 2012): DAV+PCS; França (2005: *Loi n.º 2005-370, 22 de abril*): DAV+PCS; Portugal (2012): DAV+PCS. E por via de outras notícias especialmente oriundas de problemas relacionados com a demência, cf.: Hungria: *the rules of legal*

aceitação da autonomia prospectiva nas instruções prévias sobre cuidados de saúde estão agora espalhadas pelos mais significativos e influentes ordenamentos jurídicos. Especialmente no ponto de expansão (o mundo de influência anglo-americano e o continental), pelo que parte do problema se reduz agora a *meras listas de espera*. Obviamente que existem variações entre os sistemas vigentes, pelo que a existência de observatórios (governamentais, de organizações científicas, académicos, médicos ou de pacientes ou cidadãos) constitui uma fórmula que permitirá a confrontação de sistemas a habilitar as correcções que se imponham. O Direito da Medicina é exponencialmente susceptível às variações próprias de uma constante actualização e aos avanços dos conhecimentos. Por seu turno a Medicina oferece graus elevados de incerteza, mais não seja pelas variações que a individualidade fisiológica humana também determina, uma vez que parece ser absolutamente irrepetível. Persiste neste aspecto a procura do medicamento liberal, individualizado: projecto e modelo abstracto que fornecerá uma dogmática às soluções ético-jurídicas do Direito da Medicina ⁽⁹⁶⁹⁾.

competency. A legislação mais recente introduz alterações essenciais com base na aplicação dos Direitos Humanos, como sirvam de exemplo a abolição do regime de tutela compulsiva para incapazes e a introdução do regime de directivas antecipadas e de apoio no processo de decisão sobre cuidados de saúde, cf. [3% - /Policy-in-Practice2/Country-comp...n-making/Hungary/\(language\)/eng-GB - Tuesday 27 March 2012](#); Suíça: regista-se a conveniência de proceder a alterações organizacionais em diversos cantões. O princípio fundamental da lei (reforma) aponta para um apoio efectivo do paciente no processo de decisão sobre cuidados de saúde, consagrando-se a legitimidade para a emissão de DAV e a designação de PCS, cf. [3% - /Policy-in-Practice2/Country-comp...king/Switzerland/\(language\)/eng-GB - Wednesday 28 March 2012](#); Grupo de trabalho «Alzheimer Europe» elaboração de relatório prevendo uma uniformização e a concretização generalizada das DAV e PCS, cf. [3% - /Ethics/Ethical-issues-in-practic...tia/Introduction/\(language\)/eng-GB - Tuesday 23 April 2013](#); [30 May 2013 - Dutch advance directive laws to be re-evaluated](#), cf. [25% - /News/Policy-Watch/Thursday-30-Ma...-be-re-evaluated/ \(language\)/eng-GB - Wednesday 03 July 2013](#); [Friday 07 March 2014](#); Alemanha (2009): adopção das DAV (“*Betreuungsverfügung*”, “*Patientenverfügung*”. cf. [3% - /Policy-in-Practice2/Country-comp...r-carers/Germany/\(language\)/eng-GB - Tuesday 25 February 2014](#); Irlanda: DAV cf. [25% - /News/Policy-Watch/Friday-07-Marc...hcare-directives/\(language\)/eng-GB - Thursday 03 April 2014](#); [Wednesday 17 April 2013](#) — *Finlands Muistiliitto publishes advance directives forms*, cf. [25% - /News/From-our-member-organisatio...-directive-forms/\(language\)/eng-GB - Monday 01 July 2013](#).

⁽⁹⁶⁹⁾ Esta ideia é de há muito projectada e perseguida por Bartha-Maria KNOPPERS, matéria de que dá reflexo na obra colectiva de investigação sobre as intervenções éticas decorrentes da selecção de treze empresas com responsabilidades variadas (da medicação à alimentação, passando pelos estudos genómicos); designadamente quanto aos pressupostos éticos das estruturas privadas que actuam na «era da biologia», como se perspectiva poder denominar uma fracção importante do corrente século, e que atingem números astronómi-

Desta forma, o ser humano *pachorrento e reflexivo* (vantajosamente reflexivo) de meados do século passado encontra-se agora confrontado com a certeza de premissas que estão permanentemente por certificar e com base nas quais tem de agir, seja pelos *laboratórios* judiciais, seja pelo escrutínio científico das universidades, seja pelas novidades que a medicina revele, seja, por fim, pela imposição de uma redução temporal e a elevados graus de adaptação à acelerada movimentação da realidade. É uma perspectiva de permanente balão de ensaio: de experimentação pura, onde se afigura urgente — fulcral — o estabelecimento das regras mínimas da autonomia pública (a ética mundial) a par da autonomia individual: a garantia da recusa, delimitada no que os novos feudalismos exigem aos novos servos da gleba.

XVII. § 7.º.1. O art. 9.º da CDHBio (desejos prévios)

Não vou acrescentar história alguma à história. Em Portugal, o regime passou a ter uma indicação legislativa mais clara com a entrada no século XXI, isto é, com a entrada em vigor na ordem jurídica interna portuguesa do preceituado no art. 9.º da CDHBio, e isto porquanto, em meu entender, o regime normativo passou a dar indicação evidente aos profissionais de saúde de que teriam de tomar em consideração e respeitar, não apenas a recusa pronunciada *cara a cara*, de quem fosse capaz, como aquela que fosse dita com antecedência, dando-se o caso de não estar o paciente em condições de a reiterar no momento da intervenção.

Em primeiro lugar, o preceito da CDHBio merecia ser regulamentado, como o foi, e bem, mas até que isso acontecesse, as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais são, de acordo com o art. 18.º, n.º 1, da CRP, normas preceptivas, plenas de *força jurídica* imediata, pelo que podem e devem ser directa e imediatamente invocáveis e aplicáveis, se necessário, judicialmente. Assim, seguindo o ensino de Guilherme de Oliveira, são normas

cos de *aviamento* em 2010 na ordem dos 25 biliões de dólares e que podem vir a ter um impacto no que seja uma percentagem acima de 50% :de produção na economia mundial em meados do século XXI. A obra em referência dedica-se paradoxalmente à intervenção massiva e esquemas éticos prévios de pressupostos globais no que será seguramente a intervenção económica que marcará o milénio, na equação: ambiente/alimentação/saúde: cf. AA.VV., *Bioindustry Ethics* (org. David L. FINEGOLD e Cécile M. BENSIMON) Elsevier, 2005, ISBN e 0-1263-9370-5;

que «têm a virtualidade de descer do lugar hierarquicamente mais alto em que se encontram para serem usadas no quotidiano das vulgares relações jurídicas em que nos envolvemos (...)»⁹⁷⁰.

O artigo 8.º da CRP prevê a recepção automática ⁽⁹⁷¹⁾ das normas de Direito Internacional —«expressão esta que abrange o costume internacional geral e os princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas, por um lado, e as normas de direito internacional convencional, por outro lado» ⁽⁹⁷²⁾— no ordenamento jurídico interno ⁽⁹⁷³⁾. Por esta via, ao ter entrado em vigor, cumpridas as formalidades (cf. art. 8.º, n.º 2), franqueou simultaneamente os umbrais do ordenamento jurídico positivo em Portugal.

Em segundo lugar, argumentou-se ainda que a norma da CDHBio em causa apontava de forma *vaga* ou *cautelosa*, porquanto se escreveu que o *desejo* prévio: «será tido em consideração» ⁽⁹⁷⁴⁾; dando mera indicação para uma decisão que, em última instância, pertence ao profissional de saúde. Esta foi a inserção de uma corrente doutrinal que introduziu ainda a dúvida e uma solução hermenêutica correcta em termos gerais e abstractos (oriunda do Di-

⁽⁹⁷⁰⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Prática Médica...*, cit., p. 166. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, cf. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 189 a 212 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 412 e ss.; e Paulo MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade...*, cit., pp. 229 e ss.

⁽⁹⁷¹⁾ Para o Direito Internacional Convencional, a recepção automática fica condicionada à prévia ratificação ou aprovação e à publicação, cf. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada...*, cit., pp. 83, anot. III.

⁽⁹⁷²⁾ Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., p. 167. O artigo 8.º determina ainda a vigência directa na ordem jurídica interna das normas proferidas pelos órgãos competentes das organizações de que Portugal seja parte, desde que os respectivos tratados constitutivos o prevejam expressamente. Para outros desenvolvimentos, cf. por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 644 e ss., e, especialmente, 763 e ss.

⁽⁹⁷³⁾ Assim, tomando como exemplo a protecção da *integridade físico-psíquica*, cf. a DUDH (art. 5.º); o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (art. 7.º); e a CEDH (art. 3.º).

⁽⁹⁷⁴⁾ Reporto-me à tradução de Paula MARTINHO DA SILVA, *CDHBio anotada...*, cit. «pris en compte»; «taken to account»; cf. ID., *ibid.*, pp. 88 e 102, respectivamente, para a versão francesa e para a inglesa. A tradução do Instituto de Bioética da UCP, AA.VV., *Direitos do Homem e Biomedicina...*, cit., diverge na tradução; logo na epígrafe: «Vontade anteriormente manifestada» seguindo: «A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.», cf. p. 208. A questão não se afigura relevante pois o elemento literal, por si só, não se afigura determinante para afastar de todo um sentido vinculativo, a retirar do elemento lógico e sistemático do ordenamento em causa.

reito penal), mas parcialmente incorrecta quanto à questão concreta que abordo: *in dubio pro vita*. Perante a necessidade de optar, o profissional de saúde deveria ponderar a certificação da decisão de que tinha notícia, mas teria de o fazer de acordo com *uma decisão substituída*, i.e., não configurando a decisão que um cidadão normal —bom pai de família— tomaria em situação semelhante, nem a decisão que um médico razoável levaria por diante face aos *melhores interesses* do paciente.

Salvo o devido respeito, nada disto faz muito sentido no plano pragmático do quotidiano e fora de uma prudente aferição de cautelas. Senão pergunto: o consentimento pré formatado impede a alteração da actuação entre o momento em que o documento foi outorgado e o da incisão cirúrgica, após sedação? Se o profissional de saúde indagar no processo a notícia de um «sim», interroga-se posteriormente? ⁽⁹⁷⁵⁾ Não será seguramente o intervalo de tempo em que a manifestação da vontade se produziu que alterará o sentido do interregno do silêncio. No casamento por procuração o *ministro* civil ou religioso apenas tratará de saber se houve ou não revogação — arrependimento— da decisão até ao momento da celebração (cf. art. 1620.º e s. C.Civ.).

Eis o sentido literal em harmonia com a teleologia do ordenamento jurídico português. Se a recusa é válida, passou definitivamente a sê-lo perante o efeito que a beneficência implica «ao ser humano vivo»: a certificação do esclarecimento; mas este é um dever suplementar de quem pode levá-lo por diante. Para o caso de paciente estar inconsciente e de a equipa médica não ter chegado a contactar de viva voz com ele, não tive notícia de existir *doutrina* que se tenha questionado sobre a actualidade da declaração temporalmente antecipada resultante da outorga da minuta de consentimento, cujo modelo escrito se encontra generalizado ⁽⁹⁷⁶⁾:

⁽⁹⁷⁵⁾ Se verá que sim, que o devia fazer e deve levar por diante no âmbito da «Cirurgia Segura Salva Vidas», em cumprimento do *comando* da norma DGS 02/2013 (antiga circular normativa 16/DQS/DQCO, de 22/06/2010).

⁽⁹⁷⁶⁾ Cf. Relatório da ERS, sobre *Consentimento Informado*: § 2.5, *in fine*, p. 13, onde expressamente se refere a instrução para a prestação de consentimento por escrito e se dá indicação da Circular Informativa n.º 15/DSPCS, de 23/03/98, da DGS, cf. § 4.3.4, a pp. 35 e s. De sublinhar, todavia, que a fls. 36 e ss. se dá informação explícita sobre o perigo da mecanização dos formulários de consentimento e sobre as vantagens que têm sido reiteradas em termos doutrinários e no ensino, por exemplo do CDBM|FDUC, por Guilherme de OLIVEIRA, André DIAS PEREIRA, e outros, no âmbito do Direito Civil; e por COSTA ANDRADE, FARIA COSTA e Helena MONIZ, e outros, no âmbito do Direito Penal, anualmente, no âmbito dos Cur-

«O consentimento informado deverá ser inscrito no formulário em anexo à presente Norma e dela fazendo parte integrante, disponível na Plataforma de Dados da Saúde, no qual deve constar a declaração da pessoa sobre o acesso à informação oral e escrita e, a tê-la percebido, assumindo que lhe foram fornecidas todas as explicações e o tempo de reflexão de que necessitava para a sua aceitação explícita (anexo I)».

Aceito que este argumento não seria definitivo. Os planos do consentimento e os da recusa diferem, como defendo e este passe uma vez mais demonstra (977). Contudo, em abono do entendimento da equivalência das declarações, neste caso concreto, o intérprete deverá ainda lançar mão do pre-

sos de pós-graduação ministrados desde 1996. Cf. matéria acessível in https://www.google.pt/?gws_rd=ssl#q=modelo+de+consentimento+escrito+sa%C3%BA. É prática no SNS anteciparem-se —e muito, cf. SIGIC— as consultas onde se esclarece o paciente e se obtém o consentimento seja para anestesia seja para a intervenção cirúrgica ou actos diagnósticos ou terapêuticos invasivos. Deste modo, também acabam por ser realizadas por outros profissionais de saúde. E não é raro que as ditas intervenções sejam feitas com os documentos de consentimento depositados no processo físico —os consentimentos são fornecidos por escrito, em harmonia com os procedimentos administrativos em vigor, cf. *proposta* de Norma DGS n.º 015/2013, de 03/10/2013, § 6.º, *als. q) er*), cuja *discussão pública* permanece, tal como a minuta para utilização. Deste modo, os profissionais de saúde raramente se certificam da existência de consentimento.

(977) Tanto explicará a volubilidade dos pareceres que a CNECV proferiu sobre aspectos específicos deste problema em torno das instruções antecipadas, sendo certo que, maioritariamente, foram favoráveis à aceitação de uma vinculação das DAV, ao menos após legislação sobre a matéria o que foi reputado como sendo circunstância desejável; assim cf. Parecer 11/CNECV/95 (Relator: Daniel SERRÃO: final de vida, incluindo uma «análise tipológica, i.e., a formulação de casos concretos para orientação...», cf. o caso do § 6.º), cf. http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cneqv.pt%2Fadmin%2Ffiles%2Fdata%2Fdocs%2F1273059417_Po11_FinalDaVida.pdf&ei=H5zWU-mgNaSPoAWUxoG4AO&usg=AFQjCNFLqK9dZNfUhtBDvTrkP6d_____XOIKyqw&sig2=hdVTZeEYFpyt5c8qsTgrZw&bvm=bv.71954034.bs.1.d.bGQ; Parecer 45/CNECV/05 (EVP: casuística. Rel. António VAZ CARNEIRO; João LOBO ANTUNES; António FALCÃO DE FREITAS: p. 6 do corpo do parecer: admite-se a relevância da DAV, sem a qual se opta pelo critério dos melhores interesses...) cf. http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cneqv.pt%2Fadmin%2Ffiles%2Fdata%2Fdocs%2F1273055770_Po45_ParecerEVP_versaoFinal.pdf&ei=p_WU8KNFYe2oQXO54CwCA&usg=AFQjCNEVQGMebfVYRhCFzyXdHXHnYAxotw&sig2=QwsqwLB8X1BFoXnYHonpYw; Parecer 46/CNECV/05 (objecção ao uso de sangue e derivados: liberdade religiosa, foi desconsiderada a instrução prévia. Rel. Jorge SOARES e J.P. RAMOS ASCENSÃO), cf. <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?search=46/CNECV>; Parecer 57/CNECV/2009 (*Parecer sobre o Projecto de Lei n.º 788/X - "Direitos dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado" (57/CNECV/2009)*), Rel. Daniel SERRÃO; João LOBO ANTUNES; e, por fim, Parecer 57/CNECV/05 (Parecer 59/CNECV/2010 sobre os projectos de lei DAV: Rel. ROSALVO ALMEIDA; Lucília NUNES e Michel RENAUD: revelou-se muito importante para a solução legislativa em vigor, cf. http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf).

ceituado no n.º 2, *in fine*, do art. 156.º do CP (tratamentos médicos... arbitrários): «(...) não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.».

Tanto serve para o consentimento como para a recusa. O problema é que em um e no outro caso o tempo que mediar entre a declaração e a sua eficácia cria problemas. E qualquer declaração antecipada ⁽⁹⁷⁸⁾ acaba assim por oferecer maiores ou menores graus de complexidade. A complexidade, por seu turno, vai bulir com variações quanto a questões de forma; com a adopção de regimes tendencialmente mais indicativos ou mais vinculativos; com restrições, etc. ⁽⁹⁷⁹⁾, mas o *signal* que o legislador português dá ao profissional de saúde é o de indagar a existência de uma manifestação de vontade que pretende esclarecida e que lhe permita decidir ou actuar em comunhão de sentido com o paciente. Caso venha a descobrir uma DAV e esta se revele em sentido negativo quanto a desideratos que abarquem as alternativas de actuação terapêuticas admissíveis, o profissional de saúde acabou de focalizar *naquele paciente concreto* toda a generalidade e abstracção do regime legal. Este regime funda igualmente os seus pressupostos na solidariedade e na alteridade, mas todos os parâmetros de actuação proposta pela medicina só fazem sentido porque se apontam para o caso da pessoa. Aqui chegado o agente médico tem agora de associar a pessoa ao caso ⁽⁹⁸⁰⁾. Para tanto, não deixará de operar uma *qualificação* do caso concreto em relação à manifestação da vontade, seja ela mais simples ou mais complexa; directa ou indirecta. Algo análogo ao mecanismo que o jurista faz na subsunção de factos aos preceitos normativos que vão conduzir o processamento das soluções de vida. Se nenhum indício de vontade possui decide conforme os *melhores interesses* que o seu «saber-fazer» dita: tanto lhe faz ter um simulacro virtual de um *boneco* como um corpo vivo, aplica o *manual*. Se tiver indícios de uma von-

⁽⁹⁷⁸⁾ Penso nas *notícias* que o profissional de saúde recolha de internamentos anteriores ou do actual, das conversas tidas, do que oiça e entenda ser feitiço e opções do paciente aos seus entes queridos... Isto é, do desenho de personalidade que todos traçamos uns dos outros nas relações sociais em que *habitamos* os espaços das nossas vivências.

⁽⁹⁷⁹⁾ A questão foi já estudada no âmbito da tipificação e fórmulas várias que determinadas intervenções, mais delicadas, invocaram quanto a certeza e a segurança ao legislador: seja para consentimentos certificados, testemunhados, escritos, etc., no campo da experimentação, dos transplantes, etc., cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, *cit.*, *passim*.

⁽⁹⁸⁰⁾ Neste sentido é muito útil a leitura de Jorge BISCAIA sobre o *Consentimento*, in AA.VV., *Direitos do Homem de Biomedicina...*, *cit.*, pp. 95-103 e de Heinrich Ewald HÖRSTER, *Consentimento — Comentário*, *ibid.*, pp. 105-113

tade alheia pela frente, a vontade passa a integrar o *manual*, para se permitir invadir a *esfera* de outrem.

Mas já então (perante uma decisão substituída sugerida pelo regime do art 9.º da CDHBio), como agora (para os sistemas onde o legislador tenha sido menos assertivo), continuo a ter dificuldade em aceitar que uma DAV possa ser desrespeitada fora de um quadro de facto muito restrito de justificação em contrário a ser dada pelo profissional de saúde. Caso o agente médico tenha reticências no campo ético possui um primeiro imperativo de consciência a que pode objectar; caso as reticências sejam por força dos ditames das *leges artis* (ordem técnica), terá de as tentar conciliar com o sentido da vontade apurada (*leges artis ad hoc*).

Em qualquer dos casos apenas vislumbro alguma assertividade de valoração de eventual *desvio* médico em regimes *mistos* que possuem a alternativa entre a DAV vinculativa e a indicativa e para a hipótese de se verificar grosseiro desrespeito de uma DAV vinculativa. É o que verei em seguida.

XVII. § 7.º.2. As opções indicativa e impositiva

A nossa doutrina ⁽⁹⁸¹⁾ indica que nos vários ordenamentos jurídicos que acalentaram legislativamente a doutrina da autodeterminação prospectiva foram adoptadas perspectivas tendenciais de eficácia a atribuir às DAV: estas instruções prévias podem possuir um carácter mais vinculativo, ou, com maior ou menor assertividade, viabilizar sistemas em que o próprio interessado (caso da Áustria) ou o PCS traduzirá (caso de Espanha e da Alemanha) a vontade do mandante.

Estes sistemas que acarinhos valores *indicativos* —a par ou em regime paralelo aos valores vinculativos— revelam-se sem dúvida mais flexíveis, mas nem por isso deixam de colocar o profissional de saúde perante um desígnio algo complicado, a saber: o de formar uma decisão sabendo de antemão que esta deixou de ser segundo os *melhores interesses do paciente*, mas sim uma *decisão substituída* forçosamente *partilhada* com a notícia.

⁽⁹⁸¹⁾ Sem prejuízo de outras fontes, sigo de perto André DIAS PEREIRA, *Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal...*, cit., pp. 291-299, para onde remeto os desenvolvimentos que se mostrem convenientes.

A matéria, com esta delimitação, possui já reflexo normativo no Brasil, neste mesmo sentido, i.e., com âmbito meramente indicativo, para que o médico forme a sua decisão ⁽⁹⁸²⁾.

No caso do ordenamento Francês a ênfase foi colocada na perspectiva indicativa ⁽⁹⁸³⁾ de acordo com a qual é facultada à pessoa maior de idade a pos-

⁽⁹⁸²⁾ Sobre esta matéria cf. Cristiane AVANCINI ALVES, Marta SANTANA FERNANDES e José Roberto GOLDINI, *Directivas Antecipadas de Vontade: um novo desafio para a relação médico-doente*, in Revista (Hospital de Clínicas de Porto Alegre da Universidade Federal de Rio Grande do Sul) HCPA, 2012; 32(3), pp. 358-362, acessível in <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2Fhcpa%2Farticle%2Fdownload%2F33981%2F22041&ei=ntTXU9S4CciwoQWdIYHQCO&usg=AFQjCNHUKkcyOopQAPrgTduHFfr8wRvA&sig2=xxjA2TtMNBgqU293fqAyQ>: «A participação do paciente no processo de tomada de decisões sobre seu tratamento também chegou ao Brasil. O Código Civil, de 2002, estabeleceu, em seu artigo 15, que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Da mesma forma, o novo Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, aprovado em 2009, também estabelece em muitos de seus artigos a necessidade de reconhecer a autonomia do paciente (9). Este processo teve continuidade com a proposta de garantir a manifestação dos pacientes, por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade, na Resolução 1955/2012, do Conselho Federal de Medicina», embora de forma meramente indicativa para o médico, cf. art. 2.º desta Resolução: «Art. 2.º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente».

⁽⁹⁸³⁾ A alteração recebeu o nome do deputado Jean Leonetti (médico) que encabeçou a comissão de análise sobre a necessidade de clarificação legislativa que resultou da interações em torno do «*affaire Vincent Humbert*», um jovem que, após um acidente de viação ocorrido em 2000, quando tinha cerca de 20 anos de idade, ficou tetraplégico, cego e mudo; não obstante, reclamou em 2002 «o direito a morrer» o que veio a ser decidido mercê da intervenção de sua Mãe e do médico assistente em administrar-lhe medicação paliativa que o colocou em coma e adequada a promover o decesso; foram acusados mas em Fevereiro de 2006 foram despronunciados já estando em vigor a «*Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie* n.º 2005-370, de 22avril2005», cf. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000446_240_&dateTexte=visg; cf. Emmanuel HALAIS, *L'euthanasie, à travers le cas de Vincent Humbert*, avant-

sibilidade de, prevenindo a impossibilidade de vir a expressar a sua vontade, antecipar directivas com os seus *desejos* («*souhais*») em matéria de fim de vida no que concerne às condições da limitação ou cessação de tratamento, que, sendo revogáveis a qualquer momento, serão levados em conta pelo médico para qualquer decisão de investigação, de intervenção ou tratamento que concerne (ao desejado) ⁽⁹⁸⁴⁾. A declaração deverá ter sido redigida (ou reiterada, entendimento enunciativo) até três anos antes de a pessoa *entrar* em estado de inconsciência e verifica-se uma forte preocupação com o permanente estado de esclarecimento por parte do paciente. É facto que esta decisão acaba verdadeiramente por ser uma decisão partilhada, pois em caso mais extremos pode o médico ter de justificar as razões que o levaram a contrariar as instruções contidas nos desejos.

propos de [Dominique Lecourt](#), Les notes de l'[Institut Diderot](#), 2011, acessível via [institutdiderot.fr](#): <http://www.institutdiderot.fr/wp-content/uploads/2011/07/pdf/NoteHalais.pdf>. Foi intenção encontrar uma Aristotélica *via do meio* entre a eutanásia e a obstinação terapêutica, cf. art. 7.º que altera o art.L-1111-11 do *Code de Santé Publique (CSP)*. Sobre a recente inflexão no sentido vinculativo indico em sentido geral o processo de «consultation citoyenne: proposition de loi n.º 2512 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie présentée par MM. Alain Claeys et Jean Leonetti (consultation close au 16 février 2015, cf. www2.assemblee-nationale.fr/consultations-citoyennes/droit-des-malades-et-fin-de-vie.

⁽⁹⁸⁴⁾ Trata-se de uma minha paráfrase elaborada a partir da tradução do texto da lei (cf. L 1111-11 CSP). Mas a [Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie](#).º 2005-370, de [22avril2005](#)», cf. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000446240&dateTexte=vig>, é mais completa, pelo que farei o seguinte quadro : 1.ª hipótese : o paciente está em condições de prestar declarações e uma de duas : caso esteja em situação de manutenção artificial da vida, o médico deve respeitar a vontade do paciente, mas depois de a) informar e assegurar-se da compreensão das consequências da decisão ; b) convencer o paciente a aceitar as medidas indispensáveis ; c) pode chamar outros profissionais de saúde no sentido da persuasão. A segunda hipótese é a de o paciente estar em fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável : o médico deve respeitar a vontade do paciente e depois de o informar e certificar inscreverá a decisão deste no processo clínico e facultará ainda o que se mostre necessário em termos paliativos e de forma a salvaguardar a dignidade do paciente. Para o caso de o paciente não se encontrar em estado de exprimir a sua decisão cabe à equipa médica a decisão sobre o quadro de obstinação, em qualquer uma das duas situações anteriores (manutenção artificial da vida, fase terminal ou destino inevitável) e nesta situação deve proceder a uma consulta colegial cujo procedimento deverá respeitar ; consultar as eventuais DAV e, ainda, o PCS (pessoa de confiança nomeada, cf. L 1111-6 CSP) se existir. (cf. a nomeação através do modelo que pode ser analisado em ficha disponível via http://www.leciss.org/sites/default/files/52_Personne%20de%20confiance_fiche%20CISS.pdf

XVII. § 7.º.3. Retomando a perspectiva portuguesa

Em sistemas tendencialmente mais vinculativos (⁹⁸⁵) não-de sobrar sempre «espaços» em que os conceitos indeterminados ou o processo de qualificação enviam o profissional de saúde para terrenos igualmente instáveis, para *decisões —parcialmente— substituídas*, como ocorre no âmbito da LDAH portuguesa, quando no art. 6.º, n.º 1, *in fine*, se lê que *é devido respeito* «sem prejuízo do disposto na presente lei». Assim, cotejando, lá encontro como «espaços» de menor determinação:

a) O da excepção terapêutica (cf. art. 2.º, n.º 4), prevenindo a urgência que impossibilite ou desaconselhe o acesso à informação;

b) O da objecção de consciência do profissional de saúde (cf. art. 9.º);

c) O dos limites (cf. art. 5.º) para, *v.g.*, cavar as trincheiras frente à(s) eutanásia(s), onde os vários ordenamentos as queiram colocar, ou os da imprecisão insuperável do sentido e alcance da manifestação de vontade (declarações excessivamente abertas ou excessivamente esmiuçadas que suscitem controvérsia).

O mesmo é dizer, salvo o devido respeito, que no quotidiano da vida corrente será talvez a opção vinculativa a que, aparentemente, se mostra como solução menos problemática; porém, não me iludo. Momento ou ocasião pode existir em que se devolverá ao profissional uma decisão adaptativa. Verifica-se apenas a vantagem de saber, ora diante, que a sua decisão vai ser partilhada com os «ecos» que oiça e entenda da pessoa humana que tem pela frente. Com a autodeterminação valorizada até à eficácia da projecção da vontade, podemos todos deixar de ser um *corpo* que apresenta uma hipótese

(⁹⁸⁵) Penso na Legislação austríaca de 08/05/2006, (acessível in http://www.burgenland.at/fileadmin/user_upload/Downloads/Buerger_und_Service/Buergerservicestellen/Patientenverfuegungs-Gesetz.pdf; cruzei várias traduções), cf. 1.º,§1,2 (o TV pode ser vinculante) § 3.º (deve o paciente deixar mecanismos para interpretação da sua vontade) até aos §§ 5, de onde sublinho o esclarecimento do declarante. Não mais retiro similitudes (5 anos para a caducidade, com possibilidade de renovação respeitando formalidades (2.º§7); ineficácia, com recurso ao PCS (4º§10); excepção de urgência (4º§12). Um aspecto particularmente curioso é o que resulta da secção 4º§13: constitui dever do paciente não limitar por via das DAV a prossecução de tratamentos que integram *leges artis* previstas especificamente em legislação típica para o caso (creio que poderá ser o caso da eventual existência de legislação que viabilize tratamentos compulsivos, *v.g.* alimentação forçada de um detido em greve de fome)

teórico-prática para um técnico de saúde desvencilhar a melhor solução que saiba e logre concretizar.

XVII. § 7.º.4. Uma nótula brevíssima sobre o percurso até à LDAV

A história da construção legislativa da LDAV foi sendo acompanhada na doutrina a que venho fazendo referência, para onde remeto os desenvolvimentos ⁽⁹⁸⁶⁾. Apenas um pormenor: após o primeiro projecto da APB de 2006 ⁽⁹⁸⁷⁾, e constando já dos projectos de 2010 ⁽⁹⁸⁸⁾, gorou-se uma oportunidade de construir um diploma agregador da dispersão vigente em matéria de autodeterminação, processo clínico e o demais que a ausência de um *golpe-de-asa* providencial tivesse acalentado e reunido em torno do que foi a aprovação na generalidade do Projecto de lei n.º 788/X, sobre *Os direitos dos doentes à informação ao consentimento informado*, que chegou a ser aprovado na generalidade no decurso das sessões legislativas de 2009 ⁽⁹⁸⁹⁾... Um esforço a recordar e, estou em crer, fatalmente predestinado a retomar. O consenso acabou por se concretizar, para gáudio dos cidadãos, em torno dos projectos de lei dos vários partidos já no decurso da sessão legislativa da AR de 2011: aprovados na generalidade, foram escarpelizados e melhorados até onde foi possível consegui-lo na respectiva Comissão de especialidade e mereceu aprovação o texto que veio a tornar-se a LDAV.

XVII. § 7.º.4.1. A opção portuguesa: declarações vinculativas, mas... «sem prejuízo»

⁽⁹⁸⁶⁾ Por todos, cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica...*, cit., pp. 513-520 ss., e Rui NUNES e Helena PEREIRA DE MELO in *testamento Vital... passim*.

⁽⁹⁸⁷⁾ Pareceres n.º P/05/APB/06 n.º P/06/APB/06 (DAV e projecto de diploma; Rel: Helena PEREIRA DE MELO e Rui NUNES)

⁽⁹⁸⁸⁾ Projectos de Lei: n.º 413/XI/2.ª — *Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado* (Partido Socialista); n.º 414/XI/2ª — *...prestação futura de cuidados de saúde (...)* RENTev (Bloco de Esquerda); n.º 428/XI — *DAV* (Partido Social Democrata); e n.º 429/XI/2ª — *DAV; PCS, e Registo Nacional do Testamento Vital* (Partido do Centro Democrático Social).

⁽⁹⁸⁹⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA; Helena MONIZ e André DIAS PEREIRA: *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojecto de 2010*, in *Lex Med.*, Ano 9, n.º 18, 2012 (ISSN 1646-0359), pp. 13-35.

O art. 6.º, n.º 1, da LDAV determina enfaticamente a eficácia das DAV: *a equipa responsável pelos cuidados de saúde deve respeitá-las*; todavia, as mesmas *não devem ser respeitadas*: existindo comprovadas dúvidas sobre a actualidade ou o sentido e alcance das instruções do declarante e, conseqüentemente sobre a respectiva manutenção; verificando-se a desactualização dos efeitos das medidas terapêuticas que se pretendiam ou que se repudiaram, após o momento da declaração e ou da necessidade de interpretar e aplicar as DAV; tal como as demais circunstâncias de facto não previsíveis aquando da elaboração das DAV, cf. art. 6.º, n.º 2, als. a), b) e c), da LDAV). Ficou assim consignado um mecanismo em que o profissional de saúde deverá comprovar —inequivocamente, parece-me— e registar cuidadosamente qualquer dos factos em causa no processo clínico, pois passa a não dever respeitar as DAV, seja em termos totais ou parciais, o que retiro por via enunciativa da razão de ser da lógica do preceito e harmonia do diploma legal. De qualquer modo, deve ainda ser dado simultaneamente conhecimento quer ao PCS, existindo, quer ao RENTEV.

Para o PCS, verificando-se o que antecede, creio abrirem-se as seguintes hipóteses: em primeiro lugar, caso a circunstância determinante seja a de que o «outorgante» já não deseja manter as DAV (art. 6.º, n.º 2, al. a), e eventualmente, art. 8.º, n.º 4) extingue-se a representação (265.º, n.º 1, 1.ª parte, do C.Civ. *ex vi* do art. 12.º, n.º 2, da LDAV), aceitando naturalmente a desoneração. Mas pode o PCS opor uma eventual incapacidade de que tenha conhecimento e o demonstre, seja junto do médico responsável, seja por via judicial, por si só ou com o Ministério Público ⁽⁹⁹⁰⁾. E, confirmando-se a incapacidade do outorgante, restaurar as DAV. Em segundo lugar, para as demais hipóteses (art. 6.º, n.º 2, als. b) e c)), caso possua elementos e poderes na esfera plausível de disponibilidade, de sorte a fornecer novas instruções prévias ou a actualizar as existentes, entendendo que persistem os desígnios iniciais devidamente adaptados e, munido-se de fundamento técnico divergente, tentará reiterar a DAV. Desde logo, parece prudente sugerir que o faça junto do médico responsável pelos cuidados ao paciente, tal como junto das entidades de saúde e do RENTEV (cf. art. 13.º, n.º 1, da LDAV), podendo evidentemente recorrer de igual modo à via judicial para justificar a existência do facto e,

⁽⁹⁹⁰⁾ Sendo certo que poderá promover a junção ao processo médico via RENTEV de documentação médica a prevenir, por ex.º, estado de degenerescência mental, cf. art. 10.º, n.º 2, da Port. n.º 96/2014, de 05/05.

consequentemente, do direito ⁽⁹⁹¹⁾. Não me eximo em repetir, e não bramo no deserto, que a *trama* judicial com as suas inerentes garantias burocráticas e uma *vida útil* diária de umas singelas 08:00 horas dificilmente corresponderá às necessidades médicas que *correm* ininterruptamente sobre as 24:00 horas e implicam ponderações e decisões em brevíssimo espaço de tempo ⁽⁹⁹²⁾. Será ilusão criar sistemas ou avançar soluções cuja viabilidade fique assente em procedimentos judiciais *clássicos*. Impõe-se, também por aqui, reclamar uma especificidade adjectiva alimentada por princípios análogos à realidade tutelada: os princípios de cuidado, protecção da vulnerabilidade, beneficência, autonomia e confiança que animam o direito da medicina substantivo (que não a componente penal ou disciplinar obviamente). Antes persistir na confiança, ora remetida para apreciação e decisão sumária por parte das Comissões de Ética das UCS. Eis uma sugestão que dará algum conforto à razoabilidade de uma espécie de 2.^a instância.

O mecanismo, todavia, na sua literalidade —e sem prejuízo de eventuais responsabilidades ulteriores— permite que um médico, no âmbito da sua autonomia —*v.g.*, se precipite na convicção de uma manifestação de vontade proferida no que seja uma avaliação em erro sobre um *intervalo* lúcido ⁽⁹⁹³⁾

⁽⁹⁹¹⁾ Teria sido provavelmente de ponderar viabilizar o acesso ao procedimento especial previsto no art. 1000.º do CPC (suprimento do consentimento em caso de recusa), todavia a jurisprudência exige como requisito de admissibilidade liminar da acção a tipificação expressa do recurso a esta via processual; de qualquer forma subsiste o procedimento cautelar comum (cf. arts. 362.º e ss. do CPC) em vista da autorização judicial (1041.º do CPC).

⁽⁹⁹²⁾ Cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, *cit.*, p. 258 (com singelo exemplo dos prazos para exercício do contraditório). A inoportunidade de soluções jurídicas que façam desabar nos tribunais as respectivas impotências objectivas, são muito evidentes seja em matéria de direito da medicina, como em matéria de filiação. Pese o triste humor, de algo poderá adiantar ao maior de idade —que seja optimista— apurar que deve prosseguir autonomamente a busca da confirmação judicial sobre o montante provisório fixado aos alimentos que ora lhe servem para custear os estudos; mas decerto ficará de sobreaviso sobre a simultânea notícia de que ficou prejudicada a solução a dar ao regime de visitas, requerida quando tinha 8 ou 10 anos de idade... Para a medicina será decisão de epitáfio em eventual lápide de cemitério: Aqui jaz ... que faleceu em..., data em que transitou definitivamente a discussão judicial sobre a respectiva DAV acerca da cessação de ventilação artificial!

⁽⁹⁹³⁾ E afirmo isto porquanto, tal como pugnei em *O Consentimento...*, *cit.*; e com André DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, *cit.*, pp.158 e ss.; ou Geraldo ROCHA RIBEIRO, *A protecção...*, *cit.*, p. 338 (para o direito espanhol; 385 e ss.; 396 e ss.: 405 e ss. (a escolha do PCS é decisiva para o sucesso da medida), a consabida existência de uma *flutuação* decorrente das *doenças da vontade* (senilidade, anomalias psicológicas, degenerescências neurológicas, Alzheimer, etc.) não-de ser ponderadas e tomadas em consideração, sim, mas em função do caso concreto, pois tanto podem revelar-se relevantes como significar um eventual caso de uma *capacidade accidental* irrelevante (anulável tal como acontece com o *negativo* previsto no art.

ou sobre a eficaz actualidade e disponibilidade de uma descoberta científica—, fique munido da faculdade de despoletar *de facto* o procedimento que conduzirá à cessação da representação de cuidados de saúde⁽⁹⁹⁴⁾. E a verdade é que o critério interpretativo para a solução de eventuais conflitos entre as DAV e o entendimento e vontade do PCS é expressamente o da «vontade do outorgante» constante da DAV (cf. art. 13.º, n.º 2, da LDAV). Assim sendo, se existir a convicção séria de que a DAV já não exprime a vontade do paciente, fica por maioria de razão prejudicada a expressividade que daquela faça o PCS. Só terá de ser ponderado o seguinte, retomando o exemplo de um eventual *intervalo lúcido*: se a pessoa que se encontra interdita ou *inabilitada* por anomalia psíquica não possui capacidade para «outorgar» uma DAV, cf. art. 4.º, al. b), será de creditar a credibilidade de a revogar a quem esteja em condições de facto de ser declarado como tal? A resposta, em termos lógico-dedutivos, parece-me ser negativa. E acresce em favor desta minha convicção hermenêutica o facto de o teor da al. c) do mesmo preceito retirar igualmente eficácia à *incapacidade accidental*, i.e., a uma incapacidade de facto, em termos de autodeterminação, i.e., quem não se encontre capaz de dar o seu consentimento «consciente, livre e esclarecido»⁽⁹⁹⁵⁾.

Assim reduzo um pouco mais uma manifestação da protecção —que deixa de ser conduzida provavelmente a um paroxismo indesejável— da característica da livre revogabilidade que a recusa possui no específico campo das relações tuteladas pelo Direito da Medicina.

257.º do C.Civ.)... Isto é, a mera notícia e o registo, podem, por mera cautela, conduzir a uma revogação, mas melhor será ponderar se uma decisão reiterada, de anos, pode ser destruída por um *momento* perfeitamente tomado à bolina. Logo, o melhor é certificar e confrontar o que exista em registo e ouvir o PCS. Não-de ser levadas em contas os regimes legais previstos no art. 6.º, n.º 3 da CDHbio e o preceituado na CPCD, arts. 5.º e 12.º, n.º 2 e n.º 4 (igualdade relativamente à capacidade jurídica e sua concretização na pessoa visada que deve ficar fora de «conflitos de interesses», respectivamente), e 15.º, n.º 1, 2.ª parte, *a contrario sensu*; 25.º, *maxime* al. d), referindo-me especialmente a estas situações como exemplos onde se circula em limites da vulnerabilidade, afinal, se pisoteia terra análoga à que me ocupa.

(994) É evidente que uma procuração pode sempre ser objecto de litígio de entendimentos sobre o sentido e alcance da vontade, mas aqui, a novidade está em que o médico, o terceiro que deverá actuar, poder fazer *extinguir* a procuração e o mandato.

(995) Mas confesso que prevejo a dificuldade de um médico que se confronte eventualmente com uma família *obstinada* a erguer a voz e o preceito em causa da LDAV...

XVII. § 8.º A (in)capacidade: observações sobre menores, interditos e inabilitados

O exercício da LDAV vem retirar à família do paciente —se bem que o beneficiário o possa contrariar por manifestação da sua vontade prospectiva— o *papel clássico* de *instrumento(s) ouvidor(es)* e *decisor(es)* encapotado(s) que as teses paternalistas lhe emprestavam, especialmente quando dali não surgia conflito ⁽⁹⁹⁶⁾. É verdade que ninguém melhor do que os conviventes — e entre estes os que nutrem e recebem do paciente graus elevados de afectuosidade— se encontram em melhor posição para desvendar os factos que habilitem o profissional de saúde a compreender as *esferas* de privacidade e intimidade, i.e., o perfil intelectual e o carácter e perspectivas do paciente ⁽⁹⁹⁷⁾.

⁽⁹⁹⁶⁾ Por todos, cf. Helena PEREIRA DE MELO in *DAV — Testamento Vital...*, cit., pp. 121 e s., sobre «consentimento familiar».

⁽⁹⁹⁷⁾ Retiro dos ensinamentos de Helena MONIZ que integram a «esfera íntima» de uma pessoa os elementos relacionados com a respectiva identificação, como sejam a residência, os contactos: telefónico e outros endereços comunicacionais; elementos de informação do reduto mais fechado como sejam os aspectos da vida dos afectos, ou os de saúde ou os do quotidiano do lar, tal como os da correspondência ou, sublinho, a ressurreição dos factos do passado que o próprio deseje que permaneçam no domínio da memória individual (o direito ao esquecimento), cf. *Notas sobre a Protecção de Dados Pessoais sobre a Informática*, in *RPCC*, ano 7.º, n.º 2, 1997, p. 237; e, com um arco que passa por outras reflexões, eis perante a Lei n.º 5/2008, de 12/02, as mesmíssimas preocupações ora aferidas —e comprimidas pelos benefícios comunitários decorrentes da protecção da esfera de influência do direito criminal— em torno da construção de uma base de dados genética, viável por via do consentimento, mas susceptível de colocar em crise princípios fundamentais, ultrapassáveis em vista da teleologia, mas quando colocados em situação de fronteira, como é o caso de mera suspeição, acordam os receios decorrentes da componente temida *de um direito penal do inimigo*, sendo certo que o direito português carece de ver completado o seu regime jurídico vigente; desenvolvimento em Helena MONIZ: *Parâmetros Adjectivos, Constitucionais e de Direito Comparado, na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro*, in AA.VV., *Bases de Dados Genético Forenses* (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8, pp. 47-66. Para reflexões de âmbito ético-jurídico comparado no ordenamento Brasileiro; cf. ainda Taysa SCHIOCCHET, *Reflexões Jurídicas acerca da Regulamentação dos Bancos de perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal*, in AA.VV., *Bases de Dados Genético Forenses* (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8, pp. 67-102. Sendo certo que, uma vez mais, a dispersão causa problemas desnecessários, como seja o caso da identificação pura e simples, que, em princípio, não parece suscitar especiais protecções ao abrigo da tutela do segredo, todavia no âmbito do consumo de estupefaciente e nos termos do preceituado na Lei n.º 30/2000, de 29/11, art. 3.º, garante ao consumidor que pretenda submeter-se espontaneamente a medidas terapêuticas de desintoxicação o dever de sigilo, extensível a todos os profissionais de saúde envolvidos, sendo certo que lei estabelece expressa e excepcional-

Por seu turno, além da interdição e da inabilitação por anomalia psíquica já aludidos (decretadas judicialmente), tal como a *incapacidade accidental de autodeterminação*, o legislador fixou um limite etário de 18 anos, por remissão para a legislação civil (cf. epígrafe do art. 130.º do C.Civ. *ex vi* do art. 4.º, al. a) da LDAV).

Acerca disto cabem poucos comentários e telegráficos. Em primeiro lugar, partilho a opinião de que as decisões devem ser casuísticas, pelo que encontro muita dificuldade em aceitar a escatologia jurídica da certeza e da segurança a prevalecer sobre o discernimento que é requisito do que é por essência pessoalíssimo e volúvel. Creio que, tal como em matéria de LSM, seria possível acatar decisões partilhadas e, conseqüentemente, DAV partilhadas. Em segundo lugar, vejo com simpatia que a inabilitação por motivos de anomalia psíquica poderá contender com a autodeterminação sobre o discernimento e autonomia. Mas se o legislador chegou aqui, pena foi que não percorresse o caminho inverso... i.e., se reconhece que existe inabilitações por anomalia psíquica que retiram competência para decisões no foro da saúde, será de repudiar que existam anomalias psíquicas que impedem um regular domínio da própria pessoa mas são susceptíveis de não o ser em absoluto quanto a determinados aspectos da autodeterminação da saúde. Trata-se de casos contados, seguramente.

Por seu turno, em relação aos menores, igual sorte amarga me sobra ⁽⁹⁹⁸⁾. Fico mesmo com dúvidas sobre se o elemento histórico será suficiente para

mente para estes a isenção do «dever de depor em inquérito ou processo judicial ou a prestar informações sobre a natureza a evolução do processo terapêutico ou sobre a identidade do consumidor.». Em nada me repugna

⁽⁹⁹⁸⁾ Para as variáveis em matéria de direito comparado, sinteticamente, cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, *cit.*, p. 301 e s.; em termos igualmente comparados adentro do ordenamento jurídico português, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde...* in *Temas*, 2.ª ed., pp. 239-246; Rosa Cândido MARTINS, *a Criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, Separata das *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, BFDUC, Coimbra Ed., 2004, pp. 791-831, *maxime* 824 e ss.; e novamente André DIAS PEREIRA, *a Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Vol. II. Coimbra Ed., pp. 199-249; Mafalda Francisco SANTOS, *O Problema da (Ir)relevância do Consentimento dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos: uma perspectiva jurídico-penal* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., pub. CDBM|FDUC 21, 2013 ISBN 978-972-32-2137-4, *passim*; Geraldo ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, in *Lex Med.*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 105-138; todos a parecerem partilhar o que no que me concerne resulta de *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 202-215. Em sentido crítico, ao menos céptico, situa-se André TEI-

afastar a emancipação da esfera do alcance do art. 4.º da LDAV, tanto mais que esta se expõe igualmente para direitos pessoais como o matrimónio, a perfilhação ou negócios jurídicos que implicam invasões da esfera físico-psíquica, como o contrato de trabalho (onde existe autodeterminação para os cuidados de saúde). Pior: a esfera de autodeterminação sexual está já formada e eficaz até ao limite do direito potestativo viabilizado no art. 142.º, n.º 5, do CP... A convulsão entre os limiares etários onde o discernimento passa a impressionar o legislador atinge uma insustentável volubilidade, como se demonstra na LIC. Esta lei, transposta do direito europeu para o português, exige ao menor com 16 anos um consentimento —específico para investigação— partilhado com os seus representantes legais (presume assim o legislador um discernimento recíproco condicionado) para em seguida facultar ao cientista a possibilidade de reconhecer ao menor o discernimento para, sozinho, recusar (no fundo permanece uma *partilha*, mas agora com o cientista, com quem se pode naturalmente criar uma *afectividade cúmplice* beneficente), cf. LIC, art. 7.º, n.º 1, al. a) e al. c), sendo certo que são cumulativas (cf. corpo do preceito) e o consentimento informado é dispensável para os «estudos clínicos sem intervenção», cf. n.º 3 (999). A verdade é que os cientistas e os profissionais de saúde não ficam alertados para esta *voracidade* legislativa,

XEIRA DOS SANTOS, *Do Consentimento dos Menores para a realização de Actos Médicos*, in *RMP* (ISSN 0870-6107), n.º 118, Ano 30, Abr-Jun 2009, pp. 123-155, se bem que em sede de conclusões refira expressamente: «consentimento e recusa não são duas faces da mesma moeda. Esta última traduz uma oposição total à prática do acto médico, enquanto o consentimento envolve um conjunto de decisões parciais que conduzem à realização do acto médico».

(999) O *Estudo clínico sem intervenção* aparece definido no art. 2.º, al. p), como «o estudo no qual estejam preenchidas as seguintes condições: / i) Os medicamentos sejam prescritos ou os dispositivos médicos sejam utilizados de acordo com as condições previstas na autorização de introdução no mercado ou no procedimento de avaliação de conformidade, respectivamente; / ii) A inclusão do participante numa determinada estratégia terapêutica não seja previamente fixada por um protocolo de estudo, mas dependa da prática corrente; / iii) A decisão de prescrever o medicamento ou utilizar um dispositivo médico esteja claramente dissociada da decisão de incluir ou não o participante no estudo; / iv) Não seja aplicado aos participantes qualquer outro procedimento complementar de diagnóstico ou de avaliação e sejam utilizados métodos epidemiológicos para analisar os dados recolhidos.». Ora, salvo o devido respeito, os procedimentos em referência constituem actuações susceptíveis de integrar o conceito de intervenção médica terapêutica —*análoga*— a que alude o art. 150.º do CP, pelo que teremos aqui um consentimento médico tradicional, *necessário*, a par de um consentimento para investigação, *eventualmente desnecessário*, segundo as *leges artis* que resultarem da fundamentação do cientista que o queira realizar no âmbito da investigação para a qual não necessita de recolher o consentimento específico mas não deixa de ter de recolher o outro, geral.

arriscando-se a pisar linhas onde podem vir a ter de justificar judicialmente as suas perplexidades perante quem, também com natural perplexidade, percebe que a multiplicação de informação em feixes únicos saiu dos *écrans* dos meios de comunicação e chegou ao *jornal oficial* ⁽¹⁰⁰⁰⁾. Enfim. Não segue aplauso por aqui e é muito fácil redigir o elenco dos *dramas* decorrentes do facto de inexistir, por exemplo, uma orientação uniforme com entidade funcional.

Em primeiro lugar, a dispersão é assustadoramente contraditória: tão depressa vejo uma jovem com 16 anos a receber uma IVG como, desprezando a doutrina da autonomia, vejo uma menor de 15 anos com discernimento a ser *compelida* (?) a realizá-la com reiteração judicial;

Em segundo lugar, as minoridades especiais no campo da saúde estão tipificadas na lei. Inexistindo referência legislativa expressa será difícil conjecturar uma aplicação analógica (cf. art. 11.º do CCiv);

Em terceiro lugar, quem possua mínimos de contacto com o sistema judicial sabe que este é inábil —mesmo ponderando os apelidados *turnos*— para suprir as carências decorrentes da interpretação da lei ou dos litígios da representação legal e decidir de acordo com o superior interesse da criança, concreto e vivenciado; acaba o MP ou o juiz a questionar quem levantou a questão...

Em quarto lugar, fica em crise o respeito pelo princípio da privacidade, pelo direito à esfera mais íntima que, em muitos aspectos, começa cedo. Quanto à saúde, segundo a melhor doutrina, esta esfera abrange um elenco fortíssimo e vasto de dados de informação que o profissional de saúde não deve —sem superior ponderação e necessidade— partilhar com outros, incluindo magistrados ⁽¹⁰⁰¹⁾. Não tenho a certeza da originalidade do que segue, mas

⁽¹⁰⁰⁰⁾ Refiro-me ao facto de a atenção individual para a percepção de informações estar nos dias que correm submetidas em uma corrente simultaneamente alternativa e concorrencial: o ser humano é capaz de processar mais do que uma informação e decidir e agir em planos múltiplos ou com curtíssimos espaços de tempo. Dou o exemplo dos telejornais com as suas várias faixas de informações em curso... Criticamente, cf. Gilles LIPOVETSKY, *A era do vazio...*, cit., pp. 40-49 («sedução a la carte»).

⁽¹⁰⁰¹⁾ Ensina Manuel da COSTA ANDRADE: «o segredo médico abrange, desde logo, a doença, a anamnese, o diagnóstico, a prognose, a prescrição, a terapia, a resposta ao medicamento, etc.; os exames e meios de diagnóstico e toda a informação constante de relatórios, ficheiros, processos clínicos, radiografias, ecografias e tumografia computadorizada; as alternativas e os métodos de tratamento; hábitos de vida; a situação económica ou profissional do paciente; características físicas e psicológicas do doente; os traços de carácter revelados pelo

acredito sinceramente que é exactamente a privacidade e o sigilo que constituem a melhor protecção do interesse público que usualmente subscreve a reclamação excepcional em que sejam desvelados: penso logo no segredo de justiça.

Em suma, não faz sentido ver menores *maduros* —até completarem 18 anos de idade, eventualmente com vida afectiva organizada, com filhos e a trabalhar— nos serviços pediátricos das unidades de saúde e/ou pedindo consentimento aos pais para o que quer que seja, designadamente para elaborar uma DAV, recorrer a serviços de PMA, etc.

XVII. § 9.º A ausência do requisito do esclarecimento

De acordo com o preceituado no art. 157.º do CP, o consentimento para tratamentos médico-cirúrgicos com índices terapêuticos mínimos previstos no art. 150.º (*ex vi* do art. 156.º) do CP só será eficaz quando o paciente estiver devidamente esclarecido ⁽¹⁰⁰²⁾. Este esclarecimento só será evitável quando o paciente se encontrar em situação em que a sua verificação possa ser causa séria e grave de dano físico-psíquico. Continuo a defender a transversalidade do Direito da Medicina: trata-se de matéria disciplinar que perpassa domí-

paciente, as suas reacções aos diferentes actos médicos; os factos atinentes à sua vida privada, profissional, à situação económica, financeira ou política; os gostos, vícios, abusos, excessos e actos ilícitos.», e continua o Mestre de Coimbra, recorrendo à doutrina e à jurisprudência alemã: «o segredo médico abrange o nome do paciente; o facto da própria consulta ou tratamento; as circunstâncias (hora, acompanhantes, tipo de viatura) em que um paciente chega ao hospital e que permitem identificá-lo; a capacidade para fazer testamento; doença venérea; consumo de estupefacientes; seropositividade; a defloração, feridas e cicatrizes.». E, por fim, ainda factos de terceiro, da respectiva vida íntima ou privada: «v.g. a confiança ao médico que o seu cônjuge é seropositivo. ou factos relativos a outras áreas da vida privada do terceiro. como acontece com o paciente que conta ao médico que o chefe do seu serviço mantém relações sexuais extraconjugais; ou aqueloutro que conta ao psiquiatra os excessos do seu cônjuge», cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Ed.2004 (ISBN 972-32-1277-3), pp. 184 e s. Sobre o dever de segredo cf. ainda o CDOM, que lhe reserva integralmente o Cap. XI (arts. 85.º a 93.º), sem prejuízo de o aflorar em disposições avulsas, v.g. 20.º, 23.º, 83.º; 95.º e s., 100.º, 112.º, 118.º e 125.º; ou o CDOE, cf. o art. 85.º (e já agora o 86.º), sublinhando que aquele prevê expressamente o dever de sigilo em relação aos assuntos que se apurem em relação à família do paciente.

⁽¹⁰⁰²⁾ «(...) sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento (...), salvo se esse esclarecimento vier bulir com os requisitos de uma excepção terapêutica, i.e., possa causar «grave dano à saúde, física ou psíquica».

nios de várias disciplinas jurídicas, que convoca e processa com a respectiva originalidade. Em rigor, o Direito da Medicina vive do que lhe suscita de forma específica a *autonomia*, com a sua *autodeterminação*; tal como uma *indisponível indignidade* ⁽¹⁰⁰³⁾. Deste modo, o requisito de eficácia do esclarecimento não poderá deixar de se verificar quando se pretenda manter a plenitude de um consentimento que viabilize a penetração do profissional de saúde na esfera físico-psíquica de outrem.

Ora, a LDAV, quando discorre sobre a *forma*, estabelece sem margem para dúvidas no seu art. 3.º, n.º 2:

«No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das directivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento se for essa a opção do outorgante e do médico.»

Significa isto que uma DAV pode chegar a ser plenamente eficaz sem deixar rasto de onde se retire ter sido o resultado de uma decisão «consciente, livre e esclarecida» quanto aos cuidados de saúde sobre os quais estabelece *vinculações*.

Posto isto, o que pretende a lei? Pois muito claramente situo-me perante actuações médico-cirúrgicas, mais a mais nitidamente terapêuticas, com fronteiras delicadas ⁽¹⁰⁰⁴⁾, onde determinadas medidas conduzem a apaixonadas discussões sobre ética médica no difícil limiar entre *auxílio* permitido e o que persiste ético-juridicamente controverso (cf. art. 5.º da LDAV ¹⁰⁰⁵). Ain-

⁽¹⁰⁰³⁾ Repito-me: creio sinceramente ser pela circunscrição negativa que demarco bem a fonte onde jorra quer o direito geral de personalidade, quer os direitos específicos de personalidade que são convocáveis e se moldam ao ser humano que carece de ser reconhecido como individualidade onto-axiológica, mas não pode deixar de se inter-relacionar com os demais, a quem roga permanentemente seja superadas as suas insuficiências.

⁽¹⁰⁰⁴⁾ Estabelece o art. 2.º, n.º 2 da DAV: «2 — Podem constar do documento de directivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente: a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais; b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte; c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada; d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental; e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.». Os sublinhados pertencem-me.

⁽¹⁰⁰⁵⁾ No art 5.º da LDAV, sob a epígrafe «Limites das diretivas antecipadas de vontade», dita-se o seguinte:«São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade: / a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determi-

da que seja previsível que o ordenamento jurídico português —melhor: o europeu, onde aquele prossegue uma progressiva integração— venha a conformar certos efeitos com as realidades, ultrapassando as restrições de uma ética e de uma moral resistentes, até onde o bom senso permita adequar a vida social, a verdade é que o legislador português não preveniu uma lei geral para o consentimento efectivo, pelo que as soluções surgem dispersas.

Em matéria da doutrina de autonomia prospectiva, o legislador português pretendeu configurar e configurou na LDAV —tal como parcialmente em relação às DAV dos não dadores por morte— a afirmação peremptória das faculdades vinculativas quanto aos cuidados de saúde pretendidos e não pretendidos. O exercício destas faculdades deve preencher os requisitos de «uma manifestação de vontade consciente, livre e esclarecida» (cf. art. 2.º, n.º 1, da LDAV). É requisito da capacidade para outorgar uma DAV —além de ser maior de idade e de não ter sido judicialmente declarado incapaz por anomalia psíquica— que uma pessoa *se encontre capaz* —de facto— *de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido* (cf. art. 4.º, al c), da LDAV). Esta é uma capacidade de facto, verificada no momento prévio, mas supõe, a meu ver, o processo de esclarecimento: a inquirição e obtenção das informações que se entendam convenientes (adequadas) para formar e tomar uma decisão. Com efeito, o esclarecimento integra necessariamente o consentimento efectivo, tanto mais quanto maior for a intrusão na esfera físico-psíquica requerida pelo quadro e pela proposta consequente. Tenho de dar então por assente que a componente esclarecida do consentimento dado em uma DAV será meramente hipotético em uma DAV.

Já quando perspectivo a manifestação de vontade enquanto recusa penso que apenas o integra desejavelmente, pois é a liberdade na sua radicalidade que está em causa.

As DAV são exactamente a consagração da recusa enquanto uma outra *moeda* da autonomia. Só a recusa não carece de esclarecimento ou de informação prévia para ser legítima e eficaz. É a má decisão a que se refere Ronald Dworkin? Será. Pode o profissional de saúde ao saber da existência de uma DAV tentar persuadir o paciente a revogá-la, também livremente. E em mi-

nem uma atuação contrária às boas práticas; / b) Cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal; / c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.»

nha opinião, tudo o que sirva o esclarecimento, na medida pedagógica da persuasão beneficente, é uma mais-valia para a autonomia do ser humano.

O que de consentimento existirá nas DAV —porque a lei expressamente o refere, v.g. «art. 2.º, n.º 1: «cuidados de saúde que deseja receber» por contra-posição aos que «não deseja receber»— é a liberdade de não saber, ou de saber o que se reputa suficiente: a liberdade da recusa. E só assim entendo que um e o outro ensejo —*o que se deseja e não se deseja receber*— tenham de ser o produto de uma «vontade consciente, livre e esclarecida». Não sendo necessário demonstrar que esta vontade se verifica, é legítimo duvidar do que em matéria de consentimento —actuação positiva— se mostre divergente das *leges artis*. Ao invés, como referi, todas as decisões que integram a recusa são integralmente livres e podem ser injustificadas.

Como explicar a aparente perplexidade? É fácil. Afirmei que as DAV constituem uma via verdadeiramente compósita da autonomia, incluindo no consentimento o que se pretende como opção ao que sejam variáveis das *leges artis*; estas passam a ser submetidas a um crivo da vontade opcional do visado, i.e., *leges artis ad hoc* mercê da plena autonomia permitida da recusa.

Deste modo não se queira levar o raciocínio onde ele não permite ser conduzido: em primeiro lugar o consentimento resulta manifestado em termos válidos e eficazes: a lei basta-se com o que resulta do procedimento concretizado⁽¹⁰⁰⁶⁾; em segundo lugar, a recusa não destrói a necessidade do consentimento esclarecido: o dever do profissional de saúde é o da intervenção beneficente e não maleficente, pelo que deve esclarecer —ultrapassando a recusa eventual que traduza um não querer saber— para poder actuar, não exercendo o paciente as fracções optativas de recusas parciais ou em vista de consentimentos subsidiários até à opção radical. A opção de Peter Nöll⁽¹⁰⁰⁷⁾. Por

⁽¹⁰⁰⁶⁾ Efectivamente, não será irreflectidamente que alguém tratará de percorrer todos os passos necessários até que a DAV fique em vigor. Após o que, o decurso do tempo (5 anos) reitera a possibilidade de revogar. E esta liberdade de revogação singela mediante mera declaração verbal prestada a quem cuida da saúde a todo o tempo reduz os receios ao seu ínfimo.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ Cf. Peter NOLL, *In The Face of Death*, inclui a *oração fúnebre de Max FRISCH*, pp. 249-254 (trad. Hans Noll), Penguin books Ed., New York, 1990 (ISBN 0-14-00.8165-8). Peter NOLL, suíço, foi docente e investigador de Direito Penal (Universidade de Mainz e, posteriormente, de Zurique). O livro em referência é o resultado de uma experimentação sobre a autodeterminação radical que tomou perante a notícia de que contrairia cancro na bexiga, sendo-lhe proposta uma intervenção em que existiriam sérias possibilidades de lhe ser removida a bexiga o que significaria a colocação de um saco para verter águas, disfunção eréctil e a submissão a radiações. Perante isto, movido pelas suas convicções perante o que con-

fim, mas não menos relevante, reside o facto de que aquilo a que o outorgante está a manifestar consentimento resulta mais exactamente em recusas do que seriam as propostas médicas possíveis. Isto porque não conjeturo que um profano possa decidir questões do foro técnico da medicina, em terreno outro que não o de facto consumado ou sua tentativa (o que não terá necessariamente de merecer respeito pelo profissional de saúde).

XVII. § 10.º A livre revogabilidade

Característica da manifestação da vontade na relação jurídica médico-medicamentosa —tanto quanto a prudência sobre a informação adentro dos poderes/deveres de cuidados— é a faculdade de revogar total ou parcialmente a decisão sobre cuidados de saúde, e, por regra, até ao limite. Eis o que resulta expresso no teor do art. 8.º quanto à DAV e especificadamente quanto à procuração de cuidados de saúde no art. 14.º, n.º 1, ambos da LDAV.

Apenas quanto à modificação se me impõem duas linhas. A primeira é a de que, muito compreensivelmente, as alterações levadas a cabo em um documento a que se emprestam requisitos formais hão-de naturalmente passar por mínimos de formalismos, cf. art. 8.º, n.º 2. É, pois, de aplaudir o facto de prudentemente associar uma renovação do prazo de 5 anos de duração da DAV ao momento da alteração. A segunda, também de sublinhar, é que a expressa previsão da possibilidade de verificando-se um empecilho quanto ao respeito pelo cumprimento da formalidade neste processo de alteração, bastar a manifestação verbal para que o profissional de saúde possa registar e comunicar essa mesma alteração, cf. art. 8.º, n.º 4 da LDAV. Basta uma declaração testemunhada, por livre rogo do interessado.

figura ultrapassar os limites da reserva individual de dignidade face a uma *servidão* à paraféria, agressividade e tutela médico terapêutica (a que submeteu parcialmente para efeitos de diagnóstico), optou por recusar as propostas e deixou um rasto das suas impressões pessoais durante o curioso percurso de cerca de nove meses até à sua morte. Cultivando perspectivas jus-filosóficas sobre o sentido e alcance das teorias sobre a autoridade e o poder, as suas reflexões acabam por projectar o confronto individual entre um destino certo em hora incerta, mas já anunciada e previsível, sem descurar o impacto nas esferas sucessivas das suas relações sociais. Curiosamente, um dos aspectos que me ressaltam sublinhar é que a decisão é feita algo fora das consultas às pessoas da esfera de afectividade visadas, no seu círculo mais próximo: as filhas, o irmão, alguns colegas... eis um *nihilismo* talvez raro, mas facto que não será importante descurar na inteligibilidade singular das dificuldades em retirar das suas reflexões aspectos de carácter generalista e abstracto.

XVII. § 11.º A Procuração de Cuidados de Saúde

Além do que já deixei vertido a este respeito, acredito que a procuração não pode coexistir sem o TV, sob pena de ser um verdadeiro *título em branco*, carente pois, como acontece até com os títulos de crédito, de um *pacto de preenchimento*. O mesmo é afirmar não ser possível realizar validamente uma procuração de cuidados de saúde com a atribuição de poderes de livre e geral administração ⁽¹⁰⁰⁸⁾. Haverá pois de precisar que as DAV consistem ou em um TV sem ou com PCS ou em um PCS com TV; só o primeiro pode *existir* sozinho.

XVII. § 12.º O RENTEV

A Registo das DAV designa-se Registo Nacional do Testamento Vital, sendo certo que serve quer o TV quer a demais «informação e documentação relativas ao documento de directivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde». Tudo em vista do processo que vai da recepção, registo, actualização e divulgação, etc. em relação a todos os residentes em Portugal (cf. Port. n.º 96/2014, de 05 de Maio). A documentação de Registo, englobando o modelo a que alude o art. 2.º, n.º 2, al. a), da Portaria em referência ⁽¹⁰⁰⁹⁾, pode ser feita pelos interessados através da impressão e preenchimento de um modelo disponibilizado nos *sites* das ARS, ou através do Portal do

⁽¹⁰⁰⁸⁾ Com os desenvolvimentos que remeto para o equilibrado e pertinente estudo de Diana Sara LOPES RAIMUNDO, *A figura do procurador de cuidados de saúde* (dissertação de mestrado), FDUP, 2012, acessível in: http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=6&ved=oCEwQFjAF&url=http%3A%2F%2Frepositorio-aber-to.up.pt%2Fbitstream%2F10216%2F66240%2F2%2F5079.pdf&ei=pyXZU_PLIeaooQWJ34HA_AQ&usg=AFQjCNHw56vqXg_1Pabete3oQxepgAWtgA&sig2=MYmp-jwZSkXUuA9ZGjfxbg, de onde destaco alguns pormenores: *maxime* pp. 14 em diante, 27 e ss. (p. 49 defende que o paciente deve estar esclarecido não obstante a lei não o prever); (57 critica que qualquer pessoa possa ser PCS).

⁽¹⁰⁰⁹⁾ Cf. a Portaria n.º 104/2014, de 15 de Maio, in *DR*, I, n.º 93, que, todavia, suscitou problemas técnicos até que a respectiva disponibilização via *www* ficasse acessível ao público.

Utente ou do Portal da Saúde, tratando-se de um documento conjunto ⁽¹⁰¹⁰⁾ com alguns *campos* pré-elaborados em que o outorgante se identifica, bem como ao eventual PCS, e, depois, prevendo a incapacidade de manifestar a sua vontade:

1|Antecipam-se possíveis situações clínicas (diagnóstico de doença incurável em fase terminal; inexistência de expectativas; falência múltipla de órgãos), deixando um «campo aberto» para «outras» situações;

2| Para as quais surgem 12 hipóteses formatadas, das quais resulta consentimento em 4 hipóteses, a saber: i. Participar em experimentação; ii. Receber medidas paliativas ou hidratação mínima; iii. Receber a assistência religiosa iv. Ter junto de si pessoa designada;

3| Sobram outros dois campos «abertos» para outros «cuidados» e considerações pessoais.

O demais é a aludida identificação opcional do médico que tenha prestado o esclarecimento e registos identificativos formais, como seja a outorga perante funcionário dos serviços administrativos da unidade de saúde.

São admissíveis a registo outros documentos de DAV, que não os do modelo, desde que com intervenção notarial ou com respeito pelas formalidades previstas legalmente. Este pormenor revela-se da maior importância já que uma das originalidades do sistema português reside exactamente na proximidade criada entre a existência de um documento que cura os interesses de quem não se pode manifestar e aquele que necessita de ter conhecimento do respectivo teor e contactos possíveis para se inteirar e formar a sua decisão. Por seu turno, a Portaria n.º 96/2014, de 05/05, viabiliza um procedimento célere e sem burocracias para a renovação dos documentos registados, mediante mera declaração de confirmação, cf. art. 7.º, n.º 3.

O profissional de saúde responsável pelos cuidados de saúde a prestar a um paciente que não esteja em condições de manifestar a sua vontade, tem o dever de verificar a existência de uma DAV, mediante consulta no Portal do Profissional da Plataforma de Dados de Saúde. Seria ideal que esta plataforma passasse a estar disponível em conexão com a plataforma informática on-

⁽¹⁰¹⁰⁾ Através do portal da saúde, pode ser obtida informação (*flyer*), modelo e cópias da legislação aplicável, entre o mais: cf. <http://www.portaldasauade.pt/portal/conteudos/informacoes+uteis/testamento+vital/testamento+vital.htm>

de se criou o processo clínico de cada paciente, cf. art. 5.º da Portaria n.º 96/2014, de 05/05.

XVII. § 13.º Responsabilidades

A responsabilidade de ordem civil perante um desrespeito de uma DAV despoleta um procedimento que se integra por ora no regime geral processual decorrente da violação dos arts. 70.º do C.Civ, e, consoante as qualificações resultantes de alguma indefinição, ou melhor dizendo, indiferenciação judicial, no regime da responsabilidade por facto ilícito extracontratual (cf. art. 483.º do CCiv) ou por violação por facto ilícito contratual (cf. art. 798.º do C.Civ.) ⁽¹⁰¹¹⁾. As responsabilidades de natureza deontológica e ou disciplinar,

⁽¹⁰¹¹⁾ Sem preocupações de aprofundar os regimes das responsabilidades —que ultrapassa a *economia* deste trabalho e se encontra actualmente na mira de valiosos esforços doutrinários — não deixarei de apontar a conclusão do levantamento e escorço da jurisprudência sobre responsabilidade civil médica levado a cabo por Mafalda MIRANDA BARBOSA, *A Jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte*, in *Cadernos de Direito Privado*, 38, Abril/Junho de 2008 (ISSN 1645-7242), pp. 14-27, que contemplou uma análise de um número alargado de decisões dos nossos Tribunais superiores de 1972 (Ac. RC, de 2010/78, in *CollJur*, 1978, pp. 1162-1267; até 2010 e 2011 STJ e STA) de onde se extraem as fragilidades do sistema *multicéfalo* em vigor (responsabilidade civil contratual; extracontratual, objectiva no campo do contencioso administrativo) e com ressarcibilidade que ficam *pelo caminho*, tropeçando em dificuldades sobre o formalismo processual, a inversão ou não do ónus de prova segundo os regimes contratual ou extracontratual invocáveis; a prova técnica propriamente dita; as divergências em torno das teorias da causalidade: virtual; possível, adequada; *perda de chance...*; em suma um *inferno* onde os juízes descarregam em peritos a prova que solucione o processo que não o caso que o processo encerra; e tudo muito pouco esclarecido... Não partilho a prudente conclusão da A., que não dá por adquirida a ideia de uma ineficiência do modelo ressarcitório vigente; antes vislumbro algum desespero, para cujo alívio apenas o novo regime processual em vigor poderá contribuir, mercê da *abertura* à prova poderá trazer. Creio que urge repensar o regime da responsabilidade civil médica, prevenindo os receios avançados por António Castanheira Neves sobre os perigos de um regime puro e duro de responsabilidade objectiva que divorcie a culpa do ilícito, *ocultando e tornando impune a mão*, mas que não deixe o ilícito sem a *descendência* da ressarcibilidade dos danos. Uma via do meio, portanto. E via única, por favor. Alerta ainda a A. quanto às objecções a um regime de responsabilidade civil médica objectiva enquanto mecanismo único para a solução da negligência médica, para os argumentos de António CASTANHEIRA NEVES, *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, in *RPCC*, n.º 6, 1996, pp. 9-43, *maxime* pp. 14 e s.; ID., *Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil, de Guilherme Moreira, e justificativa da sua selecção para a Antologia do BFDUC*, in *BFDUC*, Vol. LIII, 1997, pp. 381-390; e ID., *Digesta — Ensaio acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. I, Coimbra ed., 2011 (reimp.) ISBN 978-972-32-0675-3, pp. 475-482, *maxime* pp. 479 e ss.

Ainda sobre a complexidade da questão da responsabilidade civil médica, de forma pedagógica e concreta, avulta o estudo de Vera Lúcia RAPOSO, *Do acto médico ao problema jurídico*, Almedina Ed. (Col. Vd'A), 2013 (ISBN 978-972-40-4936); de onde retiro — cf. pp. 242-246— um recente exemplo de uma questão em que o nosso STJ (cf. Ac. STJ, de 18-03-2010, Proc. n.º 301/06.4TVPRT.PL.S1, (Rel. PIRES DA ROSA, acessível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>) se pronunciou sobre o ónus da prova do consentimento informado conferindo-a ao paciente (mercê da perspectiva de que um paciente *razoável*, que previamente tivesse escolhido o seu médico, daria o consentimento a que na sequência de uma «angiografia fluoroscópica» fosse feita uma «pequena intervenção com o uso de laser, denominada «fotocoagulação laser», (...) terapêutica essa que foi levada a efeito acto contínuo» cf.e) matéria de facto provada; «A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção» cf. f) matéria de facto provada), ultrapassando assim o entendimento que se generalizou na doutrina de que a certificação do esclarecimento adequado habilitante da eficácia do consentimento incumbe ao médico, e nunca, por via *diabólica* —prova de facto negativa— ao paciente. Outros factos provados (de onde se infere a *confiança*) levaram a considerar que a informação prestada foi no caso concreto em questão adequada ao esclarecimento suficiente da paciente pelo que se justificava a inversão do ónus da prova, que não foi feita... Eis o pormenor que me suscita o presente comentário, mas, de todo o modo, não se deixou de referir a excepcionalidade; com efeito ficou consignado ainda no aresto: «De facto, o método interventivo sugerido era o adequado naquelas circunstâncias, não correndo a autora (previsivelmente) riscos porquanto a lesão se encontrava fora da zona proibida de aplicação do laser./Nas circunstâncias concretas provadas o médico cumpriu o seu dever de informar - a intervenção era a adequada, sem riscos, e bem mais grave do que fazer a intervenção era o não fazer nada, deixando a doença evoluir por si. / Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse ónus se acaso a doente provasse por si própria - ónus seu - que outros caminhos havia possíveis ou mais adequados de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre poderia ser o mesmo - ou seja, que o não tratamento era potencialmente tão “eficaz” como o tratamento. /Ou que outros especiais riscos podia correr». (o sublinhado pertence-me). Sem duvidar da pertinência do que acabo de sublinhar e com o devido respeito por opinião divergente, creio que os limites da ponderação sobre a adequação da informação prestada incidiria exactamente —como ficou enunciativamente avançado— sobre a análise dos riscos significativos, e quanto ao riscos longínquos mas de verificação eventual, os dependentes da eventual recusa e em função do paciente concreto (e este é um ónus de informações de que o profissional de saúde carece indagar e obter para se munir do que revele adequado prestar ele próprio em matéria de informações necessárias e convenientes *ao paciente concreto*: apurar a profissão, o estado geral de saúde —de onde resultaria eventualmente a gravidez, a medicação, a disponibilidade etc., mais a mais, tratando-se de uma clínica privada, onde a *confiança* convive com o *mercado*...). Sobre a delicada matéria da informação e dos riscos cf., por todos, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, *cit.*, pp. 396 e ss., e 419 e s. E quanto à matéria das entrevistas, respectiva amplitude para diagnóstico e terapêutica e *leges artis*, cf. Allen J. ENELOW, Douglas L. FORDE e Kenneth BRUMMEL-SMITH, *Entrevista Clínica e cuidados ao paciente*, Climepsi ed., (trad. Pedro Mendonça), Lisboa, 1999 (ISBN 972-95908-9-3): *A entrevista básica*, pp. 27-45, e quadros 2.2, p. 41 e 3.1, p. 48, e 58 e ss, sem esgotar. Seria por aqui que eventualmente a equidade do caso concreto ditaria uma satisfação do ónus de informação e da verificação do esclarecimento adequado, que não uma discutível inversão

cabem igualmente nos regimes específicos (CDOM e EOM e Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas — aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de Setembro ou CT).

De todo o modo, se aparecer em Tribunal a suspeita de uma má prática médica contra uma DAV estou em crer que, quanto às hipóteses de consentimento previstas no «modelo», nenhuma dará azo à tipificação do crime de Intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias. Com efeito, apenas o desrespeito pela administração de cuidados paliativos e hidratação mínima implicam eventuais ofensas ou homicídio, constituindo má prática ⁽¹⁰¹²⁾.

De a DAV (modelo) revelar uma recusa de actuação desrespeitada, passa a despoletar a tipificação eventual do crime de Intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias p.p. no art. 156.º do CP, e, eventualmente outro(s) tipos de crime. Com efeito, o princípio da autonomia, na vertente da autodeterminação, conduz alguma da nossa doutrina a considerar que a validade do princípio em referência se integra —ou integrará— nas *leges artis*, conforme ensina entre nós Jorge FIGUEIREDO DIAS, quando enuncia as razões que não-de conduzir ao balanço resultante das compressões recíprocas entre o bem autonomia e o bem vida humana:

«(...) conforma uma verdadeira *regra deontológica fundamental* — se não constitui mesmo uma *lex artis* — que deve presidir à actividade médica. O respeito do médico pela vontade do enfermo corresponde ao correcto e são entendimento da *função* do médico: esta função não pode residir em conservar vivos, a qualquer custo, os pacientes que lhe estão

do ónus da prova, sobre o qual, creio, permanece na órbita do profissional de saúde, cf. art. 342.º do C.Civ.. Estou convencido de que não cabe ao paciente andar em busca dos critérios médicos (correctos, viáveis, alternativos, etc.), mas sim ao profissional de saúde justificar o que está na sua órbita de deveres. O risco de verificação do evento adverso é longínquo e pouco plausível pelo que a sua revelação não se afigura necessária aquele paciente, repito, ao paciente concreto, sentido em que a informação prestada foi coerente com o consentimento requerido para o procedimento terapêutico em causa e não dá azo a um desvio das *leges artis ad hoc*. Assim, o consentimento prestado foi eficaz pelo que o dano não é imputável à ofensa verificada na integridade físico-psíquica, pela violação da liberdade de autodeterminação. De outra forma, a causalidade adequada ao dano eventualmente causado resultaria exactamente do facto da sua verificação ter concorrido com a possibilidade de o paciente ter recusado a intervenção e, assim, independentemente do que daí lhe adviesse, não teria sido o profissional de saúde o agente. Em caso de um acidente de viação que envolva uma ambulância que transporte um paciente gravemente doente, não deixará de responder pela *morte antecipada* o condutor que venha a ser julgado culpado quanto à respectiva produção, sem prejuízo do preceituado no arts. 494.º *in fine* e 563.º do C.Civ., na medida da prova produzida. Por fim, e por todos, a dissertação de André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica...*, *cit.*, a que e refiro no texto, pp. 777 e ss.

⁽¹⁰¹²⁾ As demais hipóteses não constituem tratamentos médico-cirúrgicos.

entregues; nem a tal está autorizado (...) quando isso contrarie a vontade (real ou presumida) do paciente.»⁽¹⁰¹³⁾

E no mesmo sentido não deixa de se questionar Álvaro da Cunha GOMES RODRIGUES quando anota:

«não é líquido que a violação do dever de esclarecimento do paciente, por banda do médico, se não traduza numa infracção das *leges artis*, e que portanto o médico que venha a causar uma lesão ao paciente por via da omissão do esclarecimento devido, se não torne responsável pelo crime de ofensa à integridade física, por falta de um dos requisitos do art. 150.º do Código Penal.»⁽¹⁰¹⁴⁾

⁽¹⁰¹³⁾ Cf. Jorge FIGUEIREDO DIAS, in *A ajuda à morte...*, cit., p. 206

⁽¹⁰¹⁴⁾ Cf. Álvaro da Cunha GOMES RODRIGUES, in *A Negligência Médica Hospitalar...*, cit., pp. 52 e s. n. 81. Adiante, em inúmeros passos das suas profundas reflexões e articulações expendidas naquela valiosa dissertação de doutoramento, retoma menos directamente a questão, mas sempre de forma elucidativa. Assim, a págs. 154 e ss., entende que: «As *leges artis*, visando a realização correcta do acto profissional, são primacialmente regras profissionais (regras da arte) e só mediatamente regras que impõem deveres de diligência, já que não se concebe a realização correcta de um acto profissional sem o cuidado devido. Tal como as normas que regulam o trânsito rodoviário ou outro, são precisamente normas disciplinadoras do funcionamento da circulação estradal, e só mediatamente normas de tutela dos bens jurídicos de que os utentes da estrada são titulares, também as leis da arte médica (*leges artis medecinae*) visam precipuamente disciplinar o desempenho adequando dos profissionais de saúde, embora, como nem poderia deixar de ser (posto que incidem sobre actividades cujo objecto é o bom funcionamento do corpo e da saúde), destinadas também a evitar os perigos que dessa actividade possam resultar para os pacientes e, *hoc sensu*, são também normas que impõem deveres de cuidado na realização dessa actividade.» A despeito da bem justificada razão do A. para não usar a expressão *ad hoc*, para designar os reflexos específicos do caso concreto nas regras tendencialmente gerais e abstractas (*leges artis medecinae*) ficando assim a expressão *leges artis* em consonância com o elemento literal normativo, que me convence, deixarei ainda o presente texto provavelmente eivado daquela expressão, por ingente economia de tempo.

Adiante, a pretexto do dever de um médico-cirurgião portador de HIV revelar a sua doença ao paciente que vai operar, cf. pp. 232 e ss. deixa por concluir inevitavelmente o raciocínio de que além do preenchimento do tipo de crime p.p. no art. 157.º do CP, em caso de infecção, estará em causa o que resulte da integridade física... e tanto me permito concluir em nome do A. a que venho recolhendo que —sem deixar de referir a justíssima referência às vantagens da originalidade da permanência do tipo de crime p.p. no art. 157.º do CP a pp. 320 e ss. (perante as dificuldades que se deparam nos ordenamentos estrangeiros)— ao apresentar as soluções (com a autoridade acrescida do seu profícuo desempenho judicial como Conselheiro do STJ) a pp. 427 e ss., ao tratar do célebre caso espanhol de 1959, decisão do STJ (abordagem de uma hérnia inguinal com desvio para ablação do pénis por suspeita não confirmada de um sarcoma... na presença silenciosa do paciente, que estando apenas sob efeito de anestesia local podia ter-se pronunciado), não hesita em ditar a lei portuguesa afirmando a autoria material de dois crimes, em concurso material: Intervenção médico-cirúrgica arbitrária (p.p. 156.º, n.º 1, CP); e Ofensa à integridade física grave (144.º, al. a) do CP, ou provando-se apenas a negligência, art. 148.º, n.º 1, do mesmo diploma (ofensa... negligente). E permito-me ainda sublinhar a 3.º e a 12.ª conclusões da dissertação; aquela sobre o casuísmo e esta sobre as vantagens de uma sã comunicação para evitar em muito os casos de negligência, cf. p. 465 e s..

E, por fim, remata novamente o Mestre de Coimbra, associando ao seu *diagnóstico*, se bem que com diferente fundamentação de Manuel COSTA ANDRADE, similar autoridade, para o caso:

«(...) de o paciente *recusar* a intervenção ou a continuação da intervenção. Neste caso decide a vontade do enfermo que deve, em qualquer caso, ser respeitada por todos, os médicos encarregados inclusive, ainda quando, segundo um juízo objectivo, aquela vontade surja como desrazoável ou mesmo irresponsável.» ⁽¹⁰¹⁵⁾

Mas retomando a questão da responsabilidade civil, importa deixar aqui apontada a constatação de André Dias Pereira, que identifica e aponta sentidos viáveis, superadores da actual discussão entre os cultores da funcionalidade do regime de responsabilidade civil, adaptada por força da originalidade da relação entre o médico e o cidadão que pretende ou necessita de cuidados de saúde, estruturalmente «diádica». A complexidade crescente em torno da responsabilidade determina inevitavelmente que uma parte significativa dos problemas, das interrogações que suscita sejam dissolvidos, traduzidos, submetidos a elenco, fora do ambiente judicial (onde não existe tempo nem capacidade de os *digerir*). Aos danos decorrentes das lesões à vida e à integridade pessoal devem associar-se (suplementarmente) os danos de *integridade pessoal* pois implicam exactamente o horror perante «a degradação da qualidade e da condição de vida». Quanto ao que concerne a dicotomia obrigações de meios/obrigações de resultados desvela as obrigações de meios reforçados, afinal uma síntese mais próxima das frustrantes respostas à *fiscalização* de actuações com álea permanente. O mesmo me parece ocorrer perante alguma diluição da separação que se afigura progressivamente menos clara entre actuação com intuito terapêutico e meramente «electivo»... tudo isto não desemboca, na perspectiva do A., em um regime substitutivo da responsabilidade como se tratasse de um novo ramo assistencialista (tanto pertence ao Direito da Segurança Social).

Então, como solução inovadora, aponta outrossim a necessidade de despertar a atenção para as virtudes que vão sendo demonstradas pelos regimes de «responsabilidade *no-fault*». Este regime, que pode ser de natureza administrativa ou um regime de seguro, responde no fundo ao que é inevitável, a necessidade de impedir que a condução das actividades «se escape da mão», sem sancionar necessariamente «a mão» de modo a não a inviabilizar. É ver-

⁽¹⁰¹⁵⁾ Cf. Jorge FIGUEIREDO DIAS, in *A ajuda à morte...*, cit., p. 207. No mesmo sentido lhe confere Guilherme de OLIVEIRA mesma importância e sequela, cf. *o Diagnóstico...*, *Temas*, 1.ª ed., p. 211.

dade que existem muitos danos e cresce uma sensação de que muitos desses danos se poderiam evitar: a actividade médica entrou definitivamente nas páginas dos jornais e nos horários «nobres» da comunicação social. Em rigor, o sistema de apuramento de responsabilidade existente é diversificado e parece não se adaptar muito bem à disciplina do Direito da Medicina. Acresce que o apuramento da(s) responsabilidade(s) é necessariamente casuístico. Uma obsessão com a responsabilização médica pode revelar-se contraproducente. E existem lesões que andam «escondidas» na pedraria dos muretes fluídos dos danos iatrogénicos, dos lapsos/erros não sindicáveis, dos excessos de rigor para prevenção de danos, que apenas quando ocorrem permitem suspeitar a montante o ligeiríssimo desvio que os causou. E existem os erros pura e simplesmente silenciados. É este insustentável silêncio que deve ser quebrado, seja pelo incremento dialógico (o «teste da recusa» por exemplo), seja por se perder o medo de revelar desvios, lapsos e erros evitáveis.

A partir daqui, pode verificar-se a restauração de uma medicina que proporcione a *confiança* que a Medicina exige e se lhe impõe, o que só poderá ser facultado se os desvios possuírem a tolerância *da hospitalidade* que proporcionem, a um tempo, as satisfações individuais das equipas médicas, as do paciente, e aquelas onde se funda a sua sociabilidade directa e indirecta ⁽¹⁰¹⁶⁾.

Em rigor: cada um dos agentes médicos é mais do que mero agente médico no local onde pratica, exactamente porque interage. Todos fazem muita falta. Deve é saber-se que existem limites: limites onde, pedagogicamente, se saiba o que é proibido, o que é intolerável, o que está vedado fazer ou deixar fazer, seja a violação grosseira do cuidado, o desprezo pela confiança, o desequilíbrio da solidariedade. De outro modo pratica-se o elogio da hostilidade: esse terreno proibido. Essa é zona de guerra que parte da negligência e segue até à intolerabilidade.

Como responde Guilherme de OLIVEIRA à crítica apontada acerca dos perigos em criar um sistema de irresponsabilidade dos médicos, salvaguardados que estariam em «responsabilidade», com censuras, sim, mas não necessariamente aferidas judicialmente:

⁽¹⁰¹⁶⁾ Assim interpreto o que li em André DIAS PEREIRA, *Direitos do Paciente e Responsabilidade Médica...*, cit., pp. 777-786, e discorri do ensino de Guilherme de Oliveira, inclusive plasmado na sua análise e perspectiva sobre o erro em medicina, in *Termas...*, 2.ª ed., cit., pp. 301-307.

«É muito limitado o entendimento de que a responsabilização dos médicos carece de processos judiciais e de débitos nas suas contas bancárias; é que a indemnização administrativa é rápida, a cargo de fundos públicos, não obsta a um controlo e a uma responsabilidade intensas» —no seu mínimo, digo eu, pois pode resvalar em caso de gravidade intensa para a responsabilidade criminal— «é o que se passa, por exemplo na Suécia. Independentemente da indemnização, os pacientes podem queixar-se das prestações negligentes dos médicos a um organismo independente, dirigido por um jurista, composto por algumas pessoas nomeadas pelo governo (...) Este organismo aplica sanções que podem chegar até à proibição de exercer a profissão.»⁽¹⁰¹⁷⁾.

Em rigor, verifica-se já hoje em Portugal uma generalização da outorga de seguros de responsabilidade profissional a prevenir exactamente essa fronteira ténue que permite aos profissionais de saúde ultrapassar a negligência. Esconjurar «o juízo da culpa» mas sindicar os procedimentos mercê de garantia de esclarecimentos com eventuais reparações, reportada a terceiros. No caso dos seguros profissionais, as companhias encontram-se objectivamente interessadas em colocar a reparação no seu limite mínimo; mas, em qualquer caso, deixam algum «oxigénio» para os profissionais que sabem conviver com o que de erro possui a condição humana. Sucede apenas que o pior do melhor que oferece o regime multicéfalo subjectivo da responsabilidade civil, os dramas de prova nestes campos especializados, agravados com o formalismo adjectivo que se espera agora atenuado... e os atávicos problemas institucionais sobre a morosidade própria —já não falo da que decorre das insuficiências— dos Tribunais, tendem a substituir um *dano por outro*; adicionando desconfianças.

Não existe, efectivamente, uma só estrada para nos conduzir a Roma, a questão é encontrar a que concilie os vários requisitos da viagem, ao viajante *concreto*. Certo é que ao paciente deve interessar sobremaneira mais do que receber uma indemnização por danos ou ouvir uma censura qualquer ao profissional de saúde, poder agradecer-lhe e à instituição as melhores condições de que foi beneficiário e, sobretudo, das que tenha beneficiado. Ora isso só sucede se todos rumarem no mesmo sentido.

⁽¹⁰¹⁷⁾ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Temas...*, 2.^a ed., *cit.*, pp. 302 e ss.. este organismo não tem de ser uma Ordem Profissional, pelas razões que aponta (cf. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação profissional e Administração pública*, Almedina Ed., 1997; pp. 94e s.), e pode ou não conviver mais intensamente com o Tribunal. O que tem —o que deve— é ser uma entidade que restaure rapidamente o princípio fundamental de *confiança*, antes que esta fique *perdida*, e inicie as *escaladas de hostilidade*.

XVII. § 13.º Limites: do desejo afirmativo de actuações em uma DAV: eventuais obstinações: dos profissionais de saúde; e do paciente?

Servem ainda as DAV para reduzir ou anular os já aludidos efeitos perniciosos em torno de uma medicina receosa ou mesmo teleologicamente obsessiva que contemple o apelidado encarniçamento terapêutico. Existe quem leve demasiado a sério o que Gregório Marañon e Jean Louis Faure afirmaram, desconsiderando os contextos em que pensaram o que deixaram escrito em termos usualmente conotados com um paternalismo exacerbado. A ciência quando produz tecnologia raramente inclui nos seus *livrinhos* de instruções as respostas às interrogações fundamentais: indica o botão e a tomada, dá nota de como se liga e desliga, esclarece eventualmente o funcionamento das baterias para prevenir cortes de energia, mas não diz quando accionar o botão... *Existe quem, simplesmente, não consiga nunca adormecer sem uma luz acesa; tudo bem, mas numa camarata?* Nesta matéria confrontam-se éticas: de autonomia (a que subjaz fundamentalmente à relevância da recusa); e da heteronomia (com uma eventual obediência receosa perante o positivismo); mas existem outras, como a da responsabilidade, que inclui uma projecção de afirmação na alteridade e na solidariedade: é a intersecção das esferas com que o ser humano não pode deixar de pesar a necessidade axiológica ínsita às éticas anteriores ⁽¹⁰¹⁸⁾. Casos existem em que apenas uma autoridade férrea pode garantir a intervenção de saúde indispensável, como é o caso dos tratamentos compulsivos. Regra geral, não se pode ou deve ponderar que nos escolham as sortes ou os desaires. Para isto serve a recusa e o consentimento. Este último, penetra já na ética da responsabilidade: eu revelo-me, exponho-me e permito até que me retalhem para entregar o órgão pelo qual quero dar vida... porquê? Porque tenho a afeição conveniente para isso.

⁽¹⁰¹⁸⁾ Cf. sobre o assunto as magníficas páginas de João Carlos LOUREIRO, *Mors certa, hora incerta (ou hora certa?) valores, direitos escolhas*, in AA.VV., *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 181-193, onde relata o drama vivido por Simone de Beauvoir na reacção que explica como sendo uma *arrogante apropriação médica do corpo de sua mãe*, a quem se detectou um cancro na sequência de uma consulta médica, cf. p. 185.

Capítulo XVIII. A obstinação

A LBCP (Lei de Bases de Cuidados Paliativos) Lei n.º 52/2012, de 05/09, oferece —para efeitos do regime do merecimento dos cuidados paliativos⁽¹⁰¹⁹⁾ previstos no Diploma— uma definição para a actuação susceptível de ser qualificada como obstinada, mais concretamente na Base II, al. d), a saber:

«Obstinação diagnóstica e terapêutica»: os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que são desproporcionados e fúteis, no contexto global de cada doente, sem que daí advinha qualquer benefício para o mesmo, e que podem, por si próprios, causar sofrimento acrescido;»

Tenho por inequívoco não servir como argumento pretender para o mero prolongamento do tempo de vida um «qualquer benefício» para o paciente; pelo contrário, extraio exactamente da lei que a obstinação, ainda na economia da mesma legislação, não deve alimentar uma desconsideração pela «afirmação da vida» enquanto *processo natural a não ser prolongado*... E este é um dos princípios expressamente consignados a tomar em conta para efeitos de cuidados paliativos, cf. Base IV, al. a):

«Os cuidados paliativos regem-se pelos seguintes princípios: / a) Afirmação da vida e do valor intrínseco de cada pessoa, considerando a morte como processo natural que não deve ser prolongado através de obstinação terapêutica;»

E para que dúvidas não fiquem sobre o que em matéria de *leges artis* o legislador entende emprestar ao sentido e alcance das actuações correspondentes, fixou peremptoriamente na Base XXXII, sobre «obstinação terapêutica»:

«A obstinação terapêutica definida na base II constitui má prática clínica e infracção disciplinar, nos termos da legislação geral e deontológica aplicável.»

⁽¹⁰¹⁹⁾ Para o que segue, não será pior ter aqui presente o conceito de cuidados paliativos previsto na al. a) da Base II da LBCP, a saber: Cuidados paliativos são «os cuidados activos, coordenados e globais, prestados por unidades e equipas específicas, em internamento ou no domicílio, a doentes em situação em sofrimento decorrente de doença incurável ou grave, em fase avançada e progressiva, assim como às suas famílias, com o principal objectivo de promover o seu bem-estar e a sua qualidade de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, com base na identificação precoce e do tratamento rigoroso da dor e outros problemas físicos, mas também psicossociais e espirituais».

XVIII.§ 1.º Obstinação do paciente?

Questão curiosa será a de admitir ou recusar uma directiva no sentido da *distanásia*, i.e., para uma actuação encarniçada de manutenção da vida ⁽¹⁰²⁰⁾. Pois neste caso creio ser ponderado remeter a solução que transcenda os limites das *leges artis* ⁽¹⁰²¹⁾ para uma decisão judicial que as apreciará e qualificará em termos concretos como *abuso de direito*. Está bem de ver que os tratamentos desproporcionados *exigidos* por um paciente hão-de valer tanto, quanto os *apetites* de saúde que não possuam indicação terapêutica (ou intensidades de maior ou menor relevância). Dá lúcida nota deste conflito Rui Nunes, pois que não tem dúvidas em afirmar como boa prática clínica — afastando a omissão como meio para que seja conjecturada a eutanásia — a «suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento quando estes sejam comprovadamente ineficazes». A inutilidade do tratamento, afirma, «retira a possibilidade de se atender até à vontade do paciente, mesmo perante o seu «pedido instante» ⁽¹⁰²²⁾.

Fico em concordância, mas não deixo de sublinhar as dificuldades. Existirá uma propensão inevitável para transferir para a esfera do paciente e dos familiares uma discussão em torno do que fundamenta uma ONR: face a uma convicção de que o estado conhecido da arte não oferece meios terapêuticos que viabilizem uma recuperação, impõe-se a decisão de deixar, mediante cuidados paliativos, cursar o destino individual. Como afirma Rui Nunes: «a morte não tem de ser encarada como uma doença que tem de ser combatida a todo o custo». Mas trata-se de uma decisão médica, com fundamento e certificação médica.

⁽¹⁰²⁰⁾ A questão pode tornar-se objecto de discussão com base em processos de experimentação anunciados acerca dos quais o paciente deseje ser submetido, para os quais se venha a discutir sobre se podia (ou devia) ser *elegido* ou *rechaçado* em termos que lhe retiram uma desigualdade de oportunidades, uma discriminação (cf. art. 5.º, al. a), 6.º, n.º 2, al. a) da LDAV).

⁽¹⁰²¹⁾ De qualquer modo se avança já que o actual art. 57.º, n.º 2, do CDOM afasta veementemente a prática da *distanásia*, colocando ainda no artigo seguinte: cf. art. 58.º, n.º 1 (cuidados paliativos): «... evitando utilizar meios fúteis de diagnóstico e terapêutica que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento, sem que daí advenha qualquer benefício.».

⁽¹⁰²²⁾ Cf. Rui NUNES e Helena PEREIRA DE MELO, *Testamento Vital*, Almedina e FDUNL (Col. SPEED), 2012 (ISBN 978-972-40-4538-2), pp. 51-53.

Pergunto-me se tem de ser comunicada ao próprio e/ou à Família. Entendo que sim, ao próprio e esclarecidamente, mas não apenas pelo rigor da verdade; fundamentalmente, por força do seguinte fundamento: — o paciente (a família apenas por força da eficácia) pode desejar procurar uma segunda opinião ou meios institucionais que proporcionem o que o médico —a equipa— entende passar a ser encarniçamento. A liberdade de recusar tem de coexistir com a liberdade de encontrar quem lhe proporcione em consciência actos que viabilizem e certifiquem o esclarecimento sobre a distanásia ⁽¹⁰²³⁾.

Em suma, não vejo necessidade de importar para esta matéria a doutrina do consentimento informado, excepto no que concerne as sequelas de um esclarecimento que conduza a uma recusa, a uma teimosia do paciente. É neste sentido que interpreto o preceituado, a final, na Base V, al. e) da citada LBCP, como sendo direito do utente:

«Participar nas decisões sobre cuidados paliativos que lhe são prestados, nomeadamente para efeitos de determinação de condições, limites ou interrupção dos tratamentos;

Em caso de conflito entre o paciente e os seus familiares, colocando a decisão daquele em conformidade com a ONR e a inconformidade dos familiares, tenho por correcta a decisão do paciente. Aqui sim, será de sugerir a prática receosa (alegadamente defensiva) de efectuar cuidadosos registos no processo clínico do paciente, prevenindo os ulteriores conflitos e eventuais averiguações sobre responsabilidade disciplinar. Em caso algum —como ensina Figueiredo Dias— se colocam questões de auxílio ou incitamento ao suicídio, desde logo pela ausência de fundamento do sentido da protecção social subjacente ao normativo dos tipos de crime, mas ainda aquém, pela absoluta falta de verificação de dolo ⁽¹⁰²⁴⁾.

⁽¹⁰²³⁾ É apenas neste sentido que compreendo mas justifico a divergência com os procedimentos advogados por Rui NUNES e Helena PEREIRA DE MELO, in *Testamento Vital...*, cit., pp. 54 e ss. e adiante, 103 e ss. Não vejo razão para proceder a uma decisão substituída, nem para reunir a CES (excepto se a equipa dos profissionais de saúde entrar em divergência técnica), nem tão pouco para criar um formulário para as ONR, que banalizam os registos que são, por excelência, *intuitu personae*, e o resultante de casos concretos, onde podem perfeitamente avultar questões de carência de meios técnicos ou humanos.

⁽¹⁰²⁴⁾ Muito embora, dando nota (com preciosa indicação bibliográfica e síntese) do que se afirma, poderá divergir sobre a consecução da apontada decisão técnica inerente à ONR, Álvaro da Cunha GOMES RODRIGUES, *A Negligência Médica Hospitalar...*, cit., pp. 67-70, e n. 109-114. Já o sentido que proponho resultará reforçado da leitura e compreensão dos ensinamentos do Professor Alexandre LAUREANO SANTOS, *Futilidade Terapêutica*, in AA.VV., *Bioética e Vulnerabilidade...*, cit., pp. 253-263, *maxime* 257 e ss. O problema será o momento em que, caso a caso, se demonstra a inutilidade.

XVIII. § 2.º A fuga ao paternalismo

Se porventura os elementos contidos ou resultantes da DAV, uma vez analisados, não se revelarem integralmente esclarecedores, então tanto implica que a mesma ainda não foi integralmente compreendida. Creio ser precipitado, neste caso, qualificar as eventuais deficiências como equívocas ou não «claras» e repudiar liminarmente a manifestação de vontade, como parece ser o caso, por ex.º, do sentido literal acolhido na LDAV (cf. art. 5.º, al c), que sanciona com a inexistência jurídica as DAV em que «o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade». A meu ver, caso seja possível reformatar a vontade do declarante, por exemplo, por via de PCS, ou mercê das *estórias da vida* do sujeito, enfim, deve ser relevante tudo aquilo a que o profissional de saúde consiga lançar mão para decidir em harmonia com a decisão que se pretende ser a *circunstância do paciente*.

É o processo inverso do esclarecimento no âmbito do consentimento informado, com uma troca das vias de comunicação e de tomada de posição entre os sujeitos. Há agora que indagar o que queria o paciente, e esclarecer-se o médico como se de excepção (privilégio) se tratasse, para que a sua decisão e actuação seja *informada* e obtenha o *consentimento da sua consciência* e *convicções ético-deontológicas*. Em rigor, é a tarefa hermenêutica que os seres humanos percorrem permanentemente e que aos juristas se impõe sofisticadamente. Rumo um caminho que deve ser perfumado com os inebriantes perfumes da *verdade* e com a musicalidade dos diálogos. Não é por acaso que AA. existem que inseriram o tema junto às informações a dar e a recolher junto ao doente terminal e que reputam estas instruções para as cercanias do fim dos tempos individuais ⁽¹⁰²⁵⁾. É ainda inevitável o que antecede. O profissional de saúde sabe de antemão que o paciente pretende, mas sobretudo, que não pretende determinadas sequelas cujo sentido e alcance pode não

⁽¹⁰²⁵⁾ É o caso de Julio César GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Medica y Consentimiento Informado...*, cit., pp. 301-312. Este A. opta claramente contra a linha paternalista que se propõe *terapeuticamente* poupar o paciente sobre o seu estado e tanto mais quanto o estado respectivo for infausto. Chega mesmo a propor, com aplauso meu, que a expressão «privilégio terapêutico» seja substituída por «excepção terapêutica», pois aqui também eu vejo uma humildade que nunca uma discricionariedade. É clássico ouvir falar de milagres, de reacções psicológicas, de sensações por simpatias... Nada que não possa igualmente conviver com a verdade, mas com inúmeras vantagens. A dignidade impõe aqui exactamente um «ter-de-ser» (Ortega) que não um Kantiano «dever-ser», e, obviamente, o tempero do caso concreto.

conseguir entender. Então, ao invés de escrutinar as componentes da vontade *escondidas*, opta por algo que o mero esforço na consecução de uma DAV indicia: a inconformidade com os procedimentos segundo *os melhores interesses* do paciente, pensados, medidos e aplicados pelo padrão do profissional de saúde, pelo seu padrão de conduta. Isto afronta elementarmente a certificação de uma premissa da coerência normativa. A exceção terapêutica já se encontra, por seu turno, presente no art. 6.º, n.º 4, da LDAV (aliás, a suscitar algumas interrogações). É que me parece poder suceder exactamente em urgência e face a um perigo imediato serem as DAV a dar alerta e alimentar procedimentos. Tanto me levou a considerar importante que as plataformas informáticas entre RENTEV, RENNDA e as dos processos clínicos estejam interligadas.

O mesmo direi de cláusulas abertas que detecto no art. 5.º al. a) da LDAV, como a da invalidade da DAV caso esta se revele contrária «à ordem pública» ou as que «determinem uma actuação contrária às boas práticas»⁽¹⁰²⁶⁾. Parece-me evidente que o profissional de saúde se encontra *vinculado* a prosseguir tecnicamente as melhores regras técnicas, pelo as que se situem em hierarquia inferior para o efeito de diagnóstico ou para o terapêutico desejado, ou adequado, não-de, objectivamente, terem de ser qualificadas como DAV que colidem com *as boas práticas*. Existe uma latitude na qualificação médica que não tem de ser absoluta e deve ser levada aqui em linha de conta: o profissional de saúde possui um direito à objecção de consciência (cf. art. 9.º da LDAV). Parece-me muito claro que esta margem se situa em uma correcta interpretação do preceituado no n.º 2 do art. 9.º da LDAV: o profissional de saúde que entender objectar «deve indicar» as fracções das DAV em relação às quais isso se verifica.

O art. 6.º, n.º 2, da LDAV fornece enunciativamente uma directriz hermenêutica segundo a qual o intérprete da vontade do paciente deve curar de descobrir a respectiva actualidade e em operar a adequação. De acordo com este preceito, parafraseando: *não merecem respeito as DAV quando, em primeiro lugar, se «comprove» que o outorgante as não desejaria manter; em segundo lugar, quando a desadequação entre os progressos dos meios terapêuticos existentes e a vontade declarada seja «evidente»; em terceiro lugar, quando as DAV deixem de corresponder às circunstâncias de facto previstas aquando*

⁽¹⁰²⁶⁾ A sanção em causa é, como já referi a inexistência jurídica para o ordenamento português.

da outorga. Se assim acontece em um sentido negativo deverá acontecer igualmente em um sentido positivo, de fundamentação. E mais fico convencido quando leio o n.º 3 do preceito em referência impor ao «responsável pelo serviço» registo no processo clínico e comunicação ao PCS e ao RENTEV, acrescido de um prazo de eficácia geral de 5 anos (cf. art. 7.º da LDAV). Registrar, aqui, não há-de valer menos do que um «simples acto administrativo», que tem de se mostrar fundamentado.

Capítulo XIX. O que integram ainda as DAV: a solução de oposição; o direito a não saber; as opções (terapêuticas ou paliativas)

As DAV podem e devem constituir um núcleo agregador de realidades que foram sendo reguladas de forma dispersa e que se podem beneficiar por esta via de uma inserção sistemática possível e desejável. Esta visão interligada habilita o intérprete a ponderar com sentido e alcance semelhante o que merece a aproximação e a discernir o que deva ser colocado em paralelo ou em exceção.

No respectivo expoente, a antecipação representa um quadro que não se deseja mas pode ocorrer. Neste ponto, nada me diz que virei a padecer de uma doença incapacitante, mas se tanto vier a acontecer pretendo traçar as circunscrições específicas que julgo adequadas para mim.

As convicções religiosas podem representar formas específicas de vivência da liberdade e de repúdio pelo que a técnica médica me fornece: órgãos, sangue, mecanismos artificiais, etc.

Além desse paroxismo, existem destinos inevitáveis, como a morte, perante a qual o legislador traçou consequências possíveis, como sejam a disponibilidade do meu corpo ou das suas partes para beneficiar outrem, seja diretamente, seja pela investigação, pela pedagogia, etc.. Perante isto posso igualmente decidir, persistindo em um consentimento parcial ou com diferente hierarquia (investigação ao invés de doação). Outros quadros ainda são os das várias gradações de probabilidades: demência, inconsciência, acidentes, falência de determinadas funções. Para muitos deles posso aspirar a soluções parceladas: não pesar em sofrimento ou dispêndio que reputo desnecessário a terceiros; evitar o decurso do tempo que se me revele qualitativamente desprezível; afastar certos tipos de sequelas colaterais que se me escancararam intoleráveis (*v.g.* campo da degradação físico psíquica); posso preferir opções outras de dor; ou manter a incolumidade. Em rigor, até será para este reduto que a vetusta decisão de incineração encaixa o melhor cabimento da disciplina jurídica, pois ainda se trata aqui da disponibilidade físico-psíquica (quer para o discorrer do remanescente do tempo da vida, quer após morte), fora do ambiente patrimonial do testamento (cf. art. 2179.º, n.º 1 e n.º 2 do C.Civ).

A medicina encontra-se em um tal avanço tecnológico e científico que sobrepõe com enorme facilidade o êxito fáctico da respectiva actividade técnica aos pressupostos éticos que justificam os respectivos recursos. O resultado prático é que as *guidelines*, as PON, dos agentes médicos estão a ser permanentemente alteradas mas devem igualmente ser questionadas em termos consubstanciais, epistemológicos. O exercício carece de exercícios de *previsibilidade* hipotética, da elaboração de uma *futurologia comparada* ⁽¹⁰²⁷⁾. E impõe que as soluções disponíveis por quem se encontra aperreado ao destino de auxiliar, ainda que com cruel boa intenção, se ajuste ao que o visado entende como benefício.

XIX. § 1.º A solução de oposição (ou do dissentimento)

Não obstante a solução positiva adoptada em Portugal, poucas dúvidas se me colocam em incluir nas DAV «a solução do dissentimento» vigente (como também, por ex.º em Itália) quanto à recolha de órgãos ou tecidos humanos, após a morte em caso silente ⁽¹⁰²⁸⁾. Em rigor, não vislumbro razões para não inserir a matéria neste âmbito de regulação mais alargada, da qual nitidamente fará sempre parte: dispor com antecedência sobre assuntos de saúde que lhe concernem. Neste caso, como se verá, as necessidades impõem ao ser humano uma eventual tomada de posição: que não se distraia caso queira fazer valer a sua recusa após o momento definitivo e peremptório de não retorno.

As DAV integram as declarações geralmente reduzidas a escrito ou em outros meios adequados para as guardar e reproduzir ulteriormente e, a este respeito, não devem ser descartados os meios audiovisuais para o efeito ⁽¹⁰²⁹⁾.

⁽¹⁰²⁷⁾ Cf. Hans JONAS, *El Principio de la Responsabilidad...*, cit., loc. 1088 e ss.

⁽¹⁰²⁸⁾ Por ora e por todos, cf. Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a «Solução do Dissentimento»: Ensaio sobre um caso de «Constitucionalização do Direito Civil»*, FDUC|CDBM n.º 5 (Dissertação de Doutoramento), 2002 (ISBN 972-32-1074-6), *passim*, *maxime* pp. 229 e ss.

⁽¹⁰²⁹⁾ Um vício de forma poderá bulir com a divulgação da manifestação de vontade, mas será esta que conta, assim não suscite dúvidas sobre a respectiva veracidade. Acredito que a eficácia em matéria de direito da medicina deve ser sobretudo substancial. Assim sendo, quadra aqui perfeitamente serem alargados os mecanismos que permitam ao médico realizar uma inevitável apreciação de uma vontade que não é directamente questionável, cf. Areej EL-JAWAHRI; Lisa M. PODGURSKI; April F. EICHLER, *et al.*: (Scott R. Plotkin; Jennifer S. Temel; Susan L. Mitchell; Yuchiao Chang; Michael J. Barry, and Angelo E. Volandes), *Use of*

Em regra, estes tipos de decisões previstas para eventuais quadros fácticos pré configurados merecem respeito; as dúvidas que suscitem sobre o seu sentido e alcance, sobre a sua actualidade ou sobre aspectos mais obscuros em que o paciente não conjecturou o devir, ou o devir se mostra mais variado do que a projecção, revelam já que alguém se posicionou inconformadamente perante a solidariedade, perante a beneficência. Compreende-se que esta formalização se mostre muito mais do que conveniente, pois há que guardar a memória e emprestar à decisão algum formalismo que crie um ambiente favorável à ponderação séria que previamente deve ser levada a cabo.

Em Portugal, o regime da colheita de órgãos de origem humana viabiliza a colheita *post mortem*, em geral, desde a entrada em vigor da Lei sobre Transplantes, a Lei n.º 12/93, de 22/04, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 22/2007, de 29/06 (republicação), nos termos do preceituado no art. 10.º (potenciais dadores). Este regime foi definitivamente alargado em termos de regulamentação aos tecidos e células de origem humana pela Lei n.º 12/2009, de 26 de Março (cf. arts. 12.º, n.º 8 e n.º 9 e 24.º —*a contrario sensu*— e o teor do Anexo IV: B).

Esta solução de oposição integra um verdadeiro regime de DAV. Perante uma solução beneficente presumida (neste caso de natureza solidária que não egoística, pois assenta na consideração aceite pelo legislador de uma prevalência da necessidade vital da disponibilidade tácita dos cidadãos, acrescida do comportamento concludente de não oposição), o legislador coloca à disposição das pessoas, um regime de declaração antecipada da sua «qualidade de não dadores», que pode ser total ou limitada pelo próprio a certos órgãos ou tecidos e, até, para determinadas finalidades, cf. citado art. 10.º, n.º 1 e n.º 2 da Lei sobre Transplantes.

Video to facilitate End-Of-Life Discussions with Patients with Cancer: A Randomized Controlled Trial in *Journal Of Clinical Oncology*, vol. 28.º, n.º 2, January (10) 2010, pp. 305-310, cf. <http://jco.ascopubs.org/content/by/year/2010>. Estou convencido que, sobretudo para o Direito da Medicina, a equiparação dos mecanismos de registo de vontades é uma inevitabilidade, seja a da colheita de voz, de imagem ou a reprodução testemunhada ou crível que se traduzirá, no fundo em apenas prever que ninguém *veja escrito o que não quer*. Neste sentido parece apontar António MENEZES CORDEIRO. Contudo, quanto ao registo em *vídeo*, creio que será de interpretar *actualisticamente* o que afirma: «A cultura actual não permite, por exemplo, assimilar a declaração feita perante uma câmara de *vídeo* a uma declaração escrita, embora, em termos probatórios, a primeira via seja mais perfeita; de facto, é diferente produzir uma declaração verbal, ainda que gravada, ou escrevê-la. Mas já a declaração introduzida digitalmente num computador e por este exteriorizada, poderá ser assimilada a um documento escrito...» (cf. *Tratado*, I, t. 1, *cit.*, p. 328, *maxime* nota 617).

A decisão de oposição, esta recusa na disponibilidade de órgãos, tecidos ou células, pode ser decidida por maiores de 16 anos a quem seja reconhecido discernimento, i.e., habilitação de entendimento, de avaliação e do sentido e alcance da manifestação de vontade que é capaz de formular em relação ao quadro concreto com que é confrontado (cf. citado art. 10.º, n.º 3 da Lei sobre Transplantes e art. 38.º, n.º 3, do CP). Os «não dadores» são inscritos em um registo nacional (REENDA: DL n.º 244/94, de 26/09), devendo para tanto preencher, outorgar e entregar um modelo pré-elaborado em qualquer Centro de Saúde, cf. arts. 2.º e ss. do DL n.º 244/94, de 26/09 ⁽¹⁰³⁰⁾. A consulta sobre a existência de oposição ou de restrições tem de ser previamente concretizada pelos estabelecimentos hospitalares que pretendam iniciar um processo de colheita de tecidos ou órgãos *post mortem*, para o que devem estar «directamente ligados ao ficheiro automatizado do REENDA», cf. art. 15.º do Diploma em referência.

Adiante se verá, por confronto, que a ausência de um regime legislativo uniformizado em torno da autonomia em matéria de cuidados de saúde revela com evidência, neste como em muitos outros exemplos, muitas e graves desvantagens. A dispersão casuística sobre a idade, sobre a (des)formalização da manifestação de vontade, sobre processo clínico e registos, sobre a representação, sobre informação, ónus de prova, etc., leva a que registre um sincero lamento pela perda da oportunidade que, entre 2009 e 2010, se verificou em Portugal ao não prosseguir, aprofundando eventualmente, os trabalhos de uniformização legislativa que conduziram à elaboração de um «anteprojecto» sobre «Consentimento Informado e acesso ao Processo Clínico» ⁽¹⁰³¹⁾.

⁽¹⁰³⁰⁾ O modelo do formulário e demais informações podem ser obtidas em http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/informacoes+uteis/doacao+de+orgaos+e+transplantes/objecao_doacao.htm. As objecções que apresentei acerca dos formulários, in *O consentimento...*, cit., pp. 443 e ss., mantêm-se. Neste caso concreto, por ex.º, as restrições materiais da minuta impedem o respeito pela faculdade de exercer a recusa em relação a determinados órgãos ou a indicação de determinadas finalidades a que alude o n.º 2 do art. 10.º da Lei sobre Transplantes. Já o receio de que uma decisão de recusa possa não ter eficácia por força da Lei colocar um prazo de 4 dias para que a inscrição produza efeitos, cf. art. 3.º, n.º 4 do DL n.º 244/94, de 26/09, a verdade é que o legislador permite a demonstração mediante a mera apresentação da cópia do modelo de oposição (ou do cartão), cf. art. 16.º do mesmo Diploma.

⁽¹⁰³¹⁾ Esta laboriosa tarefa chegou a inserir-se em um Projecto de Lei (n.º 788/X), apresentado em 22 de Maio 2009 pelo grupo parlamentar do Partido Socialista (discutido no dia 28 seguinte) e, posteriormente, a um anteprojecto de 2010, sempre da Autoria conjunta de Guilherme de OLIVEIRA; Helena MONIZ e André DIAS PEREIRA. Sobre o teor deste último e respectivas notas, cf. dos AA.: *consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um*

XIX. § 2.º O direito a não saber

Como «negativo» da liberdade cujo exercício se pretende consciente encontro paradoxalmente o «direito a não saber». O verso e o anverso que a alimentam estão consagrados no art. 10.º, n.º 2, 2.ª parte da CDHBio: «Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada.» e cf. ainda o art. 8.º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar).

O direito a não saber tem de ser abordado com as cautelas que as aparentes complexidades ou mesmo contradições trazem associadas (cf. art. 8.º, n.º 2, da aludida CEDH, que preconiza excepções exactamente no campo da protecção da saúde) ⁽¹⁰³²⁾. É especialmente no campo dos resultados informacio-

Anteprojecto de 2010, in *LexMed.*, Ano 9, n.º 18, 2012 (ISSN 1646-0359), pp. 13-35. Não obstante as redundantes críticas do CNECV (Parecer n.º 59/CNECV/2010, acessível in [^{\(1032\)} Remeto os desenvolvimentos convenientes sobre esta matéria para Maria do Céu RUEFF, *O Segredo Médico como Garantia de Não discriminação...*, *cit.*, *máxime* pp. 191-205, dando eco da jurisprudência mais relevante do TEDH e dos temas onde a preservação do segredo e os impulsos de divulgação se revelam em conflito, mas tantas vezes como falso conflito, afinal. Esquecemo-nos com facilidade da coexistência de risco, mesmo perante o que de débil ou pessimista ofereçam as perspectivas sociológicas dos avisos de Anthony GIDDENS sobre os limites das intervenções globais, sejam de natureza bélica, ambiental, etc., mas sobretudo o respectivo impacto individual e as possíveis formas de racionalizar e reagir, cf. Anthony GIDDENS, *Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Late Modern Age*, Polity Press & Blackweel Pub.\(orig. 1991, reimp. act. 2013; ISBN *ebook multiuser*: 978-0-7456-6647-1\), *passim*; ou as de Ulrich BECK na coexistência em uma sociedade explosiva por força das responsabilidades de uma investigação desenfreada, que, todavia, nas suas mais recentes reflexões, ameniza pela reconfiguração possível da acção comunitarista sob o signo de](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cnecv.pt%2Fadmin%2Ffiles%2Fdata%2Fdocs%2F1293115760_Parecer%252059%2520CNECV%25202010%2520DAV.pdf&ei=fvrMU9DAF8ShoQWzkoDIBw&usg=AFQjCNEUg1qcxbtEJTC6j_vUks_K5SpTwQ&sig2=wFTRqTTzC2o1ezrGonPswg&bvm=bv.71198958.d.bGQ, § 2), assentes fundamentalmente na existência «de regulamentação bastante na ordem jurídica portuguesa» que obviamente não procedem exactamente pelas contradições, polissemias, contextualizações desnecessárias em que a dispersão e a mobilidade legislativa acarretam e que servem apenas para desmobilizar uma coerente hermenêutica que, tarde ou cedo, pode desabar no apuramento das responsabilidades médicas. A inacção segue à bolina das soluções de direito comparado, para o que me socorro de André DIAS PEREIRA, <i>Directivas... cit</i>, p. 300, n. 53:«... sem preocupações de exaustividade (...) as leis dos seguintes países: Finlândia, 1992; Países Baixos, 1994; Lituânia, 1996; Islândia, 1997; Letónia, 1997; Hungria, 1997; Grécia, 1997; Dinamarca, 1998; Noruega, 1999; Geórgia, 2000; França, 2002; Bélgica, 2002; Espanha, 2002; Suíça, 2003; Rússia, 2003; Roménia, 2003; Chipre, 2005...».</p>
</div>
<div data-bbox=)

nais de exames, que uma surpresa ou uma precipitação de uma suspeita ou a antecipação do conhecimento de uma doença pode confrontar uma pessoa com riscos inesperados para a sua vida, mormente de doenças com uma evolução grave. Eis a primeira razão, fulcral, para a consagração do direito a não saber. Embora assente em uma reserva de autodeterminação informacional⁽¹⁰³³⁾, como o faz a doutrina alemã, é importante vincar que o direito a não saber implica sempre saber algo... E pode ser uma declaração de vontade demasiada «vaga» para ser levada a sério, pelo que inevitavelmente acarreta que o profissional de saúde apure se o ser humano sabe os mínimos sobre o que não quer saber⁽¹⁰³⁴⁾. E estes mínimos são por força informações (dados) quantitativa e qualitativamente subjectivas para que esta decisão possua circunstâncias de plausibilidade em relação a cada profissional de saúde. No extremo oposto está o que não se pode deixar de saber, seja para o caso de a recusa não significar uma disponibilidade activa sobre o próprio destino (se isso não estiver no horizonte da pessoa humana) e tanto significará o discernimento sobre o que terapêuticamente se revele adequado, seja, sobretudo, pela possível verificação da excepção terapêutica: não fazer mal a outros. Daqui que exista um balanço entre os dois valores, cf. citado art. 10.º, n.º 3, da CDHBio, sendo que o paroxismo da liberdade que conduz por parte do profissional de saúde a que se convença —pela avaliação que faz do paciente de que este possui uma vulnerabilidade debilitante perante a verdade nua e crua— que deve resguardar-se no silêncio ou em «mentira piedosa» o que sabe sobre as maleitas, vale igualmente para o paciente que —com consentimento ou recusa— não quer saber a maior probabilidade sobre o seu futuro,

uma materialização política cosmopolita a par, evidentemente, da consciencialização individual de que o estado de risco do ser humano autonomizado é uma constante humana que apenas a consciencialização de uma estruturação do perigo (densidade protegida de bens jurídicos, com *a segurança a velar pesadelos*: Faria Costa) pode prevenir. Termos estes em que o *elogio do medo* pode mesmo a passar a ser a linguagem de um assustador *direito* (...) *do inimigo*, cf. Ulrich BECK, *World at Risk* (trad. Ciaran Cronin), Polity Press, 2009 (ISBN-13 epub: 978-0-7456-8162-7), *passim*. Está bem de ver que se trata do discurso *esquecido* nas suas virtudes e *recordado* nos seus temores que concita permanentemente as controvérsias sobre todos os temas apelidados como *fracturantes* na rede moral a que as comunidades ocidentais decidiram emprestar *estandartes* nos dias que correm, visando a respectiva densidade ética e reconhecimento securitário jurídico.

⁽¹⁰³³⁾ Eis o que explica Guilherme de OLIVEIRA, *Medicina Preventiva — será assim tão diferente da... Medicina?* In *Temas...* cit. p. 7.

⁽¹⁰³⁴⁾ Neste sentido ensina Roberto ANDORNO, *Principles of international bio law: seeking common ground...*, cit., loc. 3554 em diante;

entregando-se à álea que sempre existe. Ora este pedaço da liberdade ancora-se na similitude da protecção do direito à imagem, no que alguns AA. designam como «direito ao esquecimento» ⁽¹⁰³⁵⁾ ou mais simplesmente no «direito a ser deixado sozinho» ⁽¹⁰³⁶⁾. É a discrição levada ao seu extremo. O respeito pela reclusão da intimidade absoluta, sem reservas, cujo limite, evidentemente, se recorta no interesse relevante de terceiros.

Em termos psicológicos, a consideração da noção da liberdade humana, implica uma selecção de elementos de facto que podem verificar-se ou não com maior probabilidade até onde a certeza causal o permite: este fluxo de factos múltiplos destina-se a ser apreendido individualmente em vista de inteligibilidade e habilita o processo de reflexão e ulteriormente o de decisão. Mas o fluxo possui variáveis que o raciocínio processa em vista de uma tendencial solução. É uma inteligibilidade (teórica, de fé, prática, etc.) em função das relações dos cursos possíveis do discurso da realidade. Esta reflexão redonda inevitavelmente em uma práxis para cada problema concreto com que nos deparamos (faço/não faço; será melhor/será pior) e conduz a uma decisão positiva ou negativa. Quer o juízo quer a decisão possuem a aceitação ou negação; o consentimento ou a recusa. A verdade é que os cursos acabam aqui por se revelar distintos. Mas porque são variáveis, assim devem persistir até ao fim ⁽¹⁰³⁷⁾.

«Não saber» é o reduto próprio dessa variabilidade, cujo confronto resulta de uma negação, compreendendo a própria mutabilidade da decisão, face às alterações quer dos factos quer das repercussões que os mesmos possuem nos sentidos e nas franjas do processo intelectual da apreensão e processamento da decisão. Esta é variável, por sua natureza, exactamente porque estamos em terrenos de sensibilidade absoluta. Querendo respeitar a liberdade —e a dignidade humana tem de se alimentar até ao limite possível da mesma— há que contrariar a certeza e a segurança jurídicas e daqui que a manifestação da vontade em sede de direitos de personalidade assente na aproximação ao desenvolvimento jurídico do estudo da manifestação da vontade

⁽¹⁰³⁵⁾ Cf. Paula MARTINHO DA SILVA, *CDHBio anotada...*, cit., p. 49

⁽¹⁰³⁶⁾ Cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito geral de personalidade...*, cit., pp. 316 e ss, n. 803 e a extensa bibliografia indicada a n. 813; 324 n.817; como desenvolvimento da personalidade, pp. 352 e ss., n. 876 e ss, *maxime* 883^a (autodeterminação informacional).

⁽¹⁰³⁷⁾ Para mais desenvolvimentos retomo a autoridade de Bernard LONERGAN, *Insight. Estudio sobre la comprensión humana...*, cit., pp. 701-714.

negocial, pelo desenvolvimento milenar que possui. Mas os direitos de personalidade devem fugir das manifestações contratuais como o *diabo da cruz*: metáfora onde coloco a revogabilidade (a falta da palavra dada) com o sinalagmático *pacta sunt servanda* (a certeza contratual).

Curiosamente, a livre revogação da recusa revela-se activamente em um consentimento e requer eventuais formalismos; a revogação do consentimento persiste como recusa, sem peias, arreios, formalismos; liberdade característica *sui generis* da auto-determinação onde a decisão técnica do agente médico pode tornar-se alvitre do paciente, reconhecendo as dificuldades do Direito clássico, disciplinador, onde impera um tem-de-ser ou a ausência de uma vontade.

Afinal, repito, a essência do que me surge absolutamente original e característico no direito da medicina. E tão livre quanto o facto de o Direito o dever garantir enquanto essência do respeito pela liberdade religiosa, de opinião, confessional, a impossibilidade de outrem *amarrar* um confesso à sua confissão ou de lhe *testar* ou censurar —fora do campo do que cause eventualmente remorso mas sem condicionamento em manifestação de vontade juridicamente relevante— um desvio aos cânones que prossiga. Eis a garantia da liberdade que problematiza a decisão médica ou subsequentemente a judicial perante um quadro em que um ministro religioso qualquer se postre a preencher à custa das convicções religiosas, enquanto PCS, uma dúvida concreta de um TV de um crente que o outorgou e designou. E o problema perpassa todas as doutrinas, pois nenhuma abdicará de emprestar à liberdade individual o arbítrio do convencimento sobre a bondade dos respectivos argumentos; em suma: a livre revogabilidade assente na livre consciência. Este, sim, um *interesse* irreduzível de que ninguém, felizmente, deverá *abrir mão*. Persistem os limites, claro está. No mais puro liberalismo é reduto axiomático da liberdade poder ser autofágica? Sim, parece responder John Stuart MILL, para o caso extremo de o exercício da liberdade extinguir o sujeito da liberdade:

«se uma pessoa estiver numa ponte em risco de ruir — se não houver tempo para a avisar desse facto, é legítimo afastá-la da ponte, recorrendo à força se necessário (mas se a pessoa estiver ciente desse risco, e nós soubermos disso, será ilegítimo afastá-la da ponte.»
(¹⁰³⁸)

(¹⁰³⁸) Cf. John STUART MILL, *Vida e Obra...*, cit., *Sobre a Liberdade*, p. 200 (parafrazeado). Não! Afirma Pedro Vaz Patto sobre afirmação atribuída ao próprio Stuart Mill: «o princípio da liberdade não pode exigir que se seja livre de deixar de o ser» (cf. VAZ PATTO, *opcit.*, p.

A facilidade em expor os quadros alternativos —pensando agora e aqui com quem adira sem reticências aos respectivos fundamentos— convive drasticamente com a dificuldade em lhes fazer jus, seja por se colocar em uma posição de garante cuja actuação ou omissão é sempre menos desagradável em *esfera alheia*, como, sobretudo na baliza médica, a certificação das subjectividades que resultam das expressões: *estar ciente de...* e *nós soubermos*. A opção fácil é seguramente a de G. MARAÑÓN:

«debemos declarar heroicamente que el médico no sólo puede, sino que debe mentir (...) en la medicina no hay plaga más odiosa que la de los médicos que dicen casi por sistema la verdad» (1039).

E efectivamente Marañón não se encontra tão distante da realidade que neste aspecto aponta por exemplo Roberto Andorno: se a autonomia justifica

144, *apud* Ana Maria Marcos del Cano). O que é curioso é que as asserções não são contraditórias mas são usadas para fazer pontos de vista diferentes: exercer a liberdade para a perder, permanecendo é inaceitável; exercer a liberdade como último acto da existência pode significar mais do nunca afirmá-la em absoluto. De qualquer modo, haverá que atentar no discurso que tem termos morais Pedro Vaz Patto prossegue (e ainda nas referências que cita). Um direito mais ou menos neutro face às valorações é que acaba por ficar aqui em causa. E pretendo-o o mais neutro possível, exactamente ao invés das pessoas, a quem desejo possam ter acesso à maior densidade cultural viável.

(1039) Gregorio MARAÑÓN, Pedro LAÍN ENTRALGO, *et al*: *El médico y su ejercicioprofissional en nuestro tiempo*, Editora Nacional, Madrid, 1952. Devo esclarecer que, não obstante ser um A. escolhido pelas suas frases mais iconográficas em prol do paternalismo médico, a verdade é GregorioMarañón foi uma personalidade ímpar na história da cultura espanhola, dado a controvérsias (ombreado cumplicidades intelectuais com nomes como Ortega, Unamuno, Blasco Ibáñez, Belmonte, etc.) cultivou uma riquíssima obra dispersa por variadas matérias e temas, com enorme profundidade e actuou no âmbito da medicina pública sobretudo defensiva no célebre episódio de «Las Hurdes». Precursor dos estudos de neurobiologia em Espanha, pressionou a abertura dos estudos internacionais e, ele próprio, estudou em Frankfurt com médicos como Ehrlich, ligado aos primeiros medicamentos contra a sífilis. Foi estudioso pioneiro sobre gerontologia, pugnando por teorias como a da relação entre o deslize psicofisiológico e a perda de funcionalidade sexual decorrente do envelhecimento; divulgador das teorias Freudianas, com que terá privado, foi reconhecido pelos seus vários trabalhos pelos mais avançados psico-analistas dos anos trinta do século passado; refiro-me sobretudo às obras: *La evolución de la sexualidade y los estados intersexuales; e estúdios de la fisiologia sexual*, de 1929 e 1930, como terá sido o caso de Maria Bonaparte. Existe ainda uma explicação para a sua defesa encarnçada do paternalismo qual seja a de ter sido pioneiro em uma compreensão integral do doente portador de uma doença, perspectivando-o como um todo, sujeito a reacções de carácter somático. O doente, para Marañón não era o escaparate de uma ou mais doenças mas um ser humano com uma biografia pessoal que era necessário conhecer. Neste sentido, há que fazer justiça a uma faceta muito pouco usual ao tempo por confronto ao que hoje se pretende com a defesa dialógica da autonomia. Sobre o perfil e biografia, por todos, cf. António LÓPEZ VEGA, *Gregorio Marañón: radiografía de un liberal*, (Introdução de Juan Pablo FUSI) Taurus ed., Madrid, 2011 (ISBN 13 978-8430607945): cf. cap. *Mujer, sexualidade y feminismo*.

saber e não saber, este partindo do aludido reduto de protecção informacional encontra no primado da não maleficência: *primum non nocere* como o reduto que o vai certificar. O direito a não saber há-de proteger o paciente e esta necessidade de protecção é igualmente importante. Da mesma forma, é útil discernir que a manifestação de vontade em não saber, por ex.º, um resultado de um exame genético, passa pelo consentimento quer na sua realização, quer, muito provavelmente, em terapias para o processo de cura; só se circunscreve a recusa à salvaguarda do que se quer proteger, seja a angústia, seja a componente escura do desconhecido, seja a idiosincrasia. Não saber convive na esfera da autodeterminação informacional na fronteira entre o sim e o não. Diz-se que não a apurar o resultado do relatório do teste que não à realização do mesmo.

XIX. § 2.º.1. O jogo dos riscos

Por seu turno o *jogo dos riscos* não tem de ser objecto de fundamentalismos. A existência de um risco plausível convive com os deveres de cautela especiais de toda e qualquer relação social. Não me pertence o dever de construir em meu torno uma parafernália informacional sobre os riscos que existem em interagir comigo. Estes têm de ser pesados, aferidos e analisados, caso a caso, pessoa a pessoa, na sua vida em relação com os demais quanto à esfera dos outros.

O exercício do direito a não saber tem de ser revelado explicitamente. É insusceptível de ser presumido. Ora isto está igualmente na raiz de um desvendamento da verdade. Reter a informação nesta última hipótese ou revelar naquela outra será uma manifestação da excepção informacional e por razões terapêuticas, do próprio, mas sobretudo de terceiros.

Especialmente em casos em que os testes são consequência de regimes de aferição de um correcto desempenho laboral, ou para contratação de empréstimos ou seguros, ou para apuramento de actuação lícita (condução sob efeito de álcool, estupefaciente), ou para a segurança de tráfego, ou para a deslocação de pessoas entre países, etc., a multiplicação do exercício de DAV para afastar uma agonia da precipitação de suspeitas nosológicas faz todo o sentido.

As próprias relações sociais podem começar a padecer de exames prévios, seja pelo interesse no campo da liberdade (segurança) de circulação das pessoas, seja na relevante esfera do direito do trabalho ⁽¹⁰⁴⁰⁾, seja em matérias de aparentemente menor relevância: a singela curiosidade de um ser humano em descobrir a sua árvore genealógica, seja ainda na manifestação íntima de uma projecção da sua personalidade a paixão que nutra por outro.

Eis um caso em que a constatação de determinados padecimentos não pode ficar no reduto da protecção da autodeterminação informacional. Perde-se

⁽¹⁰⁴⁰⁾ O campo do direito do trabalho é muito rico porque implica a faculdade de um direito informacional conferido à entidade patronal (para contratação ou no decurso da relação laboral), mas em termos excepcionais, que se expõe em circunscrição negativa no âmbito da protecção da «reserva da vida privada» do trabalhador, cf. arts. 16.º, e sobretudo, 17.º do CT, com as significativas restrições quanto às informações que devem ser apenas as, (n.º 1, al. a): «... estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.»; e em matéria de saúde, cf. a al. b): «À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.» As informações aqui em causa são processadas por médico que comunicará apenas a aptidão ou inaptidão para o desempenho funcional (cf. citado art. 17.º, n.º 2) e sobra ainda o domínio e a faculdade de «esquecimento» sobre as informações, tal como a garantia tutelar da CNPD, cf. art. 17.º, n.º 4 e n.º 5). Também os dados biométricos recolhidos recebem significativa e compreensível protecção (cf. art. 18.º do CT) e no que concerne a «testes e exames médicos» reiteram-se a protecção das esferas da privacidade e da intimidade e uma garantia implícita e muito evidente ao consentimento esclarecido: «1 - Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação. / 2 - O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez. / 3 - O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade (...)». Existe ainda uma garantia de autodeterminação informacional (consentimento) que decorre do preceituado no art. 17.º, n.º 3 do CT: «O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização», mercê da remissão para a LPDP, cf. art. 3.º, al h), sentido este em que partilho inteiramente e remeto os necessários desenvolvimentos para Paula QUINTAS, *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho...*, cit., pp. 281-293. Sobre os exames em medicina do trabalho, com desenvolvimentos sobre as funções e atribuições dos médicos, cf. ainda o Ac. TC n.º 358/2002 (Rel. Artur MAURÍCIO), de 25/09, acessível in <http://www.cnpd.pt/bin/legis/juris/TC368-02saudetrab.HTM>.

aqui o «direito a ficar sozinho», ou, em primeiro lugar, será de dar oportunidade a que essa faculdade seja exercida em termos radicais?

XIX. § 3.º As opções (terapêutica e a paliativa)

Afugentar a dor, ainda que esse recurso inclua conscientemente uma diminuição do tempo de vida constitui uma alternativa que, a meu ver, se insere no campo terapêutico propriamente dito. Pode até constituir a única via, o desiderato que resta ou quedar-se até este limite em saldo de uma cont corrente cuja decisão de satisfação —que não a satisfação propriamente dita, caso seja feita por outrem— pertence ao *titular da escrituração* desse pacto com a finitude em que todos inscrevemos o que nos ocorre, o que nos fazemos e o que fazemos.

Da mesma sorte, uma intervenção ou medicação pode ter efeitos colaterais com danos em outros órgãos ou funções, etc., mas que constituem uma alternativa que, devidamente balanceada, integra uma proposta legítima de actuação medico-medicamentosa. Pode significar uma actuação agressiva com a perda de faculdades ou até uma eventual precipitação da morte: na medida em que seja previsível, tanto permitirá ao ser humano escolher acatar ou negar o recurso.

Em rigor, é o caso perfeitamente análogo à faculdade de um profissional de saúde inserir um desvio em uma intervenção cirúrgica para atalhar um *achado*, i.e., uma surpresa nosológica (cf. arts. 39.º, n.º 2, 150.º, n.º 1; e 156.º, n.º 2, al. b) do CP). Prevendo, fácil será efabular problemas. Alguém poderá afirmar que não deseja que lhe retirem a possibilidade de se movimentar com plenitude, escrever, falar, cantar, ver, discernir, possuir autonomia de movimentos, memória e raciocínio, etc.

E chegado aqui, facilmente rumo até novas fronteiras, novos desafios, como as questões em torno da actuação radical de apoio à decisão de outrem poderem ser tomadas onde a invasão sobre a vida de alguém é questionável, como existe notícia em alguns casos judiciais verificados sob os auspícios de legislação mais liberal, como a Holandesa de 2001/2002 e a Belga de 2002⁽¹⁰⁴¹⁾. Pode a actuação ser prosseguida por quem não seja profissional de saú-

⁽¹⁰⁴¹⁾ Para uma perspectiva eminentemente crítica, com indicação de inúmeras doutrinas significativas, cf. Pedro VAZ PATTO, *A Eutanásia em face da Constituição Portuguesa (O direi-*

de (e entre estes)? Pode ser levada a cabo apenas perante casos terminais? E em casos de sofrimento psicológico profundo? Ou bastará tão só uma longevidade que já não faz sentido ao próprio: uma solução epistemológica individual? ⁽¹⁰⁴²⁾

XIX. § 4.º DAV: A colheita de órgãos e tecidos em cadáveres. Escorço histórico para justificar uma realidade ainda em causa.

A colheita de órgãos e tecidos em cadáveres possui a maior relevância na eficácia seja no ensino e investigação em torno da medicina ⁽¹⁰⁴³⁾, seja mais recentemente na utilização de órgãos para transplante. Para tanto basta cogi-

to e a vida: fase terminal), in *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Almedina Ed., 2008 (ISBN 978-972-40-3588-8), pp.139 e ss.

⁽¹⁰⁴²⁾ Todas estas interrogações alimentaram conhecidos processos judiciais que correram e contribuíram para os limites da esfera normativa da legislação Holandesa de 2002 («Termination of Life on Request and Assistance in Suicide Act», legislação actualizada acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.schreeuwomleven.nl%2Fabortus%2Ftext_of_dutch_euthanasia_law.doc&ei=onHFU-igMJSooQWa94CoAg&usq=AFOjCNEk_XpXzaHd3Pol8JSv-EkYvbMOw&sig2=XKT8PNVkfFsm5L3txL3l3qA e esclarecimentos em https://www.google.pt/?gws_rd=ssl#q=termination+of+life+on+request+dutch+act). Os casos orientadores foram os seguintes: «Postma»; «Wertyhein»; «Schooneim»; «Chabot»; e «Brongersma», segundo Peter J. P. TAK, *Five Years After The Adoption of the Dutch Termination of Life on request and assistance in Suicide (Review Procedures) Act*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*, Vol III, *cit.*, pp. 653-668, para onde remeto mais desenvolvimentos, sendo certo que a questão transcende o objectivo que me anima. De qualquer forma, os relatórios apresentados pelos *Regional Review Committees*, revelam números significativos em torno do apoio à morte e eutanásia relativamente a 2001-2005 (cf. quadro de p. 666), monitorizando procedimentos e inventariando de perto as acções médicas.

⁽¹⁰⁴³⁾ Nos *Estatutos (Pombalinos) da Universidade de Coimbra*, n.º 12 do livro III, parte I, título III, cap. II, pode ler-se o seguinte trecho: «Para uso da Anatomia servirão os cadáveres dos que morrerem nos dois Hospitais, da Universidade e da Cidade, e dos que forem justificados, no caso de os haver. Faltando uns e outros, servirão os cadáveres de quaisquer pessoas que falecerem na cidade de Coimbra. E para evitar qualquer falta, que nisto possa haver: Sou servido dar ao Reitor, e à Congregação da faculdade todo o pleno poder e autoridade para fazerem conduzir para o Teatro Anatómico os cadáveres necessários, e para obrigarem a consentir nisso a todas, e quaisquer pessoas, que quiserem repugnar à entrega deles: Procedendo contra os rebeldes, como inimigos do bem público, e fautores das preocupações, que tanto dano têm causado ao progresso da medicina, e à saúde e vida dos homens», *apud* ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *A colheita de órgãos...*, *cit.*, p. 19, nota 11. O sublinhado é da minha responsabilidade

tar o contributo que as artes médicas receberam dos estudos científicos da anatomia prosseguida em cadáveres, sendo certo que a autonomia científica desta disciplina é muito antiga ⁽¹⁰⁴⁴⁾.

Em rigor, também neste aspecto se alargam os horizontes e as fronteiras da medicina, viabilizando uma velocidade que nos deixa boquiabertos perante a descoberta e a prática. Assim aconteceu e acontece quanto aos transplantes de órgãos e tecidos de seres humanos ⁽¹⁰⁴⁵⁾, em que as conquistas científicas elevam-se a um nível cuja eficácia permite uma constante sensação de vivermos em *ficção científica*. No campo específico dos transplantes as expectativas oriundas da eficácia terapêutica da substituição de órgãos justificam todos os optimismos. Intervenções cardíacas ou de córnea que lemos serem rodeadas de cuidados nos manuais de história aparecem corriqueiras no quotidiano dos hospitais.

Como sintetiza André DIAS PEREIRA:

«O direito português revela ter uma visão comunitarista do cadáver, que traduz um certo modo de ser da cultura nacional que importa respeitar e mesmo acarinhar; mas ainda assim interessa assegurar as cautelas mínimas de proteção da vontade da pessoa de dispor dos bens da sua personalidade e do seu cadáver (...). O legislador opera uma graduação dos poderes de invasão da medicina e da medicina legal sobre o cadáver humano. Num extremo encontramos as autópsias médico-legais, noutro extremo temos a dissecação de cadáveres para fins de ensino e investigação. De permeio encontramos a colheita de órgãos *post-mortem* para fins de ensino e investigação, a colheita de órgãos e tecidos para fins de transplantação e a utilização de amostras biológicas em biobancos para investigação e a realização de autópsias anatomo-clínicas. A vontade da pessoa em vida e, por vezes, a vontade da família são consideradas como pressuposto para estas intervenções.» ⁽¹⁰⁴⁶⁾

Pertence a Bartha KNOPPERS a feliz afirmação lapidar:

«O corpo humano torna-se dia a dia mais utilizável por outrem, mais capaz de contribuir para que o corpo de outrem tenha (...) um socorro decisivo» ⁽¹⁰⁴⁷⁾.

⁽¹⁰⁴⁴⁾ Enquanto actividade ligada à medicina com a perspectiva científica que teria ao tempo, a anatomia constitui prática que é ligada a Herófilo de Calcedónia (300 a.C.), cf. TAVARES DE SOUSA, *op cit.*, pp. 80 e ss.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ Em relação aos antecedentes históricos destas intervenções, afirma Madalena LIMA: «Perdem-se no tempo as tentativas de reparação plástica a partir de tecidos de cadáveres (...) A utilização dos tecidos cadavéricos, com fins terapêuticos, inclui-se no capítulo mais genérico e antigo da história da medicina que é o dos enxertos» (*op. cit.* pp. 35 e ss, para onde remeto em vista dos tópicos sobre os antecedentes históricos e respectivas indicações bibliográficas).

⁽¹⁰⁴⁶⁾ Cf. André DIAS PEREIRA, *Os direitos dos Pacientes e a Responsabilidade Médica...*, cit., p. 781. A questão da possível intervenção familiar coloca-se sobretudo no âmbito da utilização de cadáveres para fins de ensino ou de investigação, cf. o DL n.º 274/99, de 22 de Julho.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ *Apud* Paula MARTINHO DA SILVA, *Em torno da discussão sobre transplantes...*, cit., p. 525.

E a importância do que antecede avulta tão logo pensamos na possibilidade que existe em que um órgão, imprestável para um moribundo, permite salvar vidas. Contudo, estas intervenções, não obstante o seu êxito persistem em significar múltiplas interrogações para o legislador, que vê no regaço as dificuldades de dissensões no seio da sociedade ⁽¹⁰⁴⁸⁾, designadamente, o receio de arbítrio médico (fundamentado numa visão utilitarista da protecção da saúde e da vida), por exemplo, na determinação do momento da morte ⁽¹⁰⁴⁹⁾ ou na possibilidade de violação da dignidade devida à memória da pessoa humana que ocorra por força da mutilação de um cadáver ⁽¹⁰⁵⁰⁾. Ou, sem prejuízo de posição em hierarquia que se me oferece evidente, uma legítima protecção das emoções e das expectativas dos entes queridos do defunto, mas sobretudo, em apurar a vontade de quem, em vida, foi antecipando a sua indisponibilidade para a solidariedade solicitada, hipoteticamente resumida até, pela comunidade.

⁽¹⁰⁴⁸⁾ As clássicas questões enunciadas por Orlando de CARVALHO como os três problemas fundamentais a este respeito: o do consentimento, o da natureza dos actos de disposição e o da tutela jurídica do cadáver (cf. *Transplantações...*, cit., pp. 144 e ss.) dão hoje azo aos momentos em que se declara o decesso para efeitos das colheitas; os investimentos e requisitos para a colheita e o transporte e o tráfico de órgãos.

⁽¹⁰⁴⁹⁾ Sobre esta questão ensina Jorge FIGUEIREDO DIAS: «Também o *moriturus*, o moribundo, é objecto possível do crime de homicídio, pelo que *qualquer forma de eutanásia*, traduzida em uma antecipação da morte relativamente ao momento humanamente mais distanciável, e mesmo perante um doente em estado desesperado, seria proibida do ponto de vista do crime de homicídio». Todavia, sublinha logo em seguida, esta constatação, face às novas «técnicas de reanimação», pode mesmo vir-se a revelar como uma tão apressada quanto perigosa sobre-simplificação...». Não estamos pois perante uma conclusão, mas perante um problema que não merece aquela resposta dogmática quando confrontado com a questão da *ortotanásia*, ou seja, perante o «auxílio médico à morte» — e que se traduz na ajuda dada pelo médico ao processo natural da morte». A distinção para a *eutanásia*, como é consabido, resulta do facto de, nesta, a intervenção médica representar um encurtamento da vida, sempre por misericórdia face a um sofrimento insuperável e sem objectivo, ao passo que na *ortotanásia* se verifica um não prolongamento da vida através do recurso a meios médico-medicamentosos. Os critérios de distinção cabem aos conhecimentos médicos, às *leges artis*, mas da diferença resultará a tipificação por homicídio nos casos de eutanásia, sendo porém certo que a vontade manifestada pelo paciente poderá significar uma causa de exclusão da culpa. Sublinhe-se igualmente a importância da vontade quando ocorra o pedido do paciente, que será de atender, para o prolongamento *artificial* da vida. Cf. *O Problema da Ortotanásia...cit.*, p. 43 e ss..

⁽¹⁰⁵⁰⁾ Penso no dever que o legislador impõe aos médicos responsáveis pela colheita de evitarem «...mutilações ou dissecações não estritamente indispensáveis à recolha de tecidos ou órgãos...» (cf. art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93). Sobre essa questão, cf.

XIX. § 4.º. § 1.º As interrogações que se colocaram em torno da «solução de não oposição»

Vejo todo o interesse em não olvidar o que em torno do direito de autodeterminação prospectiva da pessoa para além da morte foi palco de discórdia no sistema jurídico português. Em rigor, tratou-se de uma forte discussão que auxiliou a iluminar a que conduziu à que animou a LDAV. Reduzindo razões, o dilema fundamental verificou-se no embate de necessidades entre o respeito pela esfera da personalidade silente do direito de personalidade de quem já faleceu e a conveniência do transplante como meio ⁽¹⁰⁵¹⁾ para salvar a vida de um paciente. A questão poderá sempre voltar a ser recolocada, pelo que, o melhor será retomar o presente do indicativo nesse *percurso de um rio*.

Da margem da *vida* imperam os argumentos a favor da protecção da «vida», como bem fundamental no conjunto dos interesses a prosseguir pelo Direito e a exigir se comprimam outros direitos individuais ou colectivos, mas não deixam de ter de ser levados em conta os efeitos de uma projecção do respeito pela vontade de quem, por ex.º, em desenvolvimento da sua memória —em desenvolvimento da personalidade e história individual— aspira a ver as suas cinzas a ilustrar um momento de fixação definitiva da sua *fotografia* aos seus. Frustrar essa vontade pode constituir um passo em *ladeira deslizante* para frustrar a montante todas as demais em que as colisões de direitos se mostrem, como seja a da antecipação da morte para... *dar lugar* a um recém-nascido.

Pela margem da morte, avulta este interesse de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, na sua autonomia, como fronteira perante a qual devem recuar aqueles valores de solidariedade, sob pena de se colocar em crise o último reduto da protecção personalista da humanidade, que é exactamente a protecção individual. Aquém desta, a prossecução dos melhores interesses

⁽¹⁰⁵¹⁾ Admitindo que a protecção do bem «vida» de uma pessoa possa ser uma resposta admissível perante a morte de outrem, como dado de facto em confronto com aquela protecção, sendo a colheita o único meio possível para a salvar. Tudo se complica caso, por parte do receptor, se verifique uma opção de liberdade de escolha no tratamento, ou, ao menos, alternativas ao transplante, como por exemplo: o recurso à diálise para a insuficiência renal como alternativa ao transplante de um rim a colher em cadáver. A questão agrava-se quando o falecido tenha em vida dissentido expressamente na doação. Deste conflito nos dá conta MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos...*, *cit.*, pp. 164 e ss., que seguimos e para onde remetemos em ordem a aprofundar a questão e pelas indicações bibliográficas.

pode representar uma intolerável instrumentalização do ser humano e esta não poderá deixar de constituir uma agressão ao que poderá ser eleito como o valor social de garantia.

O problema aparece em muitos passes importantes da constelação teleológica dos Sistemas jurídicos ⁽¹⁰⁵²⁾; e consiste na solução que pedem os conflitos entre direitos fundamentais, ou entre bens juridicamente protegidos pela tutela constitucional, cuja hierarquia não é, desejavelmente, óbvia, em termos gerais e abstractos; antes se interligam em tessitura com dependências recíprocas.

Como ensina VIEIRA DE ANDRADE:

«A solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais» —e, adiante:— «A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional)» ⁽¹⁰⁵³⁾.

Concretamente, para a colheita em cadáveres, seria possível afirmar não ocorrerem semelhanças que justifiquem uma analogia com os cuidados exigidos em matéria de tratamentos compulsivos, pelo facto de o transplante não se verificar em pessoa viva. Daqui resultaria não se ser realmente confrontado com a interrogação sobre a necessidade de desrespeitar a vontade. Contudo, não é argumento decisivo. A garantia da autodeterminação não deve restringir-se ao período da vida do seu titular, já que é uma manifestação fundamental da dignidade humana. Com efeito, a dignidade representa mais do que um sustentáculo da vida de cada ser humano, acabando por a transcender, ao abarcar muitos outros aspectos, como a honra, a memória ou a imagem. É ainda da dignidade que se expande a expectativa —que ao caso se pretende legítima— de cada indivíduo em ser respeitado na sua personalidade em devir, logo, em transcendência da mera esfera física da sua vivência. Este respeito sobrevive-lhe ao desaparecimento material do corpo, pois é assim que se lhe assegura a sua plena vivência até esse momento ⁽¹⁰⁵⁴⁾. Estou

⁽¹⁰⁵²⁾ Cf. art. 2.º e 26.º da *CDHB*; e Paula RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos... cit.*, pp. 164 e ss., que sigo e para onde remeto em ordem a desenvolver este assunto.

⁽¹⁰⁵³⁾ Cf. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, *cit.*, pp. 221 e 224.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ Neste sentido, cf. José de FARIA COSTA, *O valor do silêncio...*, *cit.*, p. 101. Cf. art. 71.º, n.º 1 do C.Civ. Sobre a questão da transmissibilidade dos direitos de personalidade por morte do seu titular, cf. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso...*, *cit.*, nota 171, pp. 146 a 151, em que o A. dá conta das teses (indicando a respectiva bibliografia) que a este respeito se

convencido que o reconhecimento do que antecede é justificativo de um cúmulo de benefícios a extrair da *exploração* ou, melhor, da disponibilidade de órgão, tecidos e células em cadáveres; mas, o arco de respeito pela vida humana parece ser muito significativo pelo que, apenas em casos contados e em medida nitidamente excepcional se justificará seja ultrapassada a decisão de uma pessoa, no sentido de que, após a sua morte seja respeitada essa incolumidade do corpo.

Como consabidamente acontece no ordenamento jurídico português (cf. art. 10.º da Lei dos Transplantes) foi adoptada a «solução da oposição» mediante a qual, como afirma Maria Paula Ribeiro de Faria: se «... privilegia claramente o interesse na obtenção de órgãos para transplante, permitindo a recolha desde que não haja conhecimento de uma oposição»⁽¹⁰⁵⁵⁾. Ainda que seja uma revisitação parece-me importante tornar a sublinhar circunscrever a viabilidade da solução ao dever de manifestar uma oposição, em tributo do dever de solidariedade social, uma vez publicitada a necessidade desta tomada de posição para evitar a colheita e colocando à disposição da comunidade um processo informativo eficaz e permanente, cf. art. 15.º da Lei dos Transplantes⁽¹⁰⁵⁶⁾.

opõem sobre os diversos casos previstos na nossa ordem jurídica em que subsistem — são susceptíveis de protecção — os direitos de personalidade de uma pessoa falecida (v.g.art. 71.º, n.º 1, do C.Civ).

⁽¹⁰⁵⁵⁾ Cf. Maria Paula RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos... cit.*, p. 192 e, desenvolvidamente, as páginas seguintes. Sobre a questão, cf. ainda João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, *Transplantações...*, *cit.*, pp. 24 e ss.. A «solução da oposição», como se disse, constrói-se em torno da necessidade das pessoas expressarem a sua decisão como condição para evitar a colheita e opõe-se à «solução do consentimento», em que a colheita depende da verificação em vida de uma manifestação de vontade correspondente, e convive com a «solução da informação» (ou indagação), na qual a inexistência de declaração de consentimento ou repúdio da pessoa falecida dá azo a que os familiares se pronunciem, autorizando, ou não, a colheita. Resta acrescentar ainda a «solução da irrelevância da vontade» onde o cadáver terá um destino social, de verdadeira utilidade pública, independentemente da vontade manifestada em vida pelo dador ou da vontade de terceiros, do seu círculo mais ou menos próximo. As variações existentes nestas várias soluções descritas decorrem essencialmente dos meios e das matizes conferidas à relevância da vontade do próprio dador, em confronto com as vontades dos terceiros e da relevância da vontade destes quando contrárias entre si. Cf. ID., *ibid.*, pp. 26 e ss. Não utilizo aqui a expressão dissentimento, mas sobre esta, cf. José de FARIA COSTA, *O valor do silêncio... cit.*, pp. 125 e ss., que a introduziu a este respeito, reduzindo a questão a uma dicotomia entre a «solução do consentimento» e a «solução do dissentimento», com uma alternativa consistente na solução do silêncio do legislador. A «solução do dissentimento» corresponde à «solução de oposição».

⁽¹⁰⁵⁶⁾ Cf. Maria Paula RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos... cit.*, p. 144 e s., n. 154; p. 228 e s.. Afastado fica, assim, o argumento de que a «solução de oposição» conduz à formulação de um

E não acredito estar face a uma falácia de raciocínio que seria demonstrada pelo facto de negar a virtude de uma quimera de consentimento hipotético, escondendo na outra mão a omissão da declaração da vontade que seria possível ser solicitada e obtida em vida (¹⁰⁵⁷). A verdade é que a fundamentação da inversão de valores, que tem de ser abertamente assumida, faz-me toda a diferença. Trata-se efectivamente de desvalorizar o sentido a atribuir ao silêncio em vista da prossecução de interesses comunitaristas. A única moeda de troca possível é a de deixar uma via para a afirmação da solução contrária. Será suposto pedir licença para intervir, aproveitando a *mais-valia* do mero desinteresse na tomada de uma posição, quando tanto aconteça por ignorância ou atitude displicente. Sabe o cidadão de antemão o sentido e alcance da sua passividade, pelo que é difícil superar o argumento utilitarista do potencial benefício associado. Pode de facto coexistir uma indesejada *penalização*: será o caso de declaração concludente de quem ainda não decidiu, de quem espera e que se vê forçado a decidir se prefere esperar em um lado ou em outro do campo de batalha. Creio representar-se um dilema razoável, tanto mais que se coloca em ambos os quadros.

direito da comunidade aos órgãos dos cadáveres independentemente da vontade, quando não manifestada, mesmo prosseguindo a protecção da saúde dos vivos. A relevância da vontade, nesta matéria, não pode ser reduzida a um número indeterminado de presunções, em sentido positivo ou negativo, sob pena de estar a aceitar a legitimidade de manipulações utilitaristas da vontade. Não posso deixar de repetir que a mera quantificação de interesses pode conduzir aos piores resultados em termos sociais, constituindo a protecção da esfera individual da personalidade um reduto e o caminho possível e desejavelmente percorrido por quem queira manter o fito ao rumo: o de superar as tremendas contradições da racionalidade e da sobrevivência humanas.

¹⁰⁵⁷ É o argumento mais complicado, talvez insuperável em termos epistemológicos: o do valor do silêncio, cf. Maria Paula RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos...*, *cit.*, p. 144 e s., nota 154. e pp. 192 e ss. cita, entre outros, ALBRECHT, DEUTSCH, MAURER e KÜBLER. A este respeito cf. ainda José de FARIA COSTA, *O valor do silêncio...* *cit.*, p. 128 e ss..

Capítulo XX. A revogabilidade como essência, como reduto do *teste de funcionalidade do sistema*

É preciso é garantir a livre e célere possibilidade da revogabilidade e uma permanente informação sobre as razões, mecanismos e efeitos da norma e da sua acção. Quanto a este aspecto, existem mais gerações desde 1993, ano em que foi concretizada a Lei e a solução da oposição, pelo que o dever de alargar o círculo de uma tolerabilidade do sistema, até que o mesmo se introduza na consciência cívica nacional com um imperativo de solidariedade, parece inequívoco.

A sensação de percorrer caminhos de fronteira acentua-se quando penso em casos de compulsividade, em que a manifestação de vontade expressa, em vista da integridade do cadáver do declarante, se retrai. Assim acontece quando for necessário proceder a autópsia ⁽¹⁰⁵⁸⁾. A comunidade, perante a mera suspeição de ter sido perpetrado um crime, impõe a preterição (compressão) da autonomia da vontade. É certo que posso sempre afirmar que esta investigação prossegue ainda um interesse de qualquer *mortal*: o de não ser assassinado impunemente, i.e., de se viabilizarem as investigações conducentes à descoberta da verdade e eventual apuramento de responsabilidades consequentes. Ou seja, verifica-se ao menos uma diferença fundamental e bastante entre a autópsia e a colheita de órgãos ou tecidos: o facto de aquela consistir em meio de investigação para assegurar a retaliação coerciva de um ilícito, ao passo que esta visa o objectivo específico de captação de elementos para a salvaguarda da saúde e da vida de outrem ⁽¹⁰⁵⁹⁾, o mesmo acontece, e

⁽¹⁰⁵⁸⁾ Far-se-á a autópsia médico-legal nos casos de morte violenta, ou cuja causa seja ignorada, ou quando existam suspeitas de crime ou por decisão judicial tida por necessária ou conveniente ao apuramento da verdade material ainda que tomada em sede processual civil. A autópsia será promovida pelas autoridades judiciárias que, para este efeito, devem ser alertados pelas entidades que tenham conhecimento do facto e que incluem praticamente todas as instituições ou autoridades que se possam confrontar com factos de onde decorra uma *suspeição* (cf. art. 4.º, 6.º e ss., 13.º, 15.º a 22.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto). Por exemplo: directores das instituições públicas e privadas de saúde; polícias e bombeiros; funcionários do Registo Civil, etc. As autópsias são realizadas pelos serviços de Tanatologia dos Institutos de Medicina Legal, actuação que pode ser complementada pelos restantes serviços destes institutos, ou pelos Gabinetes médico-legais que funcionam na dependência destes Institutos e processam-se nos termos preceituados nos arts. 21.º *ess.*; 25.º e ss. da citada Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto.

⁽¹⁰⁵⁹⁾ KORTHALS e MAURER, *apud* MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos...*, *cit.*, pp. 215 e s.

sem esgotar, se pensar na colheita para averiguação e prevenção de um surto infecto-contagioso, com teleologia ainda diferente. A fronteira com os casos compulsivos fica demasiado ténue em certos lances do percurso mas a verdade é que os fundamentos —as pedras do muro— não são sempre os mesmos.

Neste sentido, não repudio pragmaticamente seja emprestado ao silêncio um sentido hipotético em tudo análogo ao que leva os profissionais de saúde a dispensarem todos os deveres de cuidado e de saber-fazer perante o paciente que entra inconsciente pela urgência. Tenho por certo que a reiterada vivência informada e esclarecida com a resposta comunitarista reduzirá o que, em termos intelectuais pode deixar um sabor amargo, a saber: que as boas notícias sobre vidas salvas irá adocicando até que se verifique um processo natural de rareamento total da faculdade. Como ensinou com perfeita actualidade o Professor Orlando de CARVALHO:

«Enfim, uma palavra última nesta matéria exaltadora da criatividade e da solidariedade humana: faça-se uma contínua e imensa pedagogia no sentido da doação em benefício de vidas concretas ou em benefício geral. Crie-se na opinião pública uma onda entusiástica nesse sentido e, quando ela se crie, o 'Widerpruchs modell', a teoria da suficiência da não vontade contra, deixará de repousar numa ficção. Mas então já não será necessária. Aceitar-se-á que o cadáver que, tradicionalmente, se destina ao enterramento, se destinará, com toda a naturalidade, ao dom! E será verdadeira, nessa altura, a célebre frase de Goethe: 'Man hat nur wasman gibt'»⁽¹⁰⁶⁰⁾.

Reitero todavia o registo de FARIA COSTA, fundamental para sintetizar as preocupações:

«Resta saber se o jurídico, sem, todavia, renunciar ao sentido do histórico — porque nele está a sua raiz e a sua asa —, deve sufragar as situações que só por se mostrarem eficazes aspiram ou mesmo reivindicam a legitimidade. Este, pois, o grande horizonte crítico onde se têm que colocar os problemas que a realidade do prático-quotidiano levanta a cada momento»⁽¹⁰⁶¹⁾.

XX. § 1.º A revogabilidade (transplantes)

A revogabilidade do consentimento em matéria de transplantes acaba por se mostrar um assunto ainda mais delicado no que nas demais matérias do Direito da Medicina. Como se verá, o legislador tem de colocar limites, desviando-se um pouco do faz em outras matérias onde se verifica uma singularidade que lhe merece intervenção. Assim, a regra geral é a de, em princípio, a

⁽¹⁰⁶⁰⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, in *Transplantações...*, cit., p. 147

⁽¹⁰⁶¹⁾ Cf. José de FARIA COSTA, *O valor...*, cit., pp. 131 e s.

recusa verificar-se de forma livre, informal, e em quase todos os momentos do processo, perante o tipo concreto de transplante, doação, colheita e ministração. Afigura-se fundamental que assim aconteça. Por parte do receptor os riscos, mais ou menos significativos, hão-de ser assumidos em função do benefício terapêutico a que aspira. Pela sua banda respira-se um ambiente de pleno consentimento, tanto assim que a livre revogabilidade não lhe é facultada de forma expressa pela Lei dos Transplantes, cf. art. 8.º, n.º 6, *a contrario sensu*, limitando-se o legislador a referi-la unicamente em relação ao dador; todavia, também para aquele se verifica a faculdade de revogar o consentimento, como decorre do regime igualmente aplicável previsto especificamente no art. 19.º, n.º 1 e n.º 2 que remete para o art. 5.º, ambos da CDHBio, neste último preceito encontra-se previstas a faculdade da recusa posterior para qualquer pessoa face a «qualquer intervenção no domínio da saúde».

Em termos absolutos, o receptor beneficiário não poderá ser compelido a aceitar a intervenção caso a mesma seja realizada de sorte a verificar-se o *dano* no dador —vivo— ⁽¹⁰⁶²⁾, sob pena da responsabilização inerente ⁽¹⁰⁶³⁾. Da mesma sorte, para o dador, existe um limite a partir do qual pode mesmo acontecer deixar de ser relevante a recusa —deixar de ser livre— como serve de exemplo o já referenciado caso de dádiva e aplicação de tecidos ou células onde a livre revogabilidade cessa «no caso de a preparação pré-transplante já efectuada» colocar em risco a vida do receptor, cf. A-§ 6.º do Anexo IV da Lei n.º 12/2009, de 26 de Março. Creio que a questão só se coloca podendo escapar-se à configuração de facto, acerca do que, de toda a forma, se encontra expressamente esclarecido o dador, cf. A-§§ 7.º-10.º do mesmo Anexo ⁽¹⁰⁶⁴⁾. Já em relação a sangue, o regime é exactamente o oposto: pode o dador livremente mudar de ideias, retirar-se, auto-excluir-se, incluindo durante o processo de dádiva, cf. A, §6 do anexo VI do DL n.º 267/2007, de 24/07.

Efectivamente, por parte do dador tudo se densifica. O dador, com excepção da sua satisfação moral, retira da doação relevantes prejuízos de ordem física, psíquica e, até, muito provavelmente de ordem material, incluindo a

⁽¹⁰⁶²⁾ Refiro-me ao dador *intuitu personae*, em relação a um transplante ou doação sem eventos adversos e que respeite todos os PON e demais requisitos.

⁽¹⁰⁶³⁾ Cf. art. 9.º da Lei dos Transplantes, muito embora acredite que a questão deve dar azo a uma apreciação mais cabal em termos casuísticos.

⁽¹⁰⁶⁴⁾ A tabela em referência prevê a livre revogabilidade também para o receptor, cf. D, § 3.º.

agravação de riscos colaterais futuros indeterminados, mas decorrentes da sua generosa decisão. Tanto assim é que a previsibilidade de um grau elevado de probabilidade de «diminuição grave e permanente da integridade física ou da saúde» do dador determinam a expressa proibição da dádiva, impedindo a colheita de órgãos, tecidos ou de células, cf. art. 6.º, n.º 7 da Lei dos Transplantes. E os menores e outros incapazes ficam fora da possibilidade de serem dadores de órgãos ou tecidos não regeneráveis, cf. art. 6.º, n.º 4 e mesmo quanto ao que seja regenerável com as restrições a que alude o n.º 5 do preceito em referência, tal como decorria já do art. 20.º da CDHBio.

XX. § 2.º Vejam-se os menores

Sobre a questão dos menores verifica-se o melindre decorrente do facto de a lei apontar ao intérprete apenas duas referências: i. o discernimento e a ii. a idade.

i. O discernimento constitui uma cláusula aberta: pretende saber-se se o menor consegue avaliar o sentido e alcance da decisão. Saber o que pensa, os seus fundamentos e interesses, a sua idiosincrasia. Todos os factores acabam em franca desvantagem perante o senso comum, se desta bitola divergirem. Quanto ao discernimento o menor fica diminuído pelas vulnerabilidades que lhe são próprias (quanto ao incapaz afigura-se análogo). A doença, a dependência material e a moral perante os progenitores (representantes), os factores reverenciais face ao senso dos médicos ou face ao dos magistrados, tudo concorrerá para alimentar a suspeita de que a partilha de informação e da decisão são mera ficção, uma quimera com que o legislador maquilha uma dificuldade, acabando até por a incrementar. Neste sentido pugno uma vez mais pela solução que encontro no presente trabalho: a aplicação do «teste da recusa»: fixada uma idade, a *partilha de decisão* será forçosamente a resposta a um processo de convencimento.

ii. Quanto à idade relevante para uma recusa, o legislador dispersa-se ainda mais. Atenção, pois a matéria de que trato assume maior rigor. A recusa significa nestes casos uma protecção reforçada. Está em causa uma rejeição do que a medicina propõe, no seu melhor estado evolutivo concreto. A suspeita de imaturidade (seja lá o que isso for) aparece adicionada a uma decisão *desconforme*, que facilmente é interpretada como reveladora de fraco

senso. Aquém dos 18 anos, a lei dispersa-se e, perdoe-se, de modo nitidamente confuso e contraditório. Assim acontece com a LSM onde indica os 14 anos como determinantes para poder recusar sobre as situações previstas nas als. c), d) e —e): esta matéria revogada pela recusa na LIC— do n.º 1, *ex vi* do n.º 3 do art. 5.º da LSM. Do mesmo modo a LPAV fixa os 18 anos e deixa tudo em aberto para quem esteja emancipado e, conseqüentemente, capaz de dispor de si segundo a lei civil (cf. art. 133 do C.Civ). O CP determina os 16 anos para a IVG (cf. art. 142.º, n.º 5, do CP); já para outras decisões indica a mesma idade, mas associada ao discernimento (38.º, n.º 3, do CP). Este mesmo discernimento, no campo da autodeterminação informacional, fica pela CDC com a idade reduzida até aos 12 anos (e sem idade definida na Lei n.º 03/84, 24/03). No quadro da LIC, com esforço hermenêutico, extrai-se o limite mínimo dos 16 anos de idade para a recusa autónoma (cf. art. 6.º, n.º 4, confrontado com a al. c) do n.º 1 do art. 7.º, ambos da LIC). Para a Lei Civil, os mencionados 16 anos pela emancipação, cf. art. 133.º, para o que terá de se casar, cf. art. 132.º, ambos do C.Civ, i.e., o menor de 16 anos que se casou —ainda que se divorcie *imediatamente* a seguir, cf. arts. 1775.º e 1776.º do C.Civ.— pode recusar cuidados de saúde.

Para a solução geral da prestação de cuidados de saúde existe então uma referência temporal a que se deve associar a certificação do concreto discernimento. Trata-se de mera indicação que a doutrina recolhe e aponta e decorre das suas variantes situar esse referencial entre os 14 e os 16 anos de idade, mercê da construção elaborada a partir do preceituado no art. 38.º, n.º 3, do CP (duas últimas versões). As várias disposições do *Digesto* legislativo existente sobre o Direito da Medicina estabelecem caso a caso, conforme se mostre adaptável às conveniências das matérias, parecendo usualmente inspiradas no que antecede.

XX. § 3.º Interdição do lucro

A doação de órgãos, tecidos e células encontra-se obviamente sob a alçada da interdição do lucro a que alude o art. 21.º da CDHBio e se reitera na Lei dos Transplantes, cf. art. 5.º que especifica muito claramente não apenas a gratuidade como a não comercialização.

Todo o processo de admissibilidade é tutelado, acompanhado, aprovado e fiscalizável pela EVA. Entidade administrativa que permite a prevenção e solução de questões concretas, permitindo assim afastar e prevenir e solver dúvidas, aplicar PON, e, até, evitar eventual *litigiosidade* tal como a verificação de lapsos ou negligências, cf. art. 6.º, n.º 3, e 6.º-A da lei dos Transplantes. O funcionamento deste tipo de entidades integra, de acordo com André Dias Pereira um dos princípios (vector metodológico) do Direito da Medicina, a saber: «o princípio do controlo procedimental». É um fenómeno —devolução de poderes— mediante o qual o Estado —com amnésia do «actor» judicial enquanto interveniente de primeiro plano⁽¹⁰⁶⁵⁾— procura e consegue a resolução dos problemas concretos de vários sectores importantes da vida portuguesa⁽¹⁰⁶⁶⁾. A multiplicação destas entidades de regulação e controlo não é, porém, totalmente isenta de críticas, não só porque proliferam em cada «novo sector», como assumem atribuições e competências de autonomia, regulação e disciplina (muitas vezes com poderes de aplicação de contra-ordenações que constituem receitas próprias) e que arriscam ou a criar «Estados dentro do Estado» ou arredar a *litigiosidade* mediante decisões que podem oscilar entre a discricionariedade e a arbitrariedade, ponderado o «domínio» com que actuam dentro dos sectores⁽¹⁰⁶⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ Afirimo de primeiro plano porque existe sempre um reduto judicial concreto ao dispor do cidadão e das instituições sociais. A devolução de poderes como via de estruturação administrativa que viabilize a aproximação da actuação do Estado às populações e ao cidadão, tal como os fenómenos de desconcentração e descentralização, permite uma actuação processual que resulta em actos com autoridade, todavia, isso não evita os poderes de fiscalização, de direcção, de supervisão ou tutela, e em qualquer circunstância, uma garantia de tutela judicial efectiva arts. 266.º ess.; 205.º; e mesmo em termos legislativos; a garantia do Tribunal Constitucional, cf. art. 221.º e ss., *maxime* 223.º, todos da CRP.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ Pois aparece com credenciais os papéis meritórios desempenhados, para além do EVA, por ex.º pelo CNECV, pelo CNPMA (cf. Richard J. BLAUWHOFF, *Foundational Facts...*, *cit.*, pp. 396 e s.), pelo CNSM (Saúde Mental); sem esquecer a existência das CTIVG (cessação da gravidez), e assim sucessivamente para a Investigação Clínica, para a Saúde; o INML, sem esquecer a profusa ramificação da Administração de Saúde, cf., André DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade...*, *cit.*, pp. 62 e ss.

⁽¹⁰⁶⁷⁾ Inúmeros alertas são avançados pela doutrina com os mais variados alcances, *v.g.*, entre nós, com a autoridade, a prudência e a visão dos Estados tardo modernos, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, «Brançosos» e *Interconstitucionalidades. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Almedina Ed., 2ª ed. (reimp) 2012, (ISBN 978-972-40-3485-0), pp. 325-334. *max* 330 e ss.; quanto aos Conselhos de Ética, para o ordenamento italiano, cf. «a via do meio» que Giuseppe DallaTORRE aponta in *Bioetica e Diritto...*, *cit.*, pp. 14 e ss. (construção de uma sociedade multiétnica); 157 e ss, 166-174; quanto ao perigo de eventuais desvios sobre informação genética, cf. Daniel MACIEL e Helena MACHADO, *Biovigilância e governabilidade nas sociedades de informação*, pp. 141-166, *maxime* 147 e ss. in AA.VV., *Bases*

XX. § 4.º Breves anotações sobre o regime dos transplantes: REENDA e ainda a relevância da colheita em cadáveres para fins de ensino e investigação científica: o valor das decisões familiares.

Obviando repetições que se me afiguram desnecessárias e desconformes com o reduto do que me traz, atrevo-me a remeter o escorço histórico do regime legal Português para o que já investiguei nessa matéria e que me permito reproduzir em anotação ⁽¹⁰⁶⁸⁾.

de Dados Genético Forenses (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8.

⁽¹⁰⁶⁸⁾ Este atrevimento visa permitir uma consulta ao que foi sendo o regime de vontade do paciente nesta matéria concreta, poupando esforços ainda mais desnecessários. Assim, in *O consentimento...*, *cit.*, pp. 381-392, escrevi: Em Portugal, a colheita de órgãos e tecidos em cadáveres foi objecto da regulamentação sucessiva dos seguintes diplomas: o DL n.º 45 683, de 25 de Abril de 1964; o DL n.º 553/76, de 13 de Julho e a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. O DL n.º 45 683, de 25 de Abril de 1964 — Cf. Madalena LIMA, *op. cit.*, pp. 38 e ss.—, consagrava o princípio da livre disposição do corpo, inclusive para além da morte. / Na ausência de autorização formulada pelo falecido estabelecia-se a possibilidade da colheita desde que a família do falecido se não opusesse (cf. corpo do art. 7.º deste diploma). Adoptava-se, assim, uma «solução de informação» em que era conferido aos familiares, com alguma autonomia em relação à posição do dador, o direito de repudiar a colheita. Contudo, a solução podia-se transformar numa «solução de oposição», caso a família se não pronunciasse no prazo conferido, como veremos de seguida. / Este dissentimento tinha de ser manifestado através de uma complicada — e apressada — tomada de posição pelos familiares, que resultava da disposição combinada dos arts. 7.º e 4.º, atendendo às remissões dos seus parágrafos. Assim, se a oposição da família não fosse consensual, prevalecia o assentimento do cônjuge sobre o dissentimento dos parentes, ou, igualmente, dos ascendentes sobre os descendentes (cf. § 1.º do citado art. 7.º). Se a oposição familiar ocorresse em vida do paciente, teria de ser reduzida a escrito e endereçada por carta registada com aviso de recepção aos responsáveis pela instituição (director, administrador ou director do serviço) onde o paciente estivesse internado (cf. § 2.º do citado art. 7.º). / Evidentemente que esta possibilidade pressupunha que o doente já não estivesse em condições de prestar por si, relevantemente, o consentimento, sendo certo que esta tomada de posição relevaria sempre perante aquela outra e deveria ser acalentada pelos serviços onde o paciente estivesse internado—neste sentido preceituava o § 4.º do art. 4.º do diploma que vimos abordando um dever ao pessoal dos estabelecimentos em causa de «... proporcionar as condições necessárias para serem feitas as declarações de autorização ou proibição...». —. Falecido o paciente, a família tinha o prazo de duas horas para manifestar a sua oposição que, segundo interpretamos a conjugação das disposições aplicáveis, tinha de ser reduzida a escrito pelo punho do declarante e a sua letra e assinatura submetidas a reconhecimento notarial, ou, alternativamente, vertida a declaração em documento autêntico ou autenticado (cf. n.º 2 e n.º 3 do corpo do art. 4.º, por remissão do § 3.º deste preceito, mandado aplicar pelo § 2.º do art. 7.º). / Através desta sinuosa construção, o legislador atulhava o procedimento de formalidades —sendo verdadeira a interpretação que fazemos, outro cenário poderia ainda ser configurado: a impossibilidade de manifestar a oposição sempre que o falecimento ocorresse fora das horas do expediente do correio e do notário, por exemplo: aos fins-de-semana.—e retirava aos familiares a possibilidade, que

conferia ao paciente, como se verá, de dissentir por mera declaração verbal. / Não se verificando a oposição dos familiares do falecido, ficava permitida a colheita «... a partir da quarta hora posterior ao falecimento» (cf. § 4.º do art. 7.º). Esta fórmula leva-nos a concluir que no decurso desta quarta hora, ou seja, decorridas três horas após a morte, podia já ter lugar a intervenção. / Não podemos deixar de sublinhar que as horas que se seguem à morte de um ente querido, mais a mais, as imediatas, não proporcionam, segundo a experiência comum, as melhores condições para qualquer tomada de posição deste género. Por outro lado, em nenhum preceito deste diploma se determinava expressamente o dever de recordar ou elucidar a família das sequelas da falta de decisão, pelo que, este regime da «informação», assim delineado, podia facilmente funcionar como máscara de um verdadeiro regime da «oposição», em que os médicos «interessados» numa colheita podiam aguardar em silêncio, mais ou menos ansioso, o decurso das duas horas do prazo em que, no fundo, redundava aquela «solução da informação». / Quanto à decisão tomada pelo paciente — quando detentor de capacidade de exercício em consequência do já referido direito de dispor do seu próprio corpo —, estabelecia o art. 4.º (em conjugação com o teor do art. 1.º, ambos do diploma em referência), a faculdade de proibir ou autorizar a extracção de órgãos ou tecidos do respectivo corpo para fins terapêuticos ou científicos, quando a utilidade desta intervenção impusesse fosse preterido o prazo legal de prevenção contra a morte aparente — Em 10 de Setembro de 1964 é publicada a Portaria 20 799, que vem regulamentar este DL n.º 45 683, estabelecendo que «a verificação dos óbitos, para efeitos de colheitas, será efectuada (...) nos termos do art. 10.º do DL. n.º 45 683 (...) devendo nela observar-se as regras de semiologia médico-legal consignadas na Portaria 20 688». Trata-se da Portaria 20 688, de 17 de Julho de 1964, que estabeleceu regras de semiologia médico-legal para a verificação do óbito —. / A manifestação da vontade do paciente tinha de assumir uma das formas consignadas na lei (cf. corpo do art. 4.º). / Assim, para além dos já referidos documentos: escrito e assinado pelo paciente com as respectivas letra e assinatura reconhecidas por notário ou documento autêntico ou autenticado (cf. n.º 2 e n.º 3 do corpo do art. 4.º, respectivamente), a serem apresentados durante a doença que produza o óbito ou nas duas horas seguintes a este (cf. § 3.º do art. 4.º), surge a possibilidade de ser prestada uma declaração verbal, reduzida a auto e testemunhada (cf. n.º 1 do corpo do art. 4.º). Esta declaração verbal tinha os seguintes requisitos: ser expressa, querendo com isto dizer-se que não produziria «... efeitos a mera resposta afirmativa a perguntas formuladas pelas pessoas que a ela assistam» (cf. n.º 1 do § 1.º do art. 4.º); ser prestada perante um responsável pela instituição onde o paciente estivesse internado (director do centro de colheita ou director, administrador, director de serviço, ou médico que o substituísse, do estabelecimento de internamento anexo ao supra referido centro) e de duas testemunhas maiores de idade que pudessem ler e escrever (cf. n.º 2 do § 1.º do art. 4.º); ser reduzida a auto, lavrado pela entidade que a recebesse e era assinado por esta bem como pelas testemunhas (cf. n.º 3 do § 1.º do art. 4.º); e, por fim, ser o auto assinado pelo declarante ou, alternativamente, conter a menção expressa de que ele não o assinava por se encontrar impossibilitado de o fazer (cf. n.º 4 do § 1.º do art. 4.º). / A declaração verbal assim colhida perdia validade se o paciente viesse a convalescer e a ter alta do estabelecimento (cf. § 2.º do art. 4.º). / Esta forma de colher o consentimento verbal do paciente poderá ser fonte de inspiração para o legislador hodierno, noutras matérias onde se justifique que a prestação do consentimento seja revestida de alguma solenidade. Assim, a graduação da complexidade quanto ao número de testemunhas a presenciar a declaração de vontade poderia ser relacionado com a gravidade da intervenção (por exemplo, para as intervenções graves, uma testemunha; para as intervenções muito graves, duas testemunhas). Para as intervenções em que se verifiquem menos riscos será sempre possível simplificar-se a respectiva certificação, podendo até formalizar-se o documento de maneira a reduzir ao mínimo o aspecto burocrático. Adiante retomaremos esta sugestão. / Determi-

nava este diploma limitações às declarações de autorização ou de oposição. Quanto às declarações de autorização, estabelecia a proibição da colheita desde que contrária à moral ou aos bons costumes; ou quando a morte se verificasse sem assistência médica; ou em caso de morte violenta (excepto no caso de acidente, se a colheita não prejudicasse a autópsia, cf. § 2.º do art. 1.º); ou sempre que a lei impusesse autópsia (cf. § 1.º do art. 1.º). Quanto à oposição, ainda que manifestada, podia ser contrariada pelo Ministro da Saúde e Assistência, que, para este efeito, tinha poderes para ordenar a colheita por despacho fundamentado em «... grave motivo de interesse público» (cf. art. 5.º). Em boa verdade, confrontamo-nos com um exemplo de uma justificação conhecida como «razão de Estado» — A este respeita nota João Carlos Simões GONÇALVES LOUREIRO, que esta particularidade (susceptível de ser inserida nas teses do estado de necessidade) do regime do DL n.º 45 638, ainda que constituindo um carácter excepcional, seria constitucionalmente inadmissível no quadro da lei fundamental em vigor (*Transplantações...*, *cit.*, p. 25 e s.). — / O DL n.º 45 683, de 25 de Abril de 1964, estabelecia ainda um regime de responsabilidade criminal específico, que, em matéria de consentimento, resultava no seguinte: A falsificação do auto de declaração verbal e a actuação correspondente de colheita de órgãos e tecidos com consciência dessa falsificação, constituíam actuações ilícitas que determinavam a aplicabilidade de uma pena de prisão até dois anos (cf. art. 19.º, n.º 1, al. b)); e para a testemunha que o assinasse sabendo da sua falsidade, pendia uma pena até um ano de prisão (cf. art. 19.º, n.º 2, al. b); A colheita de tecidos ou órgãos em violação do dissentimento do falecido, ou da oposição relevante da família, constituía conduta punível com prisão até um ano (cf. art. 19.º, n.º 2, al. a)); / Em igual pena incorria quem recebesse alguma remuneração para consentir ou para que não se opusesse à colheita no cadáver de outra pessoa, bem como para aquele que desse essa remuneração, que seria perdida para a assistência pública. Este preceito era aplicável aos familiares do falecido (cf. art. 19.º, n.º 2, al. c)). / Por fim, quem recebesse alguma remuneração para autorizar que depois de morto fosse feita uma colheita no seu corpo, bem como aquele que desse essa remuneração (igualmente perdida a favor da assistência pública), ficava sujeito a uma pena de multa até um ano. / Contudo, não ocorria qualquer punição do médico que procedesse a colheita ilícita ou daquele que desse alguma remuneração proibida, quando o tivessem feito na convicção de que esses factos constituíssem meio único e indispensável de evitar a morte eminente de uma pessoa, em termos de não ser moralmente exigível que procedessem de outra forma (cf. § 2.º do art. 19.º). / Esta norma continha uma verdadeira «válvula de escape», uma vez que funcionava apenas ao nível da punibilidade (independentemente de se manter a qualificação da conduta como ilícita, aceitava-se uma causa especificada de justificação para a culpa do agente), acabando por permitir uma actuação médica mais alargada, não receosa, em vista de uma avaliação profissional cujo pressuposto jurídico parecia ser a prossecução do escopo da actuação médica: a saúde.

O Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, veio revogar o Decreto-Lei n.º 45 683, bem como as portarias que o regulamentavam, e pretendia responder aos avanços científicos entretanto ocorridos nestas matérias, tendo por objectivo «... libertar o desenvolvimento dos processos clínicos de transplantação dos condicionalismos burocráticos que o têm tornado impossível e que permitem no estado actual da ciência salvar ou prolongar a vida ou a integridade física das pessoas» (cf. o n.º 5 do preâmbulo do diploma). Como refere Maria Paula RIBEIRO DE FARIA, estes condicionalismos burocráticos, tanto quanto se colhe da economia do diploma, pareciam consistir nos que resultavam dos meios de oposição da família do falecido — cf. Maria Paula RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos...* *cit.*, pp. 208 e s.—, e, acrescentamos, nos requisitos de forma que rodeavam a manifestação de vontade do paciente. Com efeito, em matéria de consentimento, o diploma introduziu uma fórmula abrangente, segundo a qual os médicos não podiam proceder à colheita quando, por qualquer forma, tivessem conhecimento da oposição do falecido (cf. art. 5.º). Neste sentido, estabelecia-se que a colheita

efectuada «... com o conhecimento da sua oposição expressa» podia determinar uma pena de prisão até um ano (cf. art. 9.º, al. b)). / Assim se quis fazer prevalecer os interesses na obtenção de órgãos e tecidos sobre os interesses dos familiares e dos amigos, como, aliás, se afirmava expressamente no n.º 3 do preâmbulo do diploma. / Em síntese: operou-se a substituição de uma «solução de informação» por uma «solução de oposição» —Muito embora o preceito tenha alargado o círculo de pessoas cuja declaração podia impedir a colheita, a verdade é que a família deixava de poder manifestar a sua oposição perante o silêncio do dador, e nisto reside a diferença fundamental entre as soluções da informação e da oposição: o que o círculo de pessoas familiares, amigas ou conhecidas pode comunicar é a «... oposição do falecido»; esta é que pode impedir a colheita.—, que—antecipando— suscitou, para além de uma suspeição de inconstitucionalidade, algumas censuras. Vejamos: o facto de não se ter imposto o dever de comunicar o óbito aos familiares emprestava uma aura de arbitrariedade à colheita, que resultava agravada nos casos de falecimento de menores ou de incapazes. Com efeito, estabelecia-se a possibilidade de concretizar a oposição por «qualquer forma», mas ficava por apurar até quando é que esta poderia ser comunicada relevantemente. / Assim, se um paciente falecesse durante uma intervenção cirúrgica era totalmente legítimo efectuar a colheita quase imediatamente — No entanto, seria sempre necessário respeitarem-se as condições previstas no art. 3.º deste diploma, ou seja, que a morte tivesse sido certificada por dois médicos não pertencentes à equipa que fosse fazer a colheita, sendo ainda necessário que um dos médicos tivesse mais de cinco anos de efectiva experiência profissional. —. / Esta atipicidade na comunicação, aliada ao facto de não se determinar quem a poderia formular, nem quando ou a quem deveria ser feita, acabava por permitir o inverso do pretendido, isto é, que fosse atribuída ao paciente a declaração vinculativa, arredando para segundo plano as declarações dos familiares. Na verdade, a infeliz e ineficaz — cf. Carlos SOARES DE BRITO, *Colheitas... cit.*, p. 252 e ss., texto onde o A. apelida mesmo este preceito como «... intencionalmente ambíguo e omissivo» (cf. p. 259).— fórmula empregue permitia alargar excessivamente o círculo de eventuais *depositários* da decisão do dador a meros conhecidos, ou a levantar dúvidas sobre qual a sua verdadeira vontade perante declarações de terceiros contraditórias entre si. Mas, perdoe-se-nos a ironia, não foi apenas neste aspecto que o diploma concretizou a aludida intenção desburocratizadora; ao texto simplificado dos seus dez articulados apontaram-se inúmeras outras críticas que permitiriam alguns desenvolvimentos que não cabem aqui. De qualquer forma, para dar uma ideia do que falamos, escolhemos e apontamos as seguintes: nada se regulou sobre as colheitas em dadores vivos; nada ficou estabelecido sobre o conceito de morte ou sobre as possibilidades de reanimação ou manutenção de sinais vitais para viabilização das colheitas, muito embora o diploma tivesse revogado as portarias que estabeleciam as regras de semiologia médico-legal; nada se regulamentou sobre os estabelecimentos onde podiam ser efectuadas as colheitas; e nada se estipulou sobre se a colheita era gratuita ou remunerada —remeto para Maria Paula B. RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos... cit.*, pp. 208 e ss., e para Madalena LIMA, *op. cit.*, pp. 57 e ss. o desenvolvimento destes tópicos—. Retomando a questão da oposição, o teor do *supra* citado art. 5.º, com as implicações que aduzimos, determinou ao Provedor de Justiça um pedido de inconstitucionalidade com força obrigatória geral endereçado ao Tribunal Constitucional. Argumentava-se que o preceito, melhor seria dizer, a falta de regulamentação em seu torno, não oferecia garantias sobre o cumprimento da vontade do dador. O Tribunal Constitucional —cf. Ac. n.º 130/88 do TC, in *DR*, II série, n.º 205, de 5/9/88, pp. 8101 e ss.— não considerou existir qualquer violação expressa de preceitos constitucionais e, embora aceitando que a manifestação em vida da vontade de um indivíduo sobre a disposição do seu corpo, fundada em razões éticas, filosóficas ou religiosas, devesse ser respeitada para lá da morte, como sequela do dever de respeito pela liberdade individual e, assim, ser objecto de protecção constitucional — Como se afirma no texto do Acórdão em referência:

«... trata-se de um direito — configurando-se como uma projecção *post mortem* de um direito de uma pessoa viva — que, seja como for, sempre encontrará fundamento, em último termo, na própria ideia ou princípio do Estado de Direito, iluminado pelo relevo que nele tem a dignidade da pessoa humana (arts. 1.º e 2.º da CRP) —, embora aceitando isto, dizíamos, considerou que a disposição em referência não despoletava a garantia constitucional, uma vez que o que estava em causa no art. 5.º era o estabelecimento de um «ónus de zelo» para cada cidadão, que, assim, devia tomar em vida «... as providências necessárias para que a sua oposição se...» — tornasse — «...conhecida antes do momento da sua morte». / O facto de não ter sido determinada uma obrigação de comunicar o óbito aos familiares, nem ter sido circunscrito o círculo de pessoas que pudessem comunicar a oposição ou, tão pouco, terem sido regulamentados os meios e os prazos para o exercício destes deveres e direitos, apenas demonstra que a órbita de actuação dos familiares se encontrava absolutamente subalternizada ao direito do dador. Concedendo nas dificuldades que aqueles pudessem ter para manifestar a vontade do paciente, já não aceitava o aresto que este direito, em si, se encontrasse beliscado pela existência dessas mesmas dificuldades, pelo menos em termos relevantes — Ainda segundo o teor do Acórdão, a falta de notificação do óbito ao círculo de pessoas que tivessem conhecimento da posição do dador sobre a colheita poderia «... configurar-se apenas como uma diminuição relativa da consistência do direito do falecido». Cf. *DRcit.*, p. 8105, col. da dt.^a. O sublinhado pertence-nos, e suscita a seguinte questão: confessada a diminuição do direito protegido constitucionalmente (nos termos aceites e previstos no aresto), resta saber se a protecção constitucional só ocorre quando se verifique uma *diminuição absoluta da consistência de um direito* e, obviamente, quais os conceitos jurídicos subjacentes, quais os critérios utilizados e a utilizar futuramente, para se apurar a distinção entre o que sejam estas diminuições absolutas e relativas de direitos. Não poderá ser a compressão de um direito constitucionalmente previsto por outro do mesmo jaez, atentos os interesses em causa... Ficou já assente que o conhecimento da oposição do dador impede, em termos absolutos e sem excepções, a colheita pelos médicos; tão pouco se poderá tratar da verificação da existência nas normas sujeitas à apreciação constitucional de uma garantia finalística, em vista da qual, os meios para ser atingida seriam fungíveis e/ou dispensáveis.— . / Todavia, afirma-se expressamente a existência do apontado «... déficit de regulamentação» e a posição que fez vencimento não foi unânime. Nos expressivos votos de vencidos dos Conselheiros Raul MATEUS, Messias BENTO e Antero Alves MONTEIRO DINIZ, entre o mais, ficou consignada a opinião de que o artigo em causa não garantia um mínimo de eficácia para que uma eventual oposição, manifestada por um dador, fosse levada ao conhecimento dos médicos, exactamente por não terem sido regulamentados os meios que viabilizariam tal conhecimento. Entre estes meios foram sublinhados os seguintes: a criação de um registo central informatizado; e ser facultada aos familiares a possibilidade de expressarem a informação que eventualmente saibam. Considerou-se, por outro lado, manifestamente desproporcionada a exigência de que o dador desse conhecimento a todos os estabelecimentos hospitalares da sua posição sobre a colheita *postmortem*. Houve mesmo quem tivesse votado favoravelmente o acórdão, como foi o caso do Conselheiro José Manuel CARDOSO DA COSTA, sem deixar de lhe apontar o carácter defeituoso e a insuficiência do regime de colheitas contido no diploma. / É discutível a posição que fez vencimento no acórdão do Tribunal Constitucional. Aceitar o dever de protecção das liberdades individuais; reconhecer implicitamente as lacunas relativas à regulamentação dos meios eficazes para exercer o referido «ónus de zelo» por parte do dador; reconhecer que os familiares do dador o poderão exercer: são premissas que não se conjugam com a conclusão atingida. Por outro lado, parece-nos claro que estas omissões retiram eficácia e utilidade à garantia do exercício do direito de oposição; e são estas características que devem estar salvaguardadas pela tutela constitucional e não a mera viabilidade abstracta da existência do direito —cf. João Carlos

Para o tratamento informatizado dos elementos actualizados relativos às informações correspondentes, e a emissão de um cartão de não dador para utilização individual do declarante no que concerne à colheita de órgãos e tecidos e células em cadáver, a Lei dos Transplantes (n.º 12/93) preveniu a criação de um Registo Nacional (RENNDA) — cf. art. 11.º, a partir do qual todos os residentes em Portugal ⁽¹⁰⁶⁹⁾ podem inscrever-se como não dadores.

XX. § 5.º O Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro: o RENNDA

O RENNDA foi verdadeiramente instituído e regulamentado pelo DL n.º 244/94, de 26 de Setembro, muito embora a Lei dos Transplantes tivesse estabelecido como prazo de dia 1 de Outubro desse ano de 1993 para iniciar a respectiva actividade. O regime de indisponibilidade pode ser total ou parcial, resultando este da limitação da autorização da colheita a certos órgãos ou certos tecidos ou, ainda, para certos fins (cf. art. 10.º, n.º 2, da Lei 12/93). Nesta redacção deveria caber a possibilidade de o dador restringir a doação a certas pessoas que identificará, contudo o modelo- minuta que foi concebido

Simões Gonçalves LOUREIRO, *Transplantações...*, cit., pp. 32 e ss. e Maria Paula RIBEIRO DE FARIA, *Aspectos...* cit., p. 213—. / O certo é que o Provedor da Justiça, provavelmente inconformado, endereçou à Assembleia da República a recomendação de reformulação do DL n.º 553/76, Cf. *DAR*, II série-C, de 31 de Outubro de 1990. / Esta recomendação e, posteriormente, o parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida —cf. CNECV, *Parecer sobre o transplante de tecidos e órgãos, Acção Médica*, 1992, pp. 42-45—, terão despoletado o processo que conduziu à publicação da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril.

⁽¹⁰⁶⁹⁾ No preceito em causa ficam abrangidos todos os cidadãos nacionais, os apátridas e os estrangeiros, independentemente de terem a sua residência em Portugal. José FARIA COSTA levanta alguns problemas a este respeito: em primeiro lugar, o de dever, ou não, submeter à «solução de oposição» um estrangeiro cujo País de origem possua uma opção legislativa diferente sobre esta matéria. A questão recebe uma resposta parcial na divulgação reiterada e permanente do sistema, acompanhada de meios de manifestação da vontade simples e eficazes. Porém, realço desde já o facto de os modelos que não se alteraram desde o RENNDA estarem disponíveis apenas em língua portuguesa. O segundo problema insere-se na questão mais abrangente que suscita a redacção do n.º 6 do art. 13.º —que ficou imune à alteração promovida pela revisão levada a cabo pela Lei n. 22/2007, de 29 de Junho, não obstante nesta se ter *visitado* o preceito—, segundo o qual: «Quando não tiver sido possível identificar o cadáver, presume-se a não oposição à dádiva se outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais». O preceito oferece o flanco à dura crítica, porém, o que imposta salientar por ora é saber o que fazer, em termos práticos, face a um acidente de viação, se não for possível apurar se um estrangeiro é residente ou está ocasionalmente em Portugal? Parece ser possível efectuar a colheita, mas esta resposta deixa um «sabor» a mero utilitarismo e arbitrariedade

para o efeito não contemplou a possibilidade e pouco espaço oferece para observações.

Uma questão que este regime suscita é a de saber se a lei determina a exclusiva validade formal do registo, isto é, se a indisponibilidade só pode ser manifestada através do registo. A resposta é afirmativa: o art. 10.º, n.º 1, da Lei 12/93, estabelece como requisito para a oposição a necessidade de ser manifestada junto do Ministério da Saúde a qualidade de não dador, que deverá ser processada através do REENDA (cf. art. 11.º da Lei dos Transplantes). A concretização depende do preenchimento do impresso tipo e apresentação em qualquer centro de saúde ou extensão (cf. art. 2.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 3.º do DL n.º 244/94).

É mesmo o preâmbulo deste diploma que anuncia estarmos perante «... um direito procedimentalmente dependente...». Daqui os imperativos de simplicidade e eficácia para o recolhimento e o tratamento dos dados pessoais. A identificação é reduzida ao mínimo essencial (nome, morada, naturalidade e nacionalidade e demais constante do bilhete de identidade ou da cédula pessoal: cf. art. 5.º, n.º 1). E será confrontada no momento da recepção do impresso por um funcionário, que processa imediatamente as diligências tendentes à inscrição, cujos efeitos ocorrerão decorridos que sejam quatro dias úteis (cf. art. 3.º, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, do DL n.º 244/94). A elaboração do modelo em referência prestou homenagem a critérios da maior simplicidade ⁽¹⁰⁷⁰⁾.

Registo a omissão que resulta da ausência de espaço para observações, como seja o caso apontado da restrição da doação a determinadas pessoas: a familiares, por exemplo, ou outras. Neste sentido, parece impor-se uma uni-

⁽¹⁰⁷⁰⁾ O modelo do impresso destinado à inscrição no RENNDA e o modelo do cartão individual de não dador foram aprovados pelo Despacho normativo n.º 700/94, de 1 de Outubro (cf. DR., Série I-B, n.º 228). Quanto ao impresso para inscrição no RENNDA, cf. o portal da saúde. Contemplam-se s modalidades alternativas, a saber: indicação da mera indisponibilidade só para fins de transplante ou só para finalidades diagnóstico/terapêutico, ou indisponibilidade para a doação de determinados órgãos ou tecidos devidamente identificados; pedido de 2.ª via de cartão individual de não dador; alteração de dados identificativos ou relativos à alteração do rol de tecidos ou órgãos (circunstâncias em que figura uma advertência da substituição integral do modelo alterado pelo actual), e, por fim, declaração revogatória de anulação do registo se bem que entenda o *plus* como benefício já que o n.º 1 do art. 2.º do DL n.º 244/94, expressamente recorda a desnecessidade de que a revogação posterior fique submetida ao formalismo em referência. Neste sentido, bastará a declaração verbal que venha a ser consignada no processo clínico ou em documento que se mostre ao profissional de saúde e que não suscite dúvidas para o efeito.

formização informática, que permite juntar as outras DAV (RENTEV) e viabilizar a conexão com o processo clínico do paciente, de preferência que se beneficie da generalização da plataforma de sorte a colocar ao serviço de quaisquer unidades de saúde as informações disponibilizadas a cada paciente.

O ficheiro automatizado dos dados pessoais permite aos responsáveis nos estabelecimentos hospitalares que podem proceder à colheita *post mortem* o acesso e a verificação da existência de oposição ou de restrições (cf. arts. 6.º e 7.º do DL n.º 244/94). Esta consulta está facilitada pela necessária ligação dos estabelecimentos à rede do RENNDA e constitui condição para a realização da intervenção (cf. art. 15.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3) ⁽¹⁰⁷¹⁾. O conteúdo dos registos do ficheiro automatizado do RENNDA não deve ser conhecido ou utilizado fora do âmbito das finalidades do DL n.º 244/94 (isto é, para conhecimento prévio da oposição a colheitas de órgãos ou tecidos), termos em que devem ser tomadas pelo Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde, entidade responsável pelos ficheiros, as medidas técnicas correspondentes (cf. arts. 8.º e 12.º). As informações contidas nos registos devem ser reveladas aos declarantes não dadores ou aos seus representantes (cf. art. 10.º). Para aqueles cujo acesso decorra do exercício profissional, impende o dever de sigilo profissional (cf. art. 13.º). O regime geral do tratamento e protecção de dados pessoais está contido na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (LPDP¹⁰⁷²) que exige para o tratamento deste tipo de dados relacionados com a saúde — que são qualificados como «dados sensíveis», cf. art. 7.º, n.º 1 e n.º 2 deste diploma —, o consentimento expresso do titular dos dados (cf. art. 7.º, n.º 2), entendendo-se que esta expressão significa: «qualquer manifestação de vontade, livre,

⁽¹⁰⁷¹⁾A comprovação da realização da consulta ao sistema informático resulta de um registo em suporte magnético que permite demonstrar até o respectivo teor (cf. art. 17.º). Aliás, as formalidades impostas aos médicos para a certificação constavam já do teor do art. 13.º, n.º 1, da Lei n.º 12/94, de acordo com o qual: «... devem lavrar, em duplicado, auto»; autoeste que deve ser assinado pelos médicos que vão proceder à colheita, pelo médico que certifica a verificação da morte (este não deverá integrar a equipa do transplante) e pelo director clínico do estabelecimento (cf. art. 13.º, n.º 2 e n.º 4, da Lei n.º 12/93). Do auto deve ainda constar a identificação do falecido, o dia e a hora da verificação do óbito, a menção da consulta ao RENNDA e do cartão individual, havendo-o, e da falta de oposição à colheita, os órgãos ou tecidos recolhidos e o respectivo destino». Como foi dito já, a inscrição despoleta ainda a emissão de um cartão individual de não dador que será enviado ao declarante no prazo de trinta dias após a recepção do impresso de oposição ou restrição (cf. art. 14.º, n.º 2). O cartão, tal como o duplicado do impresso, permite a prova da oposição e, independentemente do dever de consultar o sistema, impede seja operada a colheita se for exibido (cf. art. 16.º).

⁽¹⁰⁷²⁾ Foi objecto da rectificação n.º 22/98, de 28 de Novembro.

específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento» (cf. art. 3.º, al. o), da Lei n.º 67/98). De qualquer forma o conflito dos valores relativos aos interesses decorrente da privacidade e das correspondentes limitações, como sejam a autodeterminação e protecção do próprio ou de terceiro, a existência de tipificação legal, a tutela da CNPD e a garantia de protecção do sistema ⁽¹⁰⁷³⁾.

XX. § 5.º.1 Colheita em cadáveres para fins de ensino e investigação científica: especialidades

As especialidades que foram tidas por necessárias e convenientes em matéria da utilização de cadáveres para fins de ensino ou de investigação foram objecto da regulamentação prevista na Lei dos Transplantes versão anterior à da Lei n.º 22/2007, de 29/06, a saber: o DL n.º 274/99, de 22 de Julho. O legislador não de limitou a uma mera transposição da «solução da oposição»,

⁽¹⁰⁷³⁾ É a seguinte a redacção do ar. 7.º da LPDP: «1 — É proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos. / 2 — Mediante disposição legal ou autorização da CNPD, pode ser permitido o tratamento dos dados referidos no número anterior quando por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para esse tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º; / 3 — O tratamento dos dados referidos no n.º 1 é ainda permitido quando se verificar uma das seguintes condições: a) Ser necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; b) Ser efectuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas actividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares; c) Dizer respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se possa legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos; d) Ser necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efectuado exclusivamente com essa finalidade. / 4 — O tratamento dos dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos, é permitido quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento desses dados seja efectuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, seja notificado à CNPD, nos termos do art. 27.º, e sejam garantidas medidas adequadas de segurança da informação.»

procurando acarinhar a protecção que a investigação e o ensino da Medicina invocam. Na verdade, a utilização dos cadáveres é «de incontestável importância no âmbito da formação geral e especializada dos profissionais da saúde e na evolução do conhecimento nesta área do saber.» ⁽¹⁰⁷⁴⁾. Neste sentido, e seguindo as motivações que o legislador deixou expressamente consignadas no preâmbulo do diploma em referência, traçou igualmente os limites dos valores em causa, designadamente quando consignou que a «adopção de medidas destinadas a regulamentar a utilização de cadáveres para fins de ensino e de investigação científica deve ser efectuada na plena *defesa da dignidade da pessoa humana* e do valor de solidariedade que essa dádiva traduz, *na observação escrupulosa dos sentimentos de veneração e respeito dentro da praxis cívica e religiosa*, bem como salvaguardando *intransigentemente qualquer possível instrumentalização indiscriminada ou desvios relativamente à sua finalidade essencial.*» ⁽¹⁰⁷⁵⁾. Assim, o princípio orientador é o de que a dissecação de cadáveres, suas partes, tal como a extracção de peças, tecidos ou órgãos só é lícita e só pode ser realizada «... quando a pessoa falecida tenha expressamente declarado em vida a vontade de que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino e de investigação científica...» (cf. art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 274/99, de 22/07).

Esta é uma novidade face ao regime da Lei dos Transplantes (n.º 12/93, actualizada) onde a «solução da oposição» é plenamente arvorada como único princípio orientador e afasta qualquer relevância à posição perfilhada pelos familiares do finado. A certificação escrupulosa da licitude de todos os procedimentos precedentes e consequentes são da responsabilidade e requerem a autorização prévia dos responsáveis máximos dos serviços das «escolas médicas das universidades (...), institutos de medicina legal (...), gabinetes médico-legais e (...) serviços de anatomia patológica dos hospitais» (cf. art. 2.º do DL n.º 273/99).

⁽¹⁰⁷⁴⁾ Cf. o preâmbulo do Diploma.

⁽¹⁰⁷⁵⁾ Os itálicos são da minha responsabilidade e o excursão impõe-se, em toda a sua dimensão, exactamente pelo facto de constituir o *farol* hermenêutico orientador das actividades inerentes que deverá conduzir a actuação pragmática das actividades consequentes, sempre acicatadas pelo que de ingente revelam as aparências e sugerem as boas intenções. Eis a fronteira para lá da qual a bondade se transforma no exercício banal da crueldade.

A «solução da oposição» aparece, porém, condicionada e excepcionalmente *importada* para os fins de ensino e de investigação, quando se não verifique a voluntariedade da declaração em vida se, cumulativamente:

a) A pessoa não tiver manifestado em vida a sua oposição, aproveitando-se o regime do *RENDA*, devidamente adaptado para este efeito (cf. art. 3.º, n.º 2, al. a), e art. 5.º do DL n.º 274/99); e,

b) A entrega do corpo não for reclamada, *por qualquer forma*, no prazo de vinte e quatro horas, *após a tomada de conhecimento do óbito*, pelas seguintes pessoas, *sucessivamente* consideradas como susceptíveis de manifestarem tal ensejo: i) o testamenteiro (cumprindo a disposição testamentária); ii) o cônjuge ou o unido de facto; iii) os ascendentes, descendentes, adoptantes e adoptados; iv) e os irmãos (cf. arts. 3.º, n.º 2, al. b), 4.º do DL n.º 274/99 e art. 1581.º, n.º 2, do CCiv).

Tanto vale para a dissecação de cadáveres ou de parte deles e, bem pesada a letra da lei, parece ficar em aberto uma concreta resposta à pergunta que *baila* imediatamente: — têm os familiares (passo por ora o testamenteiro) o direito ou, ao menos, a faculdade de *consentirem* na pretendida dissecação? A expressão consentimento possui um *conteúdo activo* que integra em princípio uma precedente informação e a certificação do respectivo esclarecimento. Pois tudo indica que, outrossim, o silêncio, com ou sem discernimento associado, implica um dissentimento inequívoco, mesmo que concludente, a pretexto inominado, mas em prazo limitado para o efeito. Será mesmo assim? Adiante se verá.

O legislador parece responder em termos positivos quanto à delimitação de um verdadeiro direito de oposição conferido aos familiares. E não se exige de o protestar no preâmbulo do Diploma, texto a que doutrina empresta sentido e significado hermenêutico a não ser desprezado pelo intérprete. Em rigor, a determinado passo ali leio o seguinte: «... a dissecação de cadáveres só pode ter lugar se (...) a tal não se opuserem as pessoas a quem, para tanto, é conferida legitimidade.»; e adiante: «... os procedimentos adoptados jamais colocam em causa a dignidade pessoal e social do falecido e dos seus familiares ...».

Levando estas premissas a sério, para lá do mero sentido literal, pondero que a decisão das pessoas legitimadas para se «oporem» à «solução de oposição» —perdoe-se a tautologia— deve coexistir com uma consciencialização

do dever de solidariedade social e subsequente «proposta». E isto até por força do respeito pela dignidade individual dos familiares, como espero fique melhor entendido em seguida. A não ser assim, perdoe-se o *desabafo*: teremos *silêncios em excesso*⁽¹⁰⁷⁶⁾. Não obstante o preceituado nos arts. 70.º e 71.º do CCiv, tal como o regime de responsabilidade a que alude o art. 16.º da Lei dos Transplantes, que suscitariam uma interessante análise sobre o *respaldo* de uma protecção com garantia sancionatória que a projecção dos direitos de personalidade ainda fica credora após o decesso de um ser humano, tal como a esfera da dignidade dos próprios familiares perante a dor e as emoções associadas à perda de um ente querido (que, entre o demais, se mostram nas cerimónias e exéquias subsequentes por princípio levadas a cabo, como é notório ocorrer em Portugal e no Mundo), a verdade é que o regime positivo permite arredar essa discussão e considerar o seguinte: A *faculdade* — inegável — de os familiares poderem reclamar o corpo, mediante prévio conhecimento do óbito, constitui um verdadeiro direito *potestativo* que só poderá ceder nos casos tipificados na lei, como é superior exemplo o regime das autópsias (cf. art. 159.º do CPP e arts. 14.º e ss. da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto: Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

Neste aspecto, afigura-se-me importante anotar o seguinte: a verificação e a certificação dos óbitos constituem competência dos Médicos (cf. o art. 14.º da Lei n.º 45/2004, de 18 de Agosto). Contudo, em casos de morte violenta, sua mera suspeita ou nas mortes com *causa ignorada*, inicia-se em regra um procedimento tendente a —junto das autoridades judiciais—, aquilatar e decidir sobre (no mínimo) a conveniência da realização de uma eventual autópsia (cf. os preceitos seguintes do diploma *supra* citado). Ora, verificando-se esta eventualidade, a realização da autópsia passa por requisitos próprios que não vislumbro possam conviver com a simultânea utilização da intervenção para os fins de ensino ou de investigação. Como nada impede que a reclamação do cadáver seja igualmente realizada, não já para o que a lei constrange, mas prevenindo que, após a autópsia ou a verificação da sua desnecessidade, o corpo seja conduzido para os locais onde a dissecação e extracção sirvam finalidades em relação às quais os familiares possam opor-se, sem que lhes seja conferida a possibilidade de o fazerem, ou, pior, por força do decurso do

⁽¹⁰⁷⁶⁾ Penso nos ensinamentos de José de FARIA COSTA, *O valor do silêncio do legislador penal*, in *Transplantações...*, cit., pp. 87-134; e *À qui appartient le cadavre: quelques réflexions (in)opportunes*, in *Le fait d'analyse*, 1999, pp. 139 a 148.

indicado prazo de 24 horas. Decorrido este prazo, concedido para o exercício do direito de reclamar o corpo, após comunicação do óbito, então, a utilização para dissecação com o escopo do ensino e ou da investigação pode verificar-se, retendo-se o cadáver até ao prazo máximo de 15 dias para o efeito, (cf. art. 4.º, n.º 2 e n.º 3, do DL n.º 274/99).

Está bem de ver que o prazo de 24 horas se oferece susceptível de ser *consumido* sem qualquer reacção ⁽¹⁰⁷⁷⁾ se forem ponderados o choque (eventualmente o estupor) e outras contingências, tudo associado aos mecanismos processuais anteriormente descritos; e mercê da ausência de informação cabal, propicia-se *um caldo* para que medre a inacção dos familiares, por azar dos equívocos com que vai *ao lume*. É mais grave ainda: perante o mero desconhecimento dos procedimentos (ou mesmo por poderem ser facilmente enviados), a ausência da manifestação da vontade constrói o quadro em que o *utilitarismo* se pode entrelaçar com a importância dos interesses pedagógicos e científicos e degenerar em eventuais distorções dos verdadeiros pesos que a balança dos bens jurídicos em causa deveria receber e demonstrar.

Creio não poder deixar de expressar que a manifestação de vontade dos familiares deve decorrer da informação, a par da notícia do óbito, das consequências que o decurso do prazo de 24 horas poderá acarretar para a livre utilização do cadáver nas utilidades pedagógicas e científicas e, como já referi e reitero, da importância e sensibilização que a utilização do cadáver assume em matéria de solidariedade social quanto àquelas virtualidades. O regime legal ora descrito pode densificar-se perante a leitura do preceituado no n.º 3 do art. 3.º do DL n.º 274/99, agora apenas no que concerne à extracção de peças, tecidos ou órgãos para as mesmas finalidades ⁽¹⁰⁷⁸⁾. Duas questões avultam neste aspecto, a saber:

⁽¹⁰⁷⁷⁾ É possível entender e subscrever por mero raciocínio a notícia da crítica tecida por Paulo da MOTA PINTO sobre a escassez deste prazo, de que nos dá conta André DIAS PEREIRA, *O Consentimento... cit.*, p. 613, n. 1408.

⁽¹⁰⁷⁸⁾ É a seguinte a redacção do preceito: «É, ainda, permitida a extracção de peças, tecidos ou órgãos, para os fins previstos no artigo 1.º, desde que a pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde a sua oposição». A localização sistemática do normativo neste preceito e a ausência do requisito cumulativo previsto no n.º anterior quanto à dissecação de cadáveres, obriga a pensar se nesta sede mais restrita permanece ou não a possibilidade de oposição dos familiares.

1.^a Durante o período das 24 horas em que é possível reclamar o cadáver, este deverá permanecer incólume, até onde as intervenções prévias e concorrentes com o decesso o permitiram?

2.^a Qual a fronteira entre a extensão do que seja dissecação e a possibilidade de colher, fora daquele conceito, peças, tecidos ou órgãos?

Estou em crer que a colheita de qualquer material de origem humana em cadáver é consequência do prévio procedimento de dissecação ⁽¹⁰⁷⁹⁾, pelo que o legislador mais não pretendeu do que precisar a possibilidade de, a par da dissecação, ser ainda viável extrair e utilizar posteriormente matéria orgânica para os fins de ensino e investigação. Nem vejo sentido em autonomizar diferenciadamente um conceito de «extracção», com única excepção para a redutora protecção penal a que alude compreensivelmente a redacção do n.º 2 do art. 20.º do DL n.º 274/99.

E submetendo a eventual distinção ao crivo de um raciocínio *apagógico*, rapidamente chego ao absurdo de o conceito de «extracção de peças, tecidos ou órgãos», se autonomizado totalmente do da dissecação, permitir muito mais do que esta, pois que o corpo humano é integralmente composto por esses elementos (órgãos, tecidos ou células). *Por esta via, quando em partes, ficaria potencialmente o cadáver integralmente à disposição do ensino e da investigação...*

Assim sendo — e assim creio ser —, a possibilidade de extracção de peças, tecidos ou órgãos fica igualmente pendente da prévia verificação da falta de reclamação do cadáver previsto na al. b) do n.º 2 do art. 3.º do DL n.º 274/99, solução esta que é consonante com a protecção da dignidade pessoal e social do falecido e dos seus familiares, que o legislador deixou consignada no preâmbulo do diploma e perpassa, por exemplo, nos deveres de zelo na conservação e utilização a que alude o art. 7.º ou no respeito devido aos restos mortais fixado no art. 16.º, ambos do diploma em referência, tal como nos cuidados a observar na colheita, fixados no art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93. Em resumo, se a conexão não resultar por via exclusiva da letra da lei, verificar-se-á pela força do pensamento legislativo com que aquela tem de se harmonizar (cf. art. 9.º do C.Civ).

⁽¹⁰⁷⁹⁾ E tanto parece harmonizar-se com a amplitude dos significados de dissecação e as suas remissões para os de anatomia, anatomização, etc., cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Tomos II e VII. pp. 592 e 3038, respectivamente.

Posto isto, Creio estar em condições de responder que o cadáver merece *incolumidade* no decurso do prazo legal para o exercício do direito de oposição dos familiares ⁽¹⁰⁸⁰⁾, mais não seja por não fazer sentido facultar o exercício de um direito caso o mesmo seja simultaneamente esvaziado do seu sentido.

XX. § 5.º.2 As manifestações possíveis da vontade e as suas amplitudes: Doação? Oposição? Reclamação do corpo?

Referi já que o primeiro princípio relativo à utilização do corpo para as finalidades de estudo pedagógico e científico é o da necessidade da declaração expressa, feita em vida, nesse mesmo sentido (cf. o citado art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 274/99). Isto sem que o legislador tenha associado a essa manifestação da vontade qualquer requisito acerca da sua formalização. A confrontação com a «solução de oposição» prevista no art. 3.º, n.º 2, al. a), do DL n.º 274/99, poderá criar, mercê de uma leitura apressada, alguma estupefacção: pois se o silêncio implica a viabilidade da utilização do corpo, que sentido fará aquela primeira regra? A resposta é a seguinte: a manifestação da vontade feita naqueles termos retirará a possibilidade do exercício do direito de oposição conferido aos familiares descritos no art. 4.º, n.º 1, do diploma aqui em causa. Está aqui consignada uma manifestação ampliada dos *desejos previamente expressos* ⁽¹⁰⁸¹⁾ e atendíveis, fruto do respeito pela autonomia da vontade, reconhecido ao *leque* a extrair da tutela geral da personalidade. Quanto à «solução de oposição» (adaptada) que foi determinada, insisto em afastar deste texto, quer as aludidas discussões e críticas em torno da mesma (até da cons-

⁽¹⁰⁸⁰⁾ Admito, contudo, uma excepção: a de que coincida a extracção com a intervenção em que se verifica o decesso. Nada vejo que impeça a retenção, nestes casos, do material humano previamente extraído, respeitando-se o que em torno deste procedimento impõe o legislador.

⁽¹⁰⁸¹⁾ E digo ampliada, porquanto a CDHBio, em vigor na Ordem Jurídica portuguesa veio consignar no seu art. 9.º, exactamente sob a epígrafe «Desejos previamente expressos» que estes «... relativamente a uma intervenção médica, por um paciente que não esteja, no momento da intervenção em condições de exprimir a sua vontade, deverão ser tidos em consideração». Como ensina João LOUREIRO: «... seriam inconstitucionais as normas que atribuíssem à família um direito de oposição contra a vontade do falecido, bem como, de uma forma mais global, qualquer utilização de órgãos ou tecidos do cadáver contra a vontade expressa do *de cuius*», cf. *Transplantações: um olhar constitucional*, in *Transplantações...*, cit., p. 33.

titucionalidade de alguns preceitos), quer as críticas que merece, entre o mais, o próprio modelo destinado à inscrição no RENNDA⁽¹⁰⁸²⁾.

Devo em seguida esmiuçar até onde pode prosseguir a os requisitos e a eficácia da vontade da recusa pelos familiares⁽¹⁰⁸³⁾. A lei, na sua letra, parece simplificar a manifestação da vontade ao exercício, «por qualquer forma», da mera «reclamação da entrega do corpo» (cf. o art. 3.º, n.º 2, al. *b*), do DL n.º 274/99), o que trará plena eficácia quando realizado nas referenciadas 24 horas seguintes «ao conhecimento do óbito» (cf. o citado quanto ao art. 3.º e art. 4.º, n.º 2, *a contrario sensu*, sempre para o mesmo diploma). Contudo, retomando a leitura do preâmbulo, ressuscito algumas referências que não devo descurar para a interpretação no que concerne ao «pensamento legislativo»: desde logo, o fundamento sobre o quilate do bem jurídico que mereceu fosse dada primazia à «solução da oposição», i.e., o relevo disciplinar que a disponibilidade e o uso de cadáveres implicam na Anatomia quanto ao ensino e quanto à investigação em medicina; acresce uma superior sinalização que «em termos de solidariedade social, essa dádiva traduz»⁽¹⁰⁸⁴⁾; por fim, a essência justificativa da «faculdade de oposição» pelos familiares do *de cuius*, reside igualmente em uma protecção da «dignidade pessoal e social» dos próprios. Uma esfera de tutela das relações familiares, das suas memórias, dessa luz de esfera de privacidade onde os laços de afectividade são sublinhados e protegidos.

E é explícito o dever ser dado «conhecimento do óbito» aos familiares. Pois é também este o momento em que, enunciativamente, tem de ser comunicada a pretensão e a importância do gesto, esclarecendo-os sobre as im-

⁽¹⁰⁸²⁾ Remeto esses tópicos para o que escrevi em o *Consentimento...*, pp. 393 e ss.

⁽¹⁰⁸³⁾ Apenas estes me interessam analisar uma vez que o exercício da reclamação operada pelo testamentário, será efectuada «em cumprimento de disposição testamentária» (cf. art. 4.º, n.º 1, al. *a*), do DL n.º 274/99). Daqui retiro a expressa ou implícita projecção da vontade do falecido, proferida em vida e, ressalto a inferência do mecanismo formal aceite, como medida alternativa válida à «solução da oposição» também formalmente concretizada através do registo mediante modelo preenchido e outorgado no RENNDA.

⁽¹⁰⁸⁴⁾ Não será demais recordar que estes valores conduziram a AR a determinar ao Governo o dever de «promover uma campanha de informação sobre o significado, em termos de solidariedade social, política da saúde...» etc. «da colheita de órgãos e tecidos...», cf. art. 15.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93. Entendo como óbvio que o facto de o legislador se pronunciar no singular não exime o Governo de atender à necessidade de manter o regime de informação em termos actualizados e de o reiterar. E a censura que foi sendo apontada pela doutrina a esta omissão persiste e não pode deixar de exigir a sua recordação, até que *uma boa alma a atenda*.

plicações, tempo provável, preservação do corpo até onde seja possível, etc.. A partir daqui estão os familiares em condições para decidirem a eventual oposição, reclamando ou não o corpo. Pelo que antecede, a que agora acrescento o facto de tanto incumbir ao médico que verifica e certifica o óbito (cf. o art. 2.º do DL n.º 274/99), retiro ainda um *dever* prévio de, prevenindo, informar e esclarecer, desde logo, o próprio doente [ainda em vida] quanto ao destino possível do seu corpo após a morte (cf. o citado art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 274/99), se a tal não se opuser o privilégio informativo e terapêutico incluindo a importância dos indicados valores sociais de solidariedade e as vantagens que tanto implica para o ensino e investigação, quer, a final, da faculdade, prazo e consequências que a manifestação da sua vontade comporta⁽¹⁰⁸⁵⁾. Se, porventura, constar do processo clínico uma anuência do paciente, bem está de ver o que isso pode auxiliar no passo seguinte. Em verdade, sendo inequívoco que a oposição dos familiares pode ser feita por moto próprio (o testamentário deve respeito à vontade de que tenha notícia), menos certo não é que também podem ser *convencidos* a absterem-se de o fazer no decurso do tempo prazo de dispõem. E para que esta faculdade de reclamar seja ou não exercida devem estar esclarecidos do sentido e alcance da respectiva opção⁽¹⁰⁸⁶⁾. E para a decisão consequente não será indiferente apurar o que deixou registo o falecido. Esta tarefa parece ser da esfera da competência dos

⁽¹⁰⁸⁵⁾ Em boa verdade, perante a notícia de um óbito, fácil será de conjecturar a evidência de que os familiares podem possuir dúvidas, a este título notoriamente fundadas, sobre os procedimentos que devem adoptar em vista da respectiva actuação: como e quando podem realizar as cerimónias fúnebres? O que devem fazer para receberem o cadáver? Etc.. Ora, no que concerne às questões que se prendam com a existência e o conteúdo do direito a reclamar o corpo do falecido, prazo e as consequências do concreto procedimento, vejo muito claramente estarem preenchidos os pressupostos da *obrigação de informação* a que alude o art. 573.º do C.Civ.

⁽¹⁰⁸⁶⁾ A este propósito devo sublinhar uma questão que poderá não ser de somenos importância: refere o art. 4.º, n.º 1, do DL n.º 274/99, como já aludi, que a reclamação cabe *sucessivamente* ao testamentário, cônjuge, unido de facto, etc. até aos irmãos. Ora, segundo retiro desta formulação legal, dando embora primazia hierárquica a cada uma das *classes*, a verdade é que perante posições contraditórias assumidas entre os visados, poderá surgir a questão de atender ou não à disponibilidade manifestada, por ex.º, pelo cônjuge contra a oposição de um irmão do falecido. Perante a dúvida hermenêutica, quer seguindo a letra da lei, quer o seu espírito, restrinjo o resultado interpretativo e respondo que deve ser dada relevância à dignidade subjacente à manifestação da vontade de qualquer um dos visados. E encontro o conforto desta opinião no primado do ser humano, previsto na referida CDHBio, cf. art. 2.º: «Os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência». Para uma solução inversa impunha-se uma expressa referência normativa que o legislador não protegeu.

Médicos ⁽¹⁰⁸⁷⁾. Mas não são eles os únicos que estabelecem contacto com os familiares dos pacientes no decurso da relação com estes, pelo que o auxílio dos demais profissionais de saúde é bem-vindo. São os Médicos quem — de acordo com os critérios ditados pela OM para a definição do momento da morte ⁽¹⁰⁸⁸⁾ — a constata e proclamam. São estes quem verificam se ocorre alguma das circunstâncias que justifique a eventual autópsia e, naturalmente dão a *notícia*, viabilizando o seu conhecimento aos familiares. E fácil será encontrar no dever de respeito pela dignidade, entre o mais, um conjunto de deveres deontológicos, ditados, assegurados e tutelados pela Ordem dos Médicos nesse sentido ⁽¹⁰⁸⁹⁾. A LBS atribui à OM «a função de definição da deontologia médica ...» ⁽¹⁰⁹⁰⁾. Daqui que caberá à OM elaborar e divulgar e garantir os critérios para os médicos dando nota de eventuais desvios ⁽¹⁰⁹¹⁾. Mas devo

⁽¹⁰⁸⁷⁾ No que toca ao plano ético e deontológico não posso deixar de referenciar aqui a letra da lei (cf. art. 19.º do DL n.º 274/99): «Os planos de estudos dos cursos do ensino superior na área da saúde devem comportar acções de sensibilização visando o desenvolvimento do respeito pelo cadáver, bem como do significado, em termos de solidariedade, da dissecação de cadáveres ou de partes deles e da extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica». E em sentido análogo, o relatório de Rui Manuel LOPES NUNES sobre o programa, o conteúdo e os métodos do ensino teórico e prático da disciplina de bioética e deontologia profissional, in *Bioética e Deontologia Profissional*, Colectânea Bioética Hoje-IV, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 88, onde, sobre a questão da «utilização do cadáver humano em medicina» aponta: 1. que o cadáver não é nem objecto nem sujeito; 2. o seu valor subjectivo ou ontológico (o valor da pessoa impregna de valor o seu cadáver); (...) 4. Em sede de normas éticas, entre o mais: dação: polémica entre o consentimento expresso e o presumido; rigor quanto aos fins e o respeito (...).

⁽¹⁰⁸⁸⁾ Sobre o momento da morte cf. o Desp. MS n.º 14341/2013, in *DR.*, II série, n.º 215, de 06/11/2013, que actualiza «os critérios de verificação da morte para efeitos de doação, associando ao conjunto de critérios e regras semiológicas médico-legais para a verificação da morte cerebral, outros cientificamente irrefutáveis que permitam reger a colheita de órgãos em doentes em paragem cardiocirculatória irreversível.»

⁽¹⁰⁸⁹⁾ Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, compete à OM, depois da audição CNECV, definir, manter actualizados e divulgar, os critérios médicos, técnicos e científicos de verificação da morte, por seu turno, de acordo com o art. 5.º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, os documentos produzidos pela OM fixando os critérios para a verificação da morte ficam sujeitos à aprovação do membro do Governo responsável pela saúde. À data a matéria parece constar do Despacho MS n.º 14341/2013, de 09 de Novembro, in *DR.*, II, n.º 215, pp. 32 855 e s., que vem alargar para efeitos de transplantes viáveis de órgão o conceito de morte cerebral à da morte decorrente de paragem cardio-respiratória irreversível.

⁽¹⁰⁹⁰⁾ Cf. a Base XXXII, n.º 4, da Lei n.º 47/90, de 24 de Agosto.

⁽¹⁰⁹¹⁾ Consultando o EOM (DL n.º 282/77, de 5 de Julho), logo nas *finalidades essenciais* que são delineadas à Instituição se lê: cf. art. 6.º: al. c): «promover o desenvolvimento da cultura médica e concorrer para o estabelecimento e aperfeiçoamento constante do SNS, colaborando na política nacional de saúde em todos os aspectos, nomeadamente no ensino

ainda precisar que as entidades que estão autorizadas a realizar a dissecação e a extracção de matéria humana para os fins de ensino e de investigação devem respeitar e certificar-se da verificação dos requisitos que deixei consignados e da regularidade dos procedimentos prévios. Em primeiro lugar situa-se o preceituado no art. 2.º do DL n.º 274/99: a dissecação (emprego a expressão no explicado sentido amplo que inclui as extracções) só é lícita, entre o mais «mediante a autorização do responsável máximo» de cada um dos serviços previstos legalmente. Esta autorização deverá preencher os requisitos referidos na lei e, claro está, os factos que decorrem da «informação de saúde» situada na «informação médica», designadamente a que estará vertida no «processo clínico» (cf. art. 2.º e 5.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro), local onde desejavelmente constará «história clínica e familiar do defunto» (cf. o art. 2.º, *in fine*, da Lei n.º 12/2005), pelo que ali se podem e devem adicionar o registo das actuações descritas quanto ao desígnio aqui em causa. Tudo necessário para um rigoroso respeito pelos deveres que informam os «registos de informação» previstos nos arts. 8.º *ess.* do DL n.º 274/99. Em segundo lugar, o emaranhado de regras e *guidelines* a que estão sujeitos os profissionais de saúde conduzem a que recorde ser necessário não apenas a confirmação da inexistência de uma DAV de oposição do *de cuius*, através do RENNDA, mas, ainda e porque a lei não restringe a oposição dos familiares a formalismos, devem ser feitas diligências para o efeito. Melhor será escrever, contrariado, que este respeito deve ser escrupuloso, mais não seja porque a decisão de colocar o corpo do falecido ao dispor do ensino e da ciência poder no seu extremo, perante o mero desrespeito do prazo ou a ilegitimidade da reclamação, viabilizar que o cadáver permaneça até 15 dias indisponível para exéquias. De qualquer modo, do teor do art. 1.º do DL n.º 274/99 parece retirar-se a qualificação ilícita do que mostre em desconformidade com comporta-

médico e carreiras médicas»; al. d): «dar parecer sobre todos os assuntos relacionados com o ensino, com o exercício da medicina e com a organização dos serviços que se ocupem da saúde, sempre que se julgue conveniente fazê-lo, junto das entidades oficiais competentes ou quando por estas for consultada.»; al. e): «velar pelo exacto cumprimento da lei, do presente Estatuto e respectivos regulamentos, nomeadamente no que se refere ao título e à profissão de médico, promovendo procedimento judicial contra quem o use ou a exerça ilegalmente.» E adiante no art. 7.º se afirma que, para aquelas finalidades, deve a OM: a): «informar os médicos de tudo quanto diga respeito às necessidades e aos interesses das populações no campo da saúde»; b): «criar e dinamizar estruturas que velem pela ética, pela deontologia e pela qualificação profissional médicas». E quanto aos deveres dos médicos, veja-se o art. 13.º, als. a); b); f); eh).

mentos previstos legalmente. Esta ilicitude implicará responsabilidades: criminal (e para lá dos crimes previstos no art. 20.º do diploma, os tipos previstos no CP aplicáveis); civil e disciplinar, quer no âmbito dos serviços públicos envolvidos (cf. art. 2.º do diploma), quer a nível deontológico, face à OM.

Considerações finais

«O Homem não permanecerá sempre na terra. A busca da luz e do espaço fará com que venha a penetrar nos limites da atmosfera.»

Epitáfio de Konstatin Edouardoviçh TSIOKOLVSKY (17/09/1857-19/09/1935): *pioneiro precursor da astronáutica.*

Onde o interesse dos mercados se instale, diz-nos «a memória» que o caminho passa a ser de via única. Enquanto a mercancia não receber «domínio» será o liberalismo (em uma das suas múltiplas facetas) a ditar destinos. E muito provavelmente a resolvê-los. Entrementes, receio muito mais que um eugenismo positivo —no que de pior se congemma— se instale por mera cupidez do consumismo comunitarista. É neste campo, que não na esfera científica, que as cautelas se devem primeiro instalar ⁽¹⁰⁹²⁾. Para já, o universal moral de sustentação tem de funcionar em termos binários: o que está correcto e o que —independentemente de poder vir a estar de outra forma— está ainda incorrecto. Aqui, a ética e depois a ordem normativa, ditam excepções e apontam proibições sob o espectro da responsabilidade. Os *terrenos do meio* estão ainda por ser cartografados: falta encontrar o *ponto celeste* onde se mostre conveniente assestar o sextante.

Mas, se bem vejo, o «caminho» é conduzido segundo manifestações expressas e presumidas da vontade. Se assim é, e assim me parece ser percorrido, haverá que desviar as atenções da medicina sobre a mera verificação do consentimento para colocar antes *entulho* para construir um dique prévio e um outro ulterior nos processos de decisão e de actuação. São os diques que drenam os terrenos, libertando as terras —modelos defensivos dos riscos e eventos adversos—, e que retêm as águas necessárias para regar a cultura livre das decisões livres. Há que proteger o requisito da certificação do tendencial discernimento esclarecido sobre o que vai passar-se. É essa a vontade em que importa confiar; e é esta confiança que afasta a má vontade.

⁽¹⁰⁹²⁾ O meu receio não reside pois nas investigações que conduzem à fabricação da bomba atómica, mas na radicalização da sua utilização.

O grande problema é o tempo, o momento e a actualidade. O fascínio da sofisticação mecânica do relógio pode inibir a necessária cogitação na plenitude do movimento singular do ponteiro. Empecilhados sempre em preconceitos que se nos atravessam —essa inércia do raciocínio—, dificilmente ultrapassámos ainda os receios de que a vida terrena não tem de ser *um purgatório vale de lágrimas*; de que corporeidade não constitui as grilhetas do espírito; e de que o espírito individual não necessita forçosamente de se *encomendar* e rogar endereço e rumo a um transcendental *Menscheitgarden* (a um *jardim da Humanidade*). O problema do tempo resolve-se por si mesmo: é ter consciência de que se encontra junto a um verbo, em que o gerúndio é de tal sorte inultrapassável que apenas a última notícia de registo pode ser susceptível de ser tomada em conta. É esta última notícia que conta como actual.

O homem está decididamente vocacionado a identificar-se com o que demonstrou ser a sua característica mais sublime: a *proficiência*. Quer vencer o tempo para que está destinado no tempo que consiga conquistar e na melhor forma de o viver.

Para tanto, estou em crer que necessitará de criar redutos seguros. Tal como a dignidade individual o conduziu a proclamar e exercer a libertação do jugo dos outros homens; o jugo com que a *proficiência* tecnológica o pode ameaçar reside na proclamação da dignidade da recusa: uma onto axiologia activa.

O princípio sobre a fixação da antecipação das vontades (da vontade absolutamente antecipada) deverá continuar a ser a do bom senso de deixar o outro em paz, misturada eventualmente com a presunção excepcional de que se aceita evitar o que, em urgência, pode ser evitado. Mas esta presunção coexiste com a faculdade de ser afastada mediante declaração nesse sentido. Eis uma sentença só aparentemente drástica ou lúgubre. É consequência da liberdade, assumir uma responsabilidade. É o avanço civilizacional inequívoco que as *directivas antecipadas de vontade* ou *instruções prévias* viabilizam.

Será uma estrada com alfândega, com portagens. Pela construção de deveres que não dos direitos que se mostram com maior evidência. A via comunicativa impõe investigar e recolher informação por parte de quem aspira a receber as modificações sobre as condições físicas prévias, tal como quem pretende que outrem actue sobre a sua autonomia, sobre o seu corpo ou sobre a sua psique.

O ser humano, enquanto pessoa, possui uma projecção jurídica de humanidade e é esta (e não só a inversa: — inquirir qual a noção jurídica de pessoa, como muito argutamente esgrime Diogo Costa Gonçalves) que importa delimitar. Para tanto, é fulcral estabelecer os critérios de juridicidade da ontologia pessoal, e esta, convenho, situa-se algo radicalmente na *autopossessão*, ou seja, nas faculdades que decorrem da pertença do ser à pessoa, enquanto conjunto de poderes subjectivos inalienáveis, mesmo que de ordem puramente materiais. Para lá desta patente da ordem ontológica pode e deve, no que igualmente convenho, acrescentar os planos jurídicos abstractos da: *alteridade*, *da exterioridade* e do *conteúdo ético*. O que é meu face ao outro, no que lhe é —e me é igualmente— perceptível porque cognoscível, de acordo com os juízos de valoração específica que fundam aquelas acções ⁽¹⁰⁹³⁾. Neste sentido a ordem jurídica atribuirá relevância às projecções da personalidade na sua dupla componente, que incluirá, a montante, a aludida referência ontológica, de sorte a facultar o respeito pela respectiva *primazia* «...sobre qualquer construção técnico-formal ou recondução dogmática. É esta a *dimensão última* no processo da realização do Direito» ⁽¹⁰⁹⁴⁾. E a jusante? Pois a jusante situa-se o fenómeno dialéctico (*uma validade discursiva*), sem reduzir, mas focando especialmente o campo do uso da palavra enquanto mecanismo de excelência da expressividade. O que viabiliza na alteridade —no ou nos visados— uma compreensibilidade, mais não seja por lhe criar «uma imagem verbal conveniente», adequada, sem a qual de pouco importa enquanto fenómeno e menos enquanto processo ⁽¹⁰⁹⁵⁾. Importa então que o ac-

⁽¹⁰⁹³⁾ No que concerne à compreensibilidade, em estrita perceptibilidade, o denominador relacional permanecerá igualmente o que escorre de uma substantiva liberdade; isto também para os *fenomologistas*, como é o caso de Maurice MERLEAU-PONTY a que recorro neste excerto in *Phénoménologie de la perception*, Col. tel, Gallimard, 1945, *Troisième Partie: L'Être-pour-Soi et L'Être-au-Monde*, pp. 423 e ss., *maxime* Cap. III: *La Liberté*, pp. 496 e ss.; capítulo onde sublinho o seguinte parágrafo: «Le présent effectue la médiation du Pour Soi et du Pour Autrui, de l'individualité et de la généralité. La vraie réflexion me donne à moi-même non comme subjectivité oisive et inaccessible, mais comme identique à ma présence au monde et à autrui, telle que je la réalise maintenant: je suis tous que je vois, je suis un champ intersubjectif, non pas en dépit de mon corps et ma situation historique, mais au contraire en étant ce corps et cette situation et tout le reste à travers eux.», cf. p. 515.

⁽¹⁰⁹⁴⁾ Sigo nesta parte de perto, Diogo COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Ontologia: Uma Questão Prévia da Ordem Jurídica*, in AA.VV, *Estudos de Direito da Bioética*, Ed. Vol. II, Almedina, 2008, pp. 125-182, *maxime* 169 e ss., 176 e ss.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ Neste sentido cf. Maurice MERLEAU-PONTY a que recorro neste excerto in *Phénoménologie de la perception*, Col. tel, Gallimard, 1945, *Première Partie: Le Corps*, Cap. VI: *Le corps comme expression et la parole*, pp. 203-232.

to comunicacional —como facto de linguagem (¹⁰⁹⁶)—, seja ele qual for, seja perspectivado enquanto dever de uma intenção significativa e sempre dentro da sua compreensibilidade máxima possível dirigida ao interlocutor (¹⁰⁹⁷). Haverá que o cunhar na sua expressividade máxima portanto face a um estado de silêncio prévio —desconhecimento— que se destina e pretende preenchido. Depois? Bom! depois será um outro processo: o da certificação do que foi entendido. Todos estes movimentos se querem recíprocos, mútuos. Da mesma forma que carece de significado, tornando-se absurdo (não necessariamente, convenha-se, diria com ironia o Sr. Albert Camus ¹⁰⁹⁸), a existência

(¹⁰⁹⁶) Não forçosamente como palavra ou texto. Sobre a afasia pura, motriz ou intelectual concretamente em pacientes, permitindo *descodificações, traduções, interpretações, etc.*, por via intelectual, cf. ID., *ibid.*, pp. 227 e ss. Perante a afasia (ou aquém, nas dificuldades de expressão para discernimento) existirá uma linguagem como *corpo* e uma linguagem como *consciência*; a primeira, materializável pelo que do paciente se vê (corpo, análises, vontade antecipadamente escrita, memórias dos próximos); a segunda perceptível onde a primeira cessa indicia um mecanismo de circunscrição negativa onde o agente médico se projecta em interpretação mais afoita, e, em última instância, segundo o que decidiria para si próprio perante o pouco que saiba (idade, condições físicas, estado civil, profissão, etc.). Retomo MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie...*, cit., p. 231: «*Qu'il s'agisse du corp d'autrui ou de mon propre corp, je n'ai pas d'autre moyen de connaître le corp humain que de le vivre, c'est-à-dire de reprendre `mon compte le rame qui le traverse et de me confondre avec lui. Je suis donc mon corps, au moins dans toute la mesure où j'ai un acquis et réciproquement mon corps est comme un sujet naturel, comme une esquisse provisoire de mon être total.*».

(¹⁰⁹⁷) Tanto quanto compreendo da leitura sobre estudos científicos dedicados a estas matérias existe optimismo, ao menos desde meados da década de 80 do século passado, quanto a uma habilidade humana natural para a compreensão, assente no funcionamento vertical (representações e percepções) e horizontal (pensamento e atitude) dos vários mecanismos cerebrais «modulares» —algo similar a um processamento de informação por confrontação: analogia computacional. Mesmo restringindo à mera inteligibilidade, aqui em sentido holístico (independentemente de ser preponderantemente linguística, visual, fenomenológica, psicológica ou neurológica, etc.), detectam-se no cérebro humano (na sequência dos estudos de vg. Damásio ou dando nota da precedência das cogitações de Merleau-Ponty, logo nos anos 40 sempre do século passado) estágios variados e multirepresentações sobre as superações recíprocas que levam ao reconhecimento e processamento informativo variado, processadas pelas diversas fontes cognitivas, mesmo perante informações reduzidas como sirva de mero exemplo, a identificação verdadeira oriunda da percepção desfocada de imagens. Sobre este assunto, citando vasta doutrina para desenvolvimentos mais apurados, cf. Manuel Silvério MARQUES, *Modularity, Mind and Brain Theory — An essay on Fodor's theory of mind*, in AA.VV, *Controvérsias Científicas e Filosóficas* (org. Fernando GIL), Fragmentos Ed., 1990, pp. 159-187, max. 174 e 182 e s.

(¹⁰⁹⁸) «... Quando chegou a vez de Tomáz Perez, um bedel teve de o ajudar a ocupar o lugar das testemunhas. Perez disse que conhecera sobretudo a minha mãe e que a mim só me vira uma única vez, no dia do enterro. Perguntaram-lhe o que tinha eu feito nesse dia e ele respondeu: «Não sei se compreendem, mas eu estava com um grande desgosto. Por isso, não vi nada. O desgosto impedia-me de ver. Cheguei mesmo a desmaiar. Por isso, não pude ver este senhor.» O advogado de acusação perguntou-lhe se, ao menos, me vira chorar. Pe-

de uma composição musical sem sons (audíveis ou escritos) —o mesmo não direi das intermitências dos silêncios—, também o contexto da actuação médica deve —tem— de ser precedida de uma compreensibilidade; e esta exige actos comunicacionais. Mais não seja por evidências, pensando eu nos casos em que as emergências ou as incapacidades deixam o médico a interagir com o «fantasma» do paciente ⁽¹⁰⁹⁹⁾. Penso exactamente nestes casos de afasia, em que o médico se fixa no reduto factual do seu poder de —com abertura, mas nas margens das indefinições, o mesmo é dizer, onde apreende e comunica indirecta ou só longinquamente— ter de transcender-se face às novidades com que se confronta e se transubstancia na vontade alheia.

E decidir. O *poder* final deve ocorrer, esse, na actuação para que concorre a vontade tem de ocorrer, sob pena de a comunicação se transformar em uma mera quimera de boa intenção. Eis todo o *oxigénio* da confiança, em todas as gradações que esta mostra e oferece e tem de ser usada, ou reinventada sempre que necessário.

Mas, tenho de retroceder um pouco antes, por favor, à comunicação: aqui existe um transvase de uma inteligibilidade assente em dados de facto de

rez respondeu que não. O procurador disse por sua vez: «Os senhores jurados saberão formar a sua opinião». Mas nesta altura o meu advogado zangou-se. Perguntou ao velho Perez, num tom que se me afigurou exagerado, «se tinha visto que eu não estava a chorar». Perez disse: «Não». O público riu-se. E o meu advogado, arregaçando uma das mangas, disse num tom peremptório: «Eis aqui a imagem deste processo: tudo é verdade e nada é verdade». Albert CAMUS, *O Estrangeiro*, (trad. António Quadros), prefácio de Jean-Paul Sartre, Editores unidos — Livros do Brasil, Lisboa, s.d., p. 121. Trecho pelo qual busco, a um tempo, ilustrar —mas explicar— o paradoxo iconográfico usado no texto e desmentir a precipitação de Jean-Paul SARTRE sobre uma putativa —excessiva— eloquência de A. Camus, em contraponto ao certo elogio daquele a HEIDEGGER quando lhe sublinha o *aforismo* de que: *o silêncio é o modo autêntico da palavra. Só se cala aquele que pode falar*, In ID, *ibid.*, pp. 24 e s. (em rigor, o sentido seria melhor o de: L. WITTGENSTEIN: *Tratado.. cit.*, p. 27: «... o que é exprimível, é exprimível claramente; e aquilo de que não se pode falar, guarda-se em silêncio»). Quer a primeira apreciação, quer a segunda, de J.P. Sartre, se afiguram a despropósito ao que o *absurdo* justifica, por aqui, em o *Estrangeiro*, de A. Camus. A questão é que, nos momentos de crise —no hospital, como no tribunal, como no sofrimento da desafeição—, *Todos assumem o ar de tratar o caso à margem da pessoa. Tudo se passa sem intervenção. Joga-se a nossa sorte sem pedido de opinião... daqui a vontade de interromper e perguntar: «Mas quem é afinal o acusado [o culpado]? Mas, pensando bem, nada tinha a dizer. Devo reconhecer, aliás, que o interesse que se tem em ouvir as pessoas não dura muito tempo»* (paráfrase pessoal de p. 129.).

⁽¹⁰⁹⁹⁾ Refiro-me aos casos em que se verificam os requisitos do privilégio (decisão segundo os melhores interesses ou a decisão substituída: incluindo o consentimento presumido segundo a reconfiguração do perfil do paciente) ou decisões dos representantes legais ou as do Tribunal.

compreensão directa para dados menos (ou nada) palpáveis de compreensão reflexa. Ali estamos perante uma percepção tendencialmente directa, resultante de introspecção ou indagação; aqui a compreensão —senão a decisão— é decorrente de reflexão com densidades variáveis, sobre questões abstractas em que o diálogo é interior e determina a construção de juízos, em regra juízos prospectivos. O problema é que a *ponte a percorrer* está imersa em névoa, que se adensa à medida que se abandonam os factos materializados e os materializáveis. Se a ponte for mal percorrida então a compreensão reflexa falha e a actuação pode transformar-se no resultado da mera adivinhação. Pior será, contudo, decidir em termos puros, ou seja, por mera identificação egoística do decisor, ainda que de acordo com protocolos técnico-objectivos que se amortalem nos *melhores interesses análogos ao do decisor*. Aquilatar mal é compreensível pois maus são os indícios técnico-subjectivos, mas estes também integram em minha opinião as *leges artis (ad hoc)*. Não são desprezíveis perante argumentos: é o que faria um médico perante um paciente, sem questionar no mínimo: —aquele paciente concreto tem a sua história de vida apurável?».

É ainda desprezar a liberdade e a dignidade humana despachar uma decisão para um jovem pensando como pensa um geronte ou vice-versa. É necessário percorrer os indícios das condições perceptíveis e as suas correlações para ponderar quais as que se tomam como susceptíveis de ocorrer. É matéria virtual, mas permite afastar alguma neblina por via de um raciocínio que, negativamente, afaste argumentos inaceitáveis, i.e., os que inquinariam irremediavelmente as premissas que são concebíveis da premissa maior ⁽¹⁰⁰⁾. A premissa presuntiva é a sequela da natalidade, que inaugura os tempos da indisponibilidade: o arco inevitável da incompletude em que a liberdade —enquanto onto axiologia— já existe mas sofre restrições porque não possui domínio na acção. Está bem de ver quão delicada é esta responsabilidade de deixar correr por si, o que aconteceu de novo até que se oiça.

A vontade reside —independentemente da idade— ou no juízo do próprio —com actualidade ou prospectiva— ou no juízo do médico segundo uma de duas hipóteses: o juízo substituído sobre o perfil e o carácter apurado ou se-

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre compreensão reflexa e juízos de probabilidade, para outros desenvolvimentos, cf. Bernard LONERGAN, *Insight: Estudio sobre la comprensión humana*, Col. Hermeneia n.º 37, Ed. Sigueme, 2.ª ed. 2004, pp. 343 e ss.; 365 e ss..

gundo o juízo dos *melhores interesses* da alteridade pura e simples. Sem obstinação.

Mas verdade seja dita: por aqui é absolutamente necessário alterar o ordenamento jurídico vigente. O estado tecnológico a que a humanidade chegou e o que se avizinha impõe deixar de brincar com ficções etárias e endossos de atitudes intoleráveis. O estado actual do instituto da capacidade de exercício e o mecanismo de representação colocam o legislador sob o foco de um pacto com a *banalidade do mal*. Repito-me: decidir com autodeterminação não significa decidir sozinho; significa apenas acatar a ilimitada diversidade das considerações dos demais que foram *consideradas* pelo decisor.

Sobre a doença ⁽¹¹⁰¹⁾ e sobre a verdade;

Parecem existir pontos de mensurabilidade nos desvios das condições físico-psíquicas, a ponto de serem previsíveis sintomas que são constatáveis e susceptíveis de serem classificados. E quer sejam maleitas totalmente imprevisíveis quer sejam determinadas reacções decorrentes de más decisões humanas (ambiente, álcool, alimentação, etc.) ou decorrentes da liberdade (as intervenções de vaidade ou cosméticas), as reacções a determinadas intervenções médico-medicamentosas produzem reacções que são elas próprias esperadas.

Mas existem terrenos de álea. Existem efeitos adversos mais ou menos previsíveis (os riscos). Como indiciam as leituras de Jaspers: os problemas em torno desta matéria, de forma mais aguda no campo da psiquiatria e psicologia, redundam em parte significativa no que se retira do seguinte: do ponto de vista médico, «A doença reside não na sua compreensibilidade, mas no incompreensível, sobretudo nas transposições da compreensibilidade de sentido para distúrbios corporais ou psíquicos. Porque é que a compreensibilidade actua em processos corporais ou em estados anímicos anormais e outros não?». ⁽¹¹⁰²⁾

Eis uma perplexidade que radica na variabilidade que factores exógenos e endógenos análogos produzem na singularidade humana com ou motivo ou «provocação» exógena (ambiente, etc.), ou desequilíbrio interno (um súbito

⁽¹¹⁰¹⁾ Cf. K. JASPERS, *O Médico na era da técnica...*, cit., p. 48.

⁽¹¹⁰²⁾ Cf. ID, *ibid.*

desarranjo emocional até normal —efeito da exaustão— provoca um súbito desvio).

Por seu turno, é consabido que alguns problemas de natureza fisiológica reagem favoravelmente às intervenções de psicoterapia e resultados psicossomáticos. Torna-se assim perfeitamente compreensível as reticências com que os agentes, cuidadosa e prudentemente, desvelam a verdade, ou melhor, as verdades.

Não é despiciendo manter presente que o exercício da medicina parece tornar-se mais, e mais, paradoxal porquanto busca uma relação comunicativa com um paciente para lhe seleccionar uma intenção interventiva de carácter geral e abstracto, para, no fim, aquilatar as reacções individuais que essa intervenção impessoal (mais ou menos adaptada, claro está) lhe determinou em termos físico-psíquicos.

Neste processo, restaurar as transcendentalidades que acompanharam a evolução das interrogações humanas no respectivo processo de desenvolvimento, é uma tentação. O agente médico da actual era do medicamento e da intervenção tecnológica sofisticada tende a encontrar na «alma» do paciente uma vontade de satisfação pela ilusão. Daqui a tentação de afirmar ao paciente que tudo vai bem... Com efeito, a «piedade» pode ajudar o paciente de quem se sabe que tudo vai, ou parece ir, em sentido contrário. No fundo, estamos face à convicção de que onde falha a ciência deverá ser preservada uma filantrópica actuação médica que pode ser ilustrada «nos diálogos sobre o engano» ⁽¹¹⁰³⁾, quando Sócrates conclui que ele próprio não se deixa convencer perante os argumentos que expendeu, tal como com aqueles contra quem os esgrimiou; sabe apenas que tanto justifica apenas a sua ignorância e a necessidade da gnosiologia combater este «estado de coisas».

Tenho então ainda de delimitar o que antecede e separar das três matrizes (sem esgotar) que em regra servem a actuação do agente médico, a saber:

— por via endógena de um meio técnico (actuação material em vista de um resultado: cirurgia, medicação, etc.);

— por intervenção exógena ambiental (actuação exterior para auxílio fisiológico: dieta, termas, exercícios, etc.);

⁽¹¹⁰³⁾ Cf. PLATÃO, *Hípias (Menor)*... cit.

— por via de ministração de informação terapêutica para auto-ajuda (em caso de dificuldades do paciente, a psicoterapia: actuação dirigida à racionalidade para aliança terapêutica e ou à autoterapia tutelada) ⁽¹¹⁰⁴⁾.

Na «via do meio», por entre a lisonja e a mentira piedosa, como ensina Manuel Silvério Marques, benefício-me já da respectiva acribia com que explica a medicina «paliativa» como sendo aquela que «...consegue tornar habitáveis os momentos expressivos e asfixiantes do passamento —fenómeno saturado extremo— e consegue conferir dignidade ao morrer: tenta não expropriar o doente do seu próprio fim de vida.» ⁽¹¹⁰⁵⁾. Esta é —seguindo ainda o mesmo A.— uma atitude que combina bem com os agentes médicos no encontro responsável mas livre das mobilizações recíprocas de quem se procura, bem no fundo das actividades médicas e antes da ética, da técnica, do cuidado ou das necessidades consequentes ⁽¹¹⁰⁶⁾. E ao dar a solução possível à dor está o agente médico a viabilizar melhor as decisões do paciente pois afasta, atenua-lhe ao menos, a repulsa fisiológica pelo que de mal lhe está acontecendo com o corpo e com o espírito.

Qualquer uma das antecedentes se situa fora do plano da falsidade ou das conjecturas pouco plausíveis. Mas existe quem encontre a sua prosperidade exactamente nos terrenos da fantasia com que se vê e quer ser visto e tido como pessoa. A este «perfil de personagem» forçoso será ponderar o uso de um privilégio por banda de quem tem o dever de facultar o seu «conjunto de saberes», i.e., o agente médico. Não sendo a mentira a causa de doenças, mas

⁽¹¹⁰⁴⁾ Existem vetustos e notórios «exercícios» de verdadeira submersão introspectiva em práticas como o ioga, outras variações de meditação transcendental, os votos de silêncio nas práticas religiosas, em retiros de duração e destinos variados. Cf. Por exemplo, Inácio de LOYOLA, *Os Exercícios Espirituais*, (...). Do ponto de vista médico, estas práticas *alternativas* oferecem vantagens e desvantagens como, para este último infortúnio, concorrem a generalidade dos fundamentalismos. E será de notar que todas as actividades se submetem a um óbvio actualismo e que este tema se prenderá mais de perto com as apelidadas «doenças do foro nervoso» ou neuroses tema e objecto da Psicanálise, onde conviveram estes movimentos apelidados *logóicos*, com os movimentos expressivos propostos por ex.º Sigmund FREUD, e denominados *egóico*, ou expressivo, como ensina José Gabriel PEREIRA BASTOS, (cf. pp. 16 e ss.) no prefácio dos: *Textos Essenciais sobre Literatura, Arte e Psicanálise*, de onde destaco com interesse sobre o assunto, do A.: *Alguns Tipos de Carácter Obtidos a Partir do Trabalho Psicanalítico*, in *Textos...*, Publicações Universitárias, Ed. Europa América, 1992, pp. 172 a 193.

⁽¹¹⁰⁵⁾ Cf. Manuel Silvério MARQUES, *A Pequena Pedra, a Vontade da Pessoa ou o Peso da Realidade*, in AA.VV., *A Condição Humana: Ética, Saúde e Interesse Público*, Dom Quixote, FLAPD, 2009, p. 621.

⁽¹¹⁰⁶⁾ Cf. ID, *ibid*, p. 622.

eventual veículo do bem-estar, penetro no que os juristas designam aos médicos a faculdade, quando não o dever, de utilizar os seus «privilégios».

Em rigor, pode-se trazer para aqui uma imagem feliz de um médico ideal segundo Nietzsche (¹¹⁰⁷):

«Não há hoje nenhuma profissão que permita um tão elevado aumento como a de médico; sobretudo depois de ‘os médicos do espírito’, os chamados directores espirituais, já não podem exercer a sua arte de exorcismo sob pública aprovação sem lhes sair ao caminho o erudito. A mais alta educação espiritual de um médico não se alcança agora, quando ele conhece os melhores e mais recentes métodos e neles se treina, quando entende reconduzir a causas as fugidias conclusões dos efeitos, é por isto que são conhecidos os diagnosticadores: além da posse da eloquência, tem de se adaptar a todo o indivíduo e lhe extrair o coração do corpo, há-de ter um hombridade cuja vista afugente a pusilanimidade (o carcoma de todos os doentes), uma ductilidade de diplomata que medeia entre os que consideram necessária, para a sua convalescência a alegria, e os que devem (e podem) dar-lhe essa alegria em vista da convalescência, a firmeza de um agente da polícia e dos advogados para compreenderem os segredos de uma alma, sem a denunciarem - em suma, um bom médico necessita agora dos artificios e das prerrogativas de todas as outras profissões. Só assim equipado estará então em condições de se tornar um benfeitor de toda a sociedade.».

A tangibilidade da recusa

O limite relevante da recusa reside exclusivamente nas opções legislativas das protecções sociais. A característica profundamente original da relação jurídica que se estabelece entre o paciente/utente e os prestadores dos cuidados de saúde reside exactamente em uma prévia sedução pelo consentimento beneficente (e não maleficente) com a coexistente permanência de uma possibilidade de revogabilidade.

A recusa, tal como a revogabilidade, oriunda de uma pessoa capaz é irracional e não possui sequelas ao nível das prestações dos cuidados de saúde propriamente ditos; não possui responsabilidades. Constitui por isso o melhor teste de bom senso que é possível realizar para a consecução da actuação médico medicamentosa que se justifica segundo os padrões da solidariedade.

A tónica e os tópicos:

(¹¹⁰⁷) Cf. *apud* K. JASPERS, *O Médico na era da técnica...*, *cit.*, pp. 105 e s.

1| A medicina —com a sua evolução tecnológica— atingiu um patamar de total dispersão e com uma abrangência —eficácia— desigual em termos universais. Pelo que está sob suspeição de tombar em caos.

2| O ser humano beneficia-se dos expoentes tecnológicos da medicina a um ponto em que as fronteiras do que é terapêutico se diluem no que pode ser terapêutico. Também por aqui existe uma suspeição de caos;

3| O Direito visa regular o caos. As soluções clássicas do Direito para solucionar os problemas caóticos são: o consenso e a força.

4| Em termos individuais, o paciente carece do reconhecimento da capacidade para poder solucionar consensualmente um problema que se lhe oferece caótico.

5| Os ordenamentos jurídicos, como o português, fazem depender esta capacidade de uma ficção etária, mediante a qual superam em termos gerais e abstractos a aferição do discernimento, momento a partir do qual aceitam —por força do reduto radical da dignidade— a decisão racional ou irracional da recusa; ou recorrem pontualmente a uma indicação *partilhada* com o menor e os seus representantes que visa o consenso.

6| Inexistindo consenso —ou quando este repugne, vg. recusa de transfusão sanguínea em menor—, o agente médico ou decide sozinho (excepção urgente) ou remete a solução para o Tribunal, e nestes, por regra, se ouvem os profissionais de saúde i.e., a solução é devolvida a estes, que decidem segundo parâmetros de razoabilidade beneficente, segundo os *melhores interesses do paciente*. E bem.

7| Por seu turno, a explosão da medicina implicou uma proliferação legislativa fraccionada com soluções e conceitos dispersos, dotados da enorme mobilidade que o constante avanço tecnológico motiva. Estes, a um tempo, fornecem respostas desiguais para questões como os vários mecanismos das responsabilidades (criminal, civil, contratual e extracontratual, pelo risco, em foro civil e administrativo; a par das responsabilidades disciplinares e as deontológicas); e regimes diversos quanto às capacidades excepcionais em matérias múltiplas da normação da medicina. Com exemplos como os que avancei em relação às menoridades excepcionais: nas DAV ou na IVG|CVG (que não só) a emancipação; na LIC (para o consentimento e para a recusa); ou para os detidos em estado terminal (caso da greve da fome); ou para os testes compulsivos para detecção de álcool ou estupefacientes.

8| A relação jurídica entre um paciente/utente e os prestadores de cuidado de saúde é uma relação *sui generis*, com carácter concreto. Sempre que o paciente seja capaz, o «teste da recusa» implicará uma densidade dos deveres de informação e uma certificação desta decisão. Por seu turno a revogação do consentimento, neste sentido, não faz cessar a relação persistindo o dever de assistência médica, designadamente informacional.

9| Para as incapacidades (de facto, legais), faculta a lei —cf. art. 156.º, n.º 2 do CP— um mecanismo de «teste de recusa», segundo o qual o prestador dos cuidados de saúde possui o privilégio de actuar, assim considere entre os requisitos de facto que consiga apurar a convicção de uma certeza de que o paciente não recusaria a intervenção, certificando no caso concreto e fundamentadamente a decisão.

10| Para a vontade prospectiva existe já um avanço jurídico civilizacional de enorme importância: as DAV.

11| Agora importa rogar ao legislador que satisfaça o seu múnus de solucionar o caos, prosseguindo sem demora o processo legislativo uniformizador e regulador dos aspectos fundamentais que são comuns a todas as matérias da medicina e que integram a disciplina do Direito da Medicina.

Bibliografia

AA. VV.: *Essential Cases on Damage*, pp. 947-949; in Vol. 2 of the *Digest of European Tort Law*, B. Winiger, H. Koziol, B. A. Koch, R. Zimmermann Ed., De Gruyter, Germany, 2011 (e-ISBN 978-3-11-024848-4);

AA.VV (Dir. Brigitte FEUILLET-LIGER), *Procréation médicalement assistée et anonymat: Panorama international*, Emile Bruylant Ed., 2009 (ISBN 978-280-27-2689-0);

AA.VV *Progetto di Riforma in Materia di Responsabilità Penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico* (Coord. Gen. GABRIO FORTI), Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell'Università Cattolica del S.C. di Milano (CSGP), 2010, acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.collegiochirurgi.it%2Fpublic%2Flegislazioni%2FProgetto_Riforma_Responsabilita_Penale_Prof_Forti.pdf&ei=iSTqU4zlFoyAPZfMgcAB&usg=AFQjCNH8dD2EjABZ9dijbo7HaOz8Nkghw&sig2=BL6lrrFE-AhEgwcncq-XcwQ&bvm=bv.72676100.d.ZWU; mais desenvolvimentos em AA.VV: FORTI, Gabrio; CATINO, Maurizio; D'ALESSANDRO, Francesco; MAZZUCATO, Claudia; VARRASO, Gianluca *Il problema della medicina defensiva. Una proposta di riforma in matéria di respnsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitária e gestione del contanzioso legato al rischio clinico*, ETS Ed., 2010, Pisa, (ISBN 978-884-467-2597-3);

AA.VV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1501-4);

AA.VV, *Derecho Constitucional Comparado Y Derecho Político Iberoamericano*, (coord. Cayetano NÚÑEZ RIVERO: Juan Manuel GOIG MARTINEZ e Maria NÚÑEZ MARTINEZ), Universitas Ed., 2002 (ISBN 84-7991-145-X)

AA.VV, *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho* (coord. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti), Ed. Dialética, São Paulo, 1999;

AA.VV, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina Ed., Lisboa, 2008, DepL 26279707;

AA.VV, *Justiça XXI: Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária* (Coord. Rui do CARMO), Coimbra Ed., 2012 (ISBN 978-972-32-2123-7)

AA.VV, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais (Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier)*, Vol. III, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1545-8)

AA.VV, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana* (coord. José de Faria Costa e Urs Kindhäuser), Coimbra Ed., 2013 (ISBN 98-972-32-2028-5);

AA.VV, *Pessoas Transparentes: Questões Actuais de Bioética* (org. Manuel CURADO e Nuno OLIVEIRA), Almedina Ed., 2010 (978-972-40-4099-8);

AA.VV, *Política, Cidadania & Cultura numa Era Global*, Ed. Silvério da Rocha e Cunha, Instituto Superior Económico e Social de Évora (ISESE), Évora, 2005;

AA.VV. (Carlos LASARTE ÁLVAREZ: Director), *La Protección de las Personas Mayores*, Tecnos Ed., 2007 (ISBN 978-84-309-4579-5):

- AA.VV. (coord. Carlos Maria Romeo Casabona): *Derecho biomédico y bioético*, Granada, 1998 (ISBN 84-8151-668-6);
- AA.VV. (org. Jorge FIGUEIREDO DIAS), *Internacionalização do Direito no Novo Século*, BFD|UC Studia Iuridica, 94, Coimbra ed., 2009 (ISBN 978-972-32-1687-5);
- AA.VV. (org. Walter OSSWALD: Instituto de Bioética, da Universidade Católica do Porto), *Direitos do Homem e Biomedicina: Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*, UC Ed., 2003;
- AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1);
- AA.VV. *História da População Portuguesa*, (Coord. Teresa FERREIRA RODRIGUES), Col. Economia e Sociedade 3, CEPESE, Afrontamento Ed., 2009 (ISBN 978-972-36-1005-5);
- AA.VV., *Bioindustry Ethics* (org. David. L. FINEGOLD e Cécile M. BENSIMON) Elsevier, 2005, ISBN e 0-1263-9370-5;
- AA.VV., *Clonagem Humana* (trad. Sandro Nóbrega), Quarteto Ed., 2001 (ISBN 972-8535-28-7);
- AA.VV., *Consentimento Informado*, in *Julgar*, Coimbra ed., 2014 (ISSN 1646-6853).
- AA.VV., *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Stvdia Iuridica, BFDUC, Coimbra Ed., 2009 (ISBN 978-972-32-1777-3); Vol. I, 2009, (ISBN I 978.972-32-1776-6); Vol. III, 2010, (ISBN I 978.972-32-1793-3);
- AA.VV.: (APPELBAUM, Paul S., LIDZ, C., MEISEL, A) *Informed Consent — Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford, 1987 (ISBN 0-19-503841-X).
- AA.VV.: (dir. CARLOS A. GHERSI): *Problemática Moderna—Relacion medico-paciente*, Ed. Cuyo, Mendoza, 1997.
- AA.VV.: (dir.: MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES): *Comissões de Ética: das bases teóricas à vida quotidiana*, Centro de Estudos de Bioética/ Pólo Açores, 1996.
- AA.VV.: (LA CRUZ BERDEJO, Jose Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, LUNA SERRANO, Agustin, DELGADO ECHEVARRIA, Jesus, RIVERO HERNANDEZ, Francisco) *Elementos de Derecho Civil. Vol. I, Parte General del Derecho Civil*, 1994, ISBN 84-7698-302-6; — Vol. II, *Personas*, Bosch, Barcelona, 1990, Reimp. act.. ISBN 1992 84-7698-108-2
- AA.VV.: *A History and Theory of Informed Consent*, (dir. BEAUCHAMP, Tom L., KING, Nancy M.P.), Oxford University Press, New York / Oxford, 1986;
- AA.VV.: *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Centro de Direito Biomédico da FDUC e Instituto de Medicina Legal de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- AA.VV.: *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Centro de Direito Biomédico da FDUC e Instituto de Medicina Legal de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2000;
- AA.VV.: Actas do 20.º Colóquio de Direito Europeu, Glasgow, 10-12 Setembro de 1990: *Le Droit face aux Dilemmes Moraux Concernant la Vie et la Mort*, Conselho da Europa, Strasbourg, 1992, p. 25 e s.;
- AA.VV.: *Bioética* (coord. LUÍS ARCHER, JORGE BISCAIA, WALTER OSSWALD), Verbo, 1996.
- AA.VV.: *Bioética e Vulnerabilidade* (coord. Ana Sofia Carvalho), Almedina Ed., 2008 (Dep Leg 272361/08);

- AA.VV.: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo I, (Dir. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra Ed., 1999.
- AA.VV.: *Derecho Médico* (dir.: LUIS MARTINEZ CALCERRADA): — Vol I—*Derecho Medico General y especial*; —Vol. II— *Legislacion Medica*; — Vol. III—*Jurisprudencia Medica*, Tecnos, Madrid, 1986 (ISBN 84-309-1294-0 — obra completa).
- AA.VV.: *Direito da Medicina: Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco*, Ed. Universidade Lusíada, Lisboa, 2013, ISBN 978-989-640-147-4;
- AA.VV.: *Direito da Saúde e Bioética* (I Curso de Direito da Saúde e Bioética—Lisboa, 1990), A.A.F.D.L., Lisboa, 1991.
- AA.VV.: *Direito da Saúde e Bioética* (II Curso de Direito da Saúde e Bioética—Lisboa, 1993), A.A.F.D.L., Lisboa, 1996.
- AA.VV.: *Estudos de Direito da Bioética* (coord. José de OLIVEIRA ASCENSÃO), Almedina Ed., Coimbra, 2005;
- AA.VV.: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, (coord. António MENEZES CORDEIRO; Pedro PAIS DE VASCONCELOS; Paula COSTA E SILVA), Vol. I, Almedina Ed., Coimbra, 2008 (ISBN 978-972-24003-568-3);
- AA.VV.: M. ABERCOMBIE, C. J. HICKMAN, M. L. JOHNSON, *Diccionario de Biologia*, Ed. Labor. Barcelona, 1970;
- AA.VV.: *Manual de Bioética General*, dir. ed. AQUILINO POLAINO-LORENTE, Rialp, Madrid, 1994.
- AA.VV.: *Procriação Assistida — Colóquio Interdisciplinar (11-12 de Dezembro de 1991)*, Publicações CDM|FDUC, n.º 2, Coimbra, 1993;
- AA.VV.: *As Doenças têm História* (org. Jacques LE GOFF), Terramar, Lisboa, 1985;
- AA.VV.: (David P. FORSYTHE and Barbara Ann J. RIEFFER-FLANAGAN): *The International Committee of the Red Cross*, Routledge, ed. Taylor & Francis e-Library, London & NY, 2007;
- AA.VV.: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009 (ISBN 978-972-20-3200-1);
- AA.VV.: *Against Equality, Readings on Economic and Social Policy*, London, Macmillan, 1983;
- AA.VV.: *Bases de Dados Genético Forenses* (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8
- AA.VV.: *Bioéthique: Les Enjeux du Progrès Scientifique – France, Allemagne* (coord. Françoise FURKEL; François JACQUOT e Heike JUNG), Bruylant, Bruxelles, 2000 (ISBN 2-8027-1314-0);
- AA.VV.: *Contributos para a Bioética em Portugal* (coord. João Ribeiro da Silva; António Barbosa; e Fernando Martins Vale, CBioFMUL, Cosmos, Lisboa, 2002 (ISBN 078-972-76-2238-2);
- AA.VV.: *Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal*, (Coord. António José AVELÂS NUNES e Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2004 (ISBN 857-147-454-0);
- AA.VV.: *Direito Penal— Parte Especial: Lições, Estudos e Casos* /Teresa QUINTELA DE BRITO e Paulo SARAGOÇA DA MATA e João CURADO NEVES e Helena MORÃO, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1476-5);

- AA.VV: *Enciclopédia da Morte e da Arte de Morrer* (coord. Glennys HOWARTH e Oliver LEAMAN), Quimera Ed. para Círculo de Leitores, 2004;
- AA.VV: *Enciclopédia Médica*, Merck, Sahrp & Dohme, Vol. II (infecções) —Ed. orig.: *Merck Manual — Home Edition—* QuidNovi, 1995;
- AA.VV: *Estudos de Direito da Bioética*, II Vol., Almedina, 2008;
- AA.VV: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Ed., 1003 (ISBN 978-972-232- 1190-0);
- AA.VV: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (Org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa Silva), I Vol., Almedina Ed., 2008 (ISBN 978-972-40-3568-0);
- AA.VV: *Grande História Universal*, vol. II, *O Neolítico; A Era dos Metais*, Mercedes Cano HERRERA; Teresa Chapa BRUNET; Germán DELIBES DE CASTRO; J. A. Moure ROBANILLO; M.^a Angeles QUEROL; Manuel Santonja GÓMEZ; Coord. relativa à edição portuguesa: Maria Helena TRINDADE LOPES, Ediclube, 2006;
- AA.VV: *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa COUTO SOARES), Ed. Colibri, Col. Forum de Idéias, 1999;
- AA.VV: *História da Universidade em Portugal*, (I. Vol. T. I, Cap. VII), Universidade de Coimbra e FCG, Gráfica de Coimbra, 1997;
- AA.VV: *La Sociedad de la Ignorancia y otros ensayos*, ed. Libros Infonomia, cf. <http://www.google.pt/url> (Reconocimiento-No comercial 3.0 No adaptada de Creative Commons: más información a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/deed.es>);
- AA.VV: *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*, Coimbra Ed., 2012;
- AA.VV: *OMS Research for Universal Health Coverage*: Lead authors: DYE, Chistopher; BORERMA, Ties; EVANS, David; HARRIES, Anthony; LIENHARDT, Christian; MCMANUS, Joanne; PANG, Tikki; TERRY, Robert; ZACHARIAH, Rony., Agosto de 2013, WHO Library Cataloguing-in-Publication Data (ISBN 978 92 4 069083 7:PDF), in <http://www.who.int>;
- AA.VV: R. RIEGER, A. MICHAELIS, M. M. GREEN, *Glossary of Genetics and Cytogenetics*, Ed. Springer-Verlag, Berlim, 1976;
- AA.VV: *Right to Health, and Right to Social Security*, University of Essex, Colchester, 27-28 April 2004: The fifth Expert Network Seminar of the EU-China Human Rights Network was held on 27-28 April 2004 at the Human Rights Centre at Essex University in Colchester, United Kingdom. This seminar addressed the topic of Right to Health and the Right to Social Security, acessível in <http://www.nuigalway.ie/sites/eu-china-humanrights/seminars/nso404.php>;
- ALBUQUERQUE, Ruy e ALBUQUERQUE, Martim: *História do Direito Português – I Volume (1140-1415)*, 1.^a Parte, 10.^a ed., Pedro Ferreira, Lisboa, 1999 (ISBN 978-013-016-6398-1);
- ALEXY Robert: *Teoria del discurso y derechos humanos* (trad. Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia (1995), ISBN e Pub 978-958-772-014-3;
- ALEXY Robert: *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros Ed., S. Paulo 2008.;
- ALEXY Robert: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teorías de los principios* (trad. Carlos Bernal Pulido), ISBN ePub 978-958-772-019-8, Universidad Externado de Colombia (2003)

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de: *História do Direito Português*, 3.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1996 (ISBN 978-972-2404-665-5);

[ALMEIDA E COSTA, Mário Júlio de: *Direito das Obrigações*, Almedina Ed., 12.^a ed., 2013 \(ISBN 978-972-40-4032-2\);](#)

ALMEIDA GODINHO, Luís de: *Relator do Ac. TRC. N.º 13/09/2006*, in <http://www.dgsi.pt>

ALMEIDA RAMIÃO, Tomé d': *Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada: Jurisprudência e Legislação Conexa*, Quid Juris Ed., 10.^a Ed., 2012 (ISBN 978-972-724-602-1):

ALMEIDA RIBEIRO, Manuel de (colaboração de Mónica Ferro): *A Organização das Nações Unidas*, Almedina, 2.^a ed., 2004;

ALVES DE SÁ, Eduardo: *Código das Leis (Direito Privado) de Hammurabi: Rei da Babilónia*, Lisboa, 1903;

AMADO GOMES, Carla: *(Ir)responsabilidade do Estado por transfusão de sangue com HIV: a tradição ainda é o que era (?)* — Ac. STA de 14/12/2005, proc. n.º 351/05 anotado, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 57-74, CEJUR, Maio | Junho, 2006, ISSN 0873-6294 p. 57 ss.

AMADO GOMES, Carla: *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual — Casos da vida de um médico de saúde pública*, AAFDUL, Lisboa, 1999;

AMARAL, Maria Lúcia: *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional*, Relatório do Tribunal Constitucional Português à 9.^a Conferência Trilateral Portugal, Espanha e Itália (Ponencia de Portugal en la IX Conferencia de Tribunales Constitucionales), acessível via site do TC: «Biblioteca: Relatórios», in www.tribunalconstitucional.pt;

AMINOV, Rustam I.: *A brief history of the antibiotic era: lessons learned and challenges in the future*, in *Frontiers in Microbiology*, Dezembro 2010, acessível in http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X1998000300009

ANAND, Sudhir e Martin RAVALLION: *Human Development in Poor Countries, On the Role of Private Incomes and Public Services*, *Journal of Economics Perspectives*, 7, 1993;

ANDERSON, Christopher: *Writer's Cramp*, in *Nature*, 355 (1992);

ANDORNO, Roberto, *Principles of international biolaw: Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Bruyillant Ed., 2013 (réalisée par Softwin pour le Groupe Larcier), ISBN 978-280-27-4202-9, **includi**:

ANDORNO, Roberto: *First steps in the development of an international biolaw*, in AA.VV Ch. Gastmans, K. Diericks, H. Nys, P. Schotmans (eds), *New Pathways for European Bioethics*, Antwerp, Intersentia Ed., 2007, pp. 121-138;

ANDORNO, Roberto: *Global bioethics at Unesco: in defence of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, in *Journal of Medical Ethics*, vol. 33, BMJ Ed., 2007, pp. 150-154;

ANDORNO, Roberto: *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, Oxford Press, 2009, vol. 34, n.º 3, pp. 223-240;

ANDORNO, Roberto: *Regulating Advance Directives at the Council of Europe*, in AA.VV, S. Negri (Ed.): *Life, Death and Dignity. Regulating Advance Directives in National and International Law*, Brill Academic Publishers, 2012. pp. 73-85.

ANDORNO, Roberto: *Regulatory Discrepancies between the Council of Europe and EU regarding biomedical research*, in AA.VV: A. den Exter Ed., *Human Rights and Biomedicine*, Marklu Press, 2010, pp. 117-133;

ANDORNO, Roberto: *Seeking Common Grounds on Genetic Issues: The Unesco Declaration of Human Genome*, in AA.VV: J. Sandor (ed.) *Society and Genetic Information. Codes and Laws in the Genetic Era*, Central European Univ. Press, Budapest, 2003, pp. 105-123;

ANDORNO, Roberto: *The Oviedo Convention: A European Legal Framework in the Intersection of the Human Rights*, in AA.VV, C. Lenk, N. Hoppe, R. Andorno (Edt): *Ethics and Law of Intellectual Property. Current Problems in Politics, Science and Technology*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 27-45;

ANDORNO, Roberto: *The Precautionary Principle: A New Legal Standart for a Tecnological Age*, in *Journal of Biotechnology Law*, De Gruyter Ed., 2004, n.º 1, pp. 11-19;

ANDORNO, Roberto: *The right not to know: an autonomy-based approach*, in *Journal of Medical Ethics*, BMJ Ed., vol. 30, n.º 5, 2004, pp. 435-440;

ANDRADE, Manuel de: *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 7.ª reimpr., Almedina, Coimbra, 1992.

ANDRADE, Manuel de: *Teoria Geral das Obrigações*, (com a colaboração do Prof. Rui de Alarcão), 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1966.

ANDRADE, Manuel de: *Valor do acto realizado por demente antes de instaurada a acção de interdição (parecer)*, in *Revista dos Tribunais*, ano 72.º, 1954, n.º 1677.

ANDREWS, Lori B.: *The righth and rite of informed consent* in *Law & Society Review*, vol. 21, n.º 5, 1988

ANTUNES VARELA, João de Matos: *A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, RLJ, Ano 127, 1994/1995: n.º 3843 (pp. 162-163); n.º 3844 (pp. 194-196); n.º 3846 (pp. 266-270); n.º 3848 (pp. 326-326); n.º 3849 (pp. 359-351); n.º 3852 (pp. 66-70); n.º 3853 (pp. 98-101);

ANTUNES VARELA, João de Matos: *Das Obrigações em geral*, vol. I, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 1994.

ANTUNES VARELA, João de Matos: *Do Projecto ao Código Civil—Comunicação feita na Assembleia Nacional no dia 26 de Novembro de 1966*, Lisboa, 1967.

ANTUNES, Manuel J.: *A Doença da Saúde*, Quetzal, 2001.

ANTUNES, Maria João: *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Studia Iuridica* 2, Coimbra ed., 1993.

ANTUNES, Maria João: *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Studia Iuridica* 2, Coimbra ed., 1993;

AQUINO, S. Tomás de: *O Ente e a Essência (excertos)*, in São Tomás, *Vida, Pensamento e Obra*, coord. Eudaldo Forment (trad. Maria José Figueiredo, Instituto Piaget, 2000). Ed. Planeta Agostini, 2008, p. 185 (ISBN 978-989-609-941-1);

AQUINO, S. Tomás de: **Summa Theologiae: Volume 2, Existence and Nature of God: 1a. 53** [books.google.pt/books? isbn=0521029104](https://books.google.pt/books?isbn=0521029104) - Thomas Aquinas, Timothy McDermott - 2006 - Religion, pp. 68 e s.:«*articulus 3. utrum omnem ens sit bonum*» (...). Ed. bilingue;

- ARAGÃO, Alexandra: *Aplicação nacional do princípio da precaução*, in *Colóquios 2011-2012*, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013, pp. 159-185, acessível via: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o\(Alexandra%20Arag%C3%A3o\).pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o(Alexandra%20Arag%C3%A3o).pdf)
- ARAÚJO Fernando: *A Hora dos Direitos dos Animais*, Almedina Ed., 2003
- ARAÚJO, Carlos: *O tratamento/internamento compulsivo do doente mental — Passo necessário mas não suficiente*, in AA.VV.: *A Lei de Saúde Mental... cit.*
- ARCHER, Luís: *Da Genética à Bioética*, Ed. Gráfica de Coimbra (Associação Portuguesa de Bioética e do Serviço de Bioética e Ética Médica), 2006, (ISBN 978-972-603-7378-8);
- ARCHER, Luís: *Tecnologias da Reprodução e Família do Futuro*, in *Verbo — Enciclopédia Luso-Brasileira da Cultura*, 23.º, Lisboa, 1995, pp. 513 — 519.
- ARCHER, Luís: *Transplantações do animal para o Homem*, in *Brotéria*, 146, 1998.
- ARENDT, Hanna: *Sobre a Revolução*, Relógio d'Água, Ed., reimp. 2001, ISBN 978-972-70-8663-49);
- ARENDT, Hannah: *A Condição Humana* (tradução de Roberto Raposo), Coleção Antropos, Ed. Relógio d'Água, 2001 (Dep. Legal 1665801);
- ARENDT, Hannah: *Responsabilidade e Juízo* (Introdução de Jerome Khon), trad. Miguel Seras Pereira, ed. D. Quixote, 2007, pp. 109-111 (ISBN 978-972-20-2789-2);
- ARENDT, Hannah: *Sobre el imperialismo*, in *La tradición oculta*, Paidós, Ed., Barcelona, 2004, p. 27, *apud* Nuria SÁNCHEZ MADRID, *Crisis del estado-nación y dialéctica de los derechos humanos en Hanna Arendt*, in *Revista Isegoria*, n.º 49, julho-dezembro, 2013, 481-507, ISSN: 1130-2097 doi: 10.3989/isegoria.2013, pp. .486; cf. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria>;
- ARIÈS, Philippe: *O Homem perante a morte*, I, tr. Ana Rabaça, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1977;
- ARIÈS, Philippe: *O Homem perante a morte*, Volumes I e II, (Coleção Biblioteca Universitária), Ed. Europa-América (trad. Ana Rabaça), Lisboa, 1988;
- ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Quetzal, 2004 (apresentação de António C. CAEIRO);
- ASHBY, Michael: *Cancro*, in AA.VV, *Enciclopédia da Morte e da Arte de Morrer* (coord. Glennys HOWARTH e Oliver LEAMAN), Quimera Ed. para Círculo de Leitores, 2004;
- ATLAN, Henri: *Possibilidades biológicas, impossibilidades sociais*, pp. 14-33 in AA. VV., *Clonagem Humana* (trad. Sandro Nóbrega), Quarteto Ed., 2001 (ISBN 972-8535-28-7);
- AUDARD, Catherine: *John Rawls e o Conceito do Político*, in *Prefácio a Justiça e Democracia*, pp. VII-XXXVII, máx., XXIII e ss., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, (ISBN 85-336-1207-9);
- AVANCINI ALVES, Cristiane, Marta SANTANA FERNANDES e José Roberto GOLDINI, *Directivas Antecipadas de Vontade: um novo desafio para a relação médico-doente*, in *Revista HCPS*, 2012; 32(3), pp. 358-362, acessível in <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjA&url=http%3A%2F%2Fseer.ufg.br%2Fhcpu%2Farticle%2Fdownload%2F33981%2F22041&>

[ei=ntTXUgS4CciwoQWdIYHQCQ&usg=AFQjCNHUKkcyOopQAPrgTduHFftr8wRvA&sig2=xxj1A2TtMNBgqU293fqAyQ](http://www.medicinescape.com/article/429314-overview)

B. KAUFMAN, Dixon: *Assessment and Management of the Renal Transplant Patient*, in *Medscape*, acessível in <http://www.medicinescape.com/article/429314-overview>;

BACELAR GOUVEIA, Jorge: *Textos Fundamentais de Direito, Internacional: Introdução*, pp. 7-17, Col. Aequitas, Ed. Notícias, 1993, ISBN 972-9485-18-6;

BAGINSKA, Ewa; *The liability for wrongful Conception and wrongful birth in Polish law*, in *Lex Medicinæ*, Ano 5.º, n.º 10, 2008 (ISSN1646-0359), pp. 39-49;

BAPTISTA MACHADO, João: *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965;

BAPTISTA MACHADO, João: *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1987;

BAPTISTA MACHADO, João: *Prefácio (trad.) à Introdução ao Pensamento Jurídico*, Karl JASPERS, 3.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian (FCG), 3.ª ed., Lisboa, 1977, pp. VII a LXV;

BARBARINO-MONNIER, Patricia: *L'Etat de la Procreation Médicalement Assistée en France*, in AA.VV: *Bioéthique: Les Enjeux du Progrès Scientifique – France, Allemagne* (coord. Françoise FURKEL; François JACQUOT e Heike JUNG), Bruylant, Bruxelles, 2000,

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves: *Direito do Genoma Humano*, Almedina, 2007;

BARBOSA, Carla: *Aspectos Jurídicos de Acesso ao Processo Clínico*, in *MedLex*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 107-140

BARCHFONTAINE Christian de Paul de, e Léo PESSINI: *Problemas Actuais de Bioética*, Faculdades Integradas São Camilo, Loyola Ed., 3.ª ed., 1996 (ISBN 85-15-00321-X);

BARRADAS, Joaquim: *A Arte de Sangrar — de cirurgões e barbeiros*, Ed. Livros Horizonte, 1999;

BATISTA, Vanessa Oliveira: *A Protecção Internacional do Direito da Saúde*, in www.estig.ipbeja.pt/ãc /direito/Vanessa.doc;

BAZA, Pelegrín Martínez: Marta SANZ CID, Javier Vega GUTIÉRREZ, , *SIDA: Aspectos Médico-Legales y Deontológicos*, Ed. AA.VV, Universidad de Valladolid, 1999;

BEAUCHAMP Tom L. e James F. CHILDRESS: *Princípios de Ética Biomédica*, Loyola ed. (tradução Luciana Pudenzi), S. Paulo, 2002 (ISBN 85-15-02565-5);

BECK, Ulrich: *La Sociedad del Riesgo Mundial: en busca de la seguridad perdida*, Ed. Paidós, Barcelona, 2008;

BECK, Ulrich: *World at Risk* (trad. Ciaran Cronim), Polity Press, 2009 (ISBN-13 epub 978-0-7456-8162-7);

BEDOGNI: Úrsula: John Stuart Mill: *Vida e Época Obra; Pensamento e obra; Escritos* (trad. Pedro Madeira); Planeta D'Agostini Ed., 2008, vol. 12 ISBN 978-989-609-947-3;

BEIGUELMAN, Bernardo: *A Genética das Populações Humanas*, Sociedade Brasileira de Genética, Ed. Ribeirão Preto, 2008, pp. 83-148; *As Restrições aos Casamentos entre Parentes: Capítulo 5: A Consanguinidade* acessível in <http://lineu.icb.usp.br/~bbeiguel/Genetica%2oPopulacoes/Cap.5.pdf>

BÉNIAC, Françoise: *O Medo da Lepra*, in AA.VV (org. Jacques Le GOFF, *As Doenças têm História*, Ed. Terramar (trad. Laurinda Bom), 1985;

- BENTHAM, Jeremy: *The principles of International Law: Essay I): Objects of International Law; e Essay IV* (loc. 23); *A Plan for an Universal and Perpetual Peace*, (loc. 568) in Classic, Ed. John Bowring (1843): domínio público via Kindle;
- BERTIN, Jacques e Vidal-Naquet (cf. *infra*): *Atlas Histórico: da Pré-História aos Nossos Dias*, (ed. orig. Hachette, Paris, 1987: *Le Grand Livre de L'Histoire du Monde — Atlas Historique*), Edicultura, 1990;
- BISCAIA Jorge: *Consentimento*, in AA.VV *Direitos do Homem de Biomedicina... cit.*, pp. 95-103;
- BLAUWHOFF, Richard J.: *Foundational Facts, Relative Truths — A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, (dissertação de doutoramento), Intersentia Ed., 2009 (ISBN 978-90-5095-913-1)
- BLUNDEN, Caroline: e Mark ELVIN, *China: Gigante Milenário*, Col. Grandes Culturas e Civilizações, Círculo de Leitores, 1992;
- BOBBIO, Norberto: *La Ragione nel Diritto*, in *Reasons in Law (Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 de Dezembro de 1984)*, Vol. I, Milão, 1987;
- BONAVIDES, Paulo: *Um Novo Conceito de Democracia Direta*: in *Teoria do Estado*, Malheiros Ed., 5.ª ed., 2004;
- BONILLA SANCHEZ, Juan J.: *La Responsabilidad Médica Extracontratual*, Laborum Ed., Murcia, 2004 (ISBN 84-95863-42-1);
- BORRADORI, Giovanna: in *La Filosofia en una época de terror: Diálogos com Jürgen Habermas y Jacques Derrida*. Diálogo com Jacques DERRIDA: *Autoimunidade: suicídios simbólicos y reales*, Ed. Taurus, Madrid, 2003 (trad. Juan José Botero e Luís Eduardo Hoyos);
- BOTTÉRO, Jean: *A Magia e a Medicina Reinam na Babilónia*, in AA.VV., *As Doenças têm História* (org. Jacques Le Goff), Terramar, Lisboa, 1985;
- BOUZON, Emanuel: *Lei, Ciência e Ideologia na Composição dos Códigos Legais Cuneiformes*, pp-1-27, in www.fl.ul.pt;
- BOUZON, Emanuel: *o Código de Hammurabi*, Ed. Vozes, Petrópolis, (4.ª ed.) 1987;
- BOUZON, Emanuel: *Uma Coleção de Direito Babilônico Pré-Hammurabiano: Leis do reino de Eshnumma*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2001;
- BRANDÃO, Raul: *Prefácio ao Guia de Portugal* (coord.), *fac-simile de 1979*, Ed. FCG (org. Sant'anna Dionísio), pp. LVIX-LXIV, no I. vol: *Lisboa e arredores* (3.ª reimp) 1991 (ISBN 972-31-0544-6);
- BRIERLY, James Leslie: *Direito Internacional*, Trad. Maria Rosa Crucho de Almeida, 4.ª ed. /com Prefácio de Afonso Queiró), FCG, Lisboa, 1979;
- BRUNO, Paula: *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal – Erro em Medicina*, CDBM|FDUC n.º 20, Coimbra Editora, 2010 (ISBN 978-972-32-1881-7);
- BRUNO, Paula: *Reporting incidentes and adverse envents in legislative or not?*, in *LexMed*, N.º Especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 277-290;
- BUCHAN, William, *Médecine Domestique ou Traité complet des moyens de se conserver en santé et de prevenir les maladies par le regime et les simples remédies*, Paris, 1792;
- BUCHANAN James e Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, 1962;

- BUSTO LAGO, José Manuel: *Consentimento informado y responsabilidade civil*, in AA.VV. *Consentimento Informado*, Rev. *Julgar.*, ASJP|APM, Coimbra Ed., 2014 (ISSN 1646-6853), pp. 157-182;
- BUTLER, John Marshall: *Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology*, Academic Press of Elsevier ed., San Diego, 2012;
- CABRAL DE MONCADA, Luis: *O Direito Internacional Público e a Filosofia do Direito*, in *BFDUC*, XXXI, pp. 37-71;
- CAEIRO, António C.: *Apresentação* in ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Quetzal, 2004, pp. 9-15;
- CAENEGEM, Raoul Charles van: *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado* (trad. Carlos Eduardo Lima Machado), Martins Fontes Ed., São Paulo, 2.ª ed., 2000 (ISBN 85-336-1176-5);
- CALVET DE MAGALHÃES, José: *A Responsabilidade Penal do Médico—Em caso de morte do doente*, Coimbra, 1945;
- CAMPS, Victoria: *Que hay de malo en la eugenia?*, Rev. *Isegoria* (2002 n.º 27), (<http://isegoria.revistas.csic>);
- CAMUS, Albert: *O Estrangeiro*, (trad. António QUADROS), prefácio de Jean-Paul Sartre, Editores Associados — Livros do Brasil, Lisboa, s.d.
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto: *O Direito Internacional em um mundo em transformação*; São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002, ISBN: 85-7147-587-3;
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto; *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*, vol II; Porto Alegre, Ed. Sérgio Fabbris, 1999;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes: in *Estado de Direito, Cadernos Democráticos*, 7, Gradiva, 1999;
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.: *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., 1995 (ISBN 972-32-0677-3);
- CARAPINHEIRO, Graça: *Saberes e Poderes no Hospital: Uma Sociologia dos Serviços Hospitalares*, Ed. Afrontamento, Centro de Estudos Sociais, 3.ª ed., Porto, 1988;
- CARBONNIER, Jean: *Droit Civil, T. 2: La famille, l'enfant, le couple*, 21.ª ed., Col Thémis, PUF ed., 2002 (ISBN 2-13-051914-8);
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel M.: *Genética e Pessoa Humana: Notas para uma perspectiva jurídica*, in *ROA*, 51, II, Julho, 1991;
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel M.: *Genética e Pessoa Humana: Notas para uma Perspectiva Jurídica*, in *ROA*, Ano 51, II, Julho 1991, pp. 459-475;
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel M.: *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na jurisprudência Constitucional Portuguesas*, in AA.VV, *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho* (coord. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti), Ed. Dialética, São Paulo, 1999;
- CARDOSO PIRES, José: *De Profundis, Valsa Lenta*, Ed. D. Quixote, 1997;
- CARMO, Rui do: *a Exigência e Relevância Democráticas da Compreensibilidade do Discurso Judiciário*, pp. 65-73; in AA.VV, *Justiça XXI: Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária* (Coord. Rui do CARMO), Coimbra Ed., 2012 (ISBN 978-972-32-2123-7);

- CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.: *A própria vida como dano? Dimensões civil e constitucionais de uma questão-limite*, in ROA, Ano 2008, Ano 68, Vol. I, acessível in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382
- CARRESI, Franco: *I fatti Spiritualli nella Vita del Diritto*, in *Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile* (RTDPC), 1956, pp. 433 e ss.;
- CARRILHO, Fernanda: *A Lei das XII Tábuas*, Almedina, 2008;
- CARVALHO MARTINS, António: *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986 (s/ ref. a Dep-Leg.);
- CARVALHO MARTINS, António: *Bioética e Diagnóstico Pré-Natal (Aspectos Jurídicos)*, Coimbra Editora, 1996 (ISBN 972-32-0724-9);
- CARVALHO, Orlando de: *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I (dissertação de doutoramento), Coimbra, 1967;
- CARVALHO, Orlando de: *Direito das Coisas: Do Direitos das Coisas em Geral*, Ed. Centelha (Col. Perspectiva Jurídica/ Universidade), Coimbra, 1977;
- CARVALHO, Orlando de: *Para uma Teoria da Relação Jurídica*, in *Teoria Geral do Direito Civil* (coord. Francisco Liberal Fernandes; Maria Raquel Guimarães; Maria Regina Redinha), Coimbra Ed, 3.ª ed. , 2012, p. 23, nota 4 (ISBN 978-972-32-2017-9).
- CARVALHO, Orlando de: *Transplantações e Direitos das Pessoas*, in AA. VV: *Transplantações: Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, CDB da FDUC, Ed. JNICT, 1993;
- CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício: *Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária*, in *Lex Medicinæ*, n.º 1, ano 1.º, Coimbra Editora, 2004, ISSN 1646-0359, pp. 97-106;
- CASTANHEIRA NEVES, António: *Digesta — Ensaio acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. I, Coimbra ed., 2011 (reimp.) ISBN 978-972-32-0675-3;
- CASTANHEIRA NEVES, António: *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, I Vol. (Reimp de 1995) 2011, Coimbra Ed. (ISBN 978-972-32-0675-3);
- CASTANHEIRA NEVES, António: *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 1971/1972);
- CASTANHEIRA NEVES, António: *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, in *Studia Iuridica 1*, BFDUC, Coimbra Ed., 1993 (ISBN 972-32-0630-7);
- CASTANHEIRA NEVES, António: *Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil, de Guilherme Moreira, e justificativa da sua selecção para a Antologia do BFDUC*, in *BFDUC*, Vol. LIII, 1997, pp. 381-390;
- CASTANHEIRA NEVES, António: *O papel do jurista no nosso tempo*, in *BFDUC*, n.º 44 (1968), pp. 83-142;
- CASTANHEIRA NEVES, António: *O problema da universalidade do direito — ou o direito hoje na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*, pp. 45-72, in AA.VV. (or. Jorge FIGUEIREDO DIAS), *Internacionalização do Direito no Novo Século*, BFDUC Studia Iuridica, 94, Coimbra ed., 2009 (ISBN 978-972-32-1687-5)
- CASTANHEIRA NEVES, António: *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, in *RPCC*, n.º 6, 1996, pp. 9-43;
- CASTELLS, Manuel: *La Era de La Información: economía, sociedad y cultura*; Vol. III: *Fin de Milenio*, Madrid, Ed. Alianza, 3.ª ed., 2006 (ISBN 842-067-7205);

- CASTRO MENDES, João: *Teoria Geral do direito Civil*, I e II. Vols, AAFDL, ed. 1999;
- CATTANEO, Giovanni: *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto et Procedura Civile*, 1957.
- CECCHETTO, Sergio: *Curar o Cuidar: Bioética en el confin de la vida humana*, Col. AdHoc, Villela Ed., Buenos Aires, 1999, (ISBN 950-894-212-6);
- CHUNYAN, Ding: *Medical Negligence Law in Transitional China*, Intersentia Ed., 2012 (ISBN 978-1-78068-072-9);
- CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS, *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 3 (Março) de 1985.
- COELHO DA ROCHA, Manuel: *Instituições de Direito Civil Portuguez (para uso dos seus discipulos)*, Tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1844;
- Colectânea S/A (sem autor) *Direito da Medicina: Legislação Consolidada, Jurisprudência e Pareceres*, 2014, INCM Ed. (ISBN 978-972-27-2281-0);
- COLLINS, Bradley H.: *Renal transplantation*, in *Medscape*, acessível in http://www.medicine.medscape.com/article/430128_overview.
- COMTE-SPONVILLE, André: *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, (trad. Eduardo Brandão), Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, (ISBN 85-336-0444-0);
- CONDORCET, Marquês de: *Esquisse d'un Tableau Historique des Progrés de l'Esprit Humain, Oeuvres de Condorcet*, vol. VI, Paris, Firmin Didot Frères, 1847;
- CÓRNU, Gérard: *Droit Civil, T. 2: la Famille*, 9.ª ed., Montchrestien Ed., Paris, 2006 (ISBN 978-270-761-506-0);
- CORNU, Gérard: *Droit Civil: La famille*, 7.ª ed., Col. Domat, Montchrestien Ed., 2001 (ISBN 2-7076-1206-5);
- CORREIA, Eduardo: *Direito Criminal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971 (reimp.).
- CORTINA, Adela: *Las Fronteras de La Persona: El valor de los animales, la dignidade de los humanos*, Ed. Taurus, 2009;
- COSTA ANDRADE, Manuel da: *Comentário Conimbricense... cit.*
- COSTA ANDRADE, Manuel da: *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Ed., 1991, (ISBN 972-32-0438-X);
- COSTA ANDRADE, Manuel da: *Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, 2004.
- COSTA ANDRADE, Teresa Raquel da: *Atipicidade da Conduta Médica? Tentativa de (re)compreensão* (dissertação de mestrado que aguarda publicação pelo CDBM|FDUC), 2014;
- COSTA Marta e Paula MARTINHO DA SILVA: *LPMA Anotada (e legislação complementar)*, Ed. PLMJ, Coimbra Ed., 2011, ISBN 978-972-32-1905-0;
- COSTA, Amélia: *Perspectiva Jurídica de Um Acto de Amor: A Procriação Assistida*, UAL Ed., 2000 (ISBN 972-8094-37-X), pp. 66 e ss.;
- COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da: *Dano de perda de «chance» e a sua perspectiva no direito português* (dissertação de Mestrado), Verbo Jurídico Ed., 2010, disponível em: <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.verbojuridico.com%2Fdoutrina%2F2011%2Fpatriciacosta>

- [danoperdachance.pdf&ei=6UmhU7SwAYuRoQW9u4DIBA&usg=AFQjCNEYb6iXLHQ7LHerlIK_4mvWLdls8w&sig2=zdRDs27Fig_sqRAI2j_zw&bvm=bv.69137298,d.ZGU](#)
- CRESPO, Jorge: *A História do Corpo*, (Coleção Memória e Sociedade), Difel Ed. Lisboa, 1990;
- CRESPO, Jorge: *A História do Corpo*, Difel Ed., Lisboa, 1990 ISBN 972-29-0022-6;
- CRUZ REIS, Joaquim da: *O Sorriso de Hipócrates – A integração biopsicossocial dos processos de saúde e doença*, Veja, 1998;
- CRUZ REIS, Joaquim da: *O Sorriso Hipocrático: A integração biopsicossocial dos processos de saúde e doença*, Ed. Vega, Lisboa, 1988;
- CRUZ, Ana Lúcia: *O Estatuto Moral do Animal*, in AA.VV, *Pessoas Transparentes: Questões Actuais de Bioética* (org. Manuel CURADO e Nuno OLIVEIRA), Almedina Ed., 2010 (978-972-40-4099-8), pp. 209-235;
- CRUZ, Ana Lúcia: *O Estatuto Moral do Animal*, in AA.VV, *Pessoas Transparentes: Questões Actuais de Bioética* (org. Manuel CURADO e Nuno OLIVEIRA), Almedina Ed., 2010 (978-972-40-4099-8)
- CRUZ, Sebastião: *Direito Romano (Ius Romanum), I – Introdução. Fontes*, 4.^a ed., Coimbra, 1984 (ISBN 978-972-2975-770-9);
- CUERDA RIEZU, Antonio: *El Principio Constitucional de Responsabilidad Personal por Hecho Proprio. Manifestaciones Cualitativas*, in AA. VV.: *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias... Vol. I, cit.*, pp. 127-183;
- CURADO, Manuel: *Direito BioMédico: Colectânea de Legislação e Outros Documentos*, Quid Juris Ed., 2008 (ISBN 978-972-724-406-5);
- CURVO SEMEDO, João: *Atalaya da Vida contra as hostilidades da morte*, Lisboa, 1720;
- DALLA TORRE, Giuseppe: *Bioetica e Diritto, Saggi*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1993;
- DAMELE, Giovanni: *Verdade e Comunicação — Notas sobre argumentação e decisão judiciária*, pp. 96-110; in AA.VV, *Justiça XXI: Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária* (Coord. Rui do CARMO), Coimbra Ed., 2012 (ISBN 978-972-32-2123-7);
- DAMIÃO DA CUNHA, J. M.: *Comentário Conimbricense... cit.*
- DANTAS Eduardo: *When Consent is not enough: the construction and development of the modern concept of autonomy*, in *Medicine and Law*, Probook, vol. 30, n.º 4, 2011, pp. 461-475;
- DELGADO CORRAL, Concepción: *Florbela Espanca: Asa no Ar, Erva no Chão*, Tartaruga Ed., 2005 (ISBN 972-95518-8-X);
- DELMAS-MARTY, Mireille; *Certezas e incertezas do Direito*; Debate: *Os riscos previsíveis*, pp. 55-80; 82-96, in AA. VV., *Clonagem Humana* (trad. Sandro Nóbrega), Quarteto Ed., 2001 (ISBN 972-8535-28-7);
- DERRIDA, Jacques: *De um tom apocalíptico adoptado há pouco em Filosofia*, Ed. Veja, Col. Passagens, Lisboa, 1997
- DERRIDA, Jacques: *Papier Machine*, Col. *La Philosophie en effect*, Galimard, Galilée, 2001,
- DIAS João Álvaro: *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, STUDIA IURIDICA, 21, BFDUC, Coimbra Ed., 1996, ISBN 972-32-0734-6;
- DIAS PEREIRA, Alexandre: *Patient Safety in E-Health and Telemedicine*, in *LexMed*, n.º avulso 2014 (IV EAHL Conference, pp 95-10

DIAS PEREIRA, André Gonçalo: *Comentário Crítico ao Ac. TRP, de 06/02/2002*, in *Lex Medicinæ*, I, CDBM da FDUC n.º 9, Coimbra Editora, 2004.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo: *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* (Dissertação de Doutoramento apresentada na FDUC), Coimbra, 2012;

DIAS PEREIRA, André Gonçalo: *Discriminação de um trabalhador portador VIH/SIDA: estudo de um caso*, in *Lex Medicinæ*, Coimbra Ed., Ano 3, n.º 6 (Julho-Dezembro 2006);

DIAS PEREIRA, André Gonçalo: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, CDB da FDUC, n.º 9, Coimbra Ed., 2004, (ISBN 972-32-1247-1);

DIAS PEREIRA, André Gonçalo: *Um Direito da Saúde para a Europa*, in: DEBATER A EUROPA: Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20, n.º .2/3 Janeiro/Dezembro 2010 – Semestral ISSN 1647-6336, disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>.

DIAS PEREIRA, André, *Declarações Antecipadas de Vontade: meramente indicativas ou vinculativas*, in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 49-60;

DIAS PEREIRA, André: *a Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, in AA.VV: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Vol. II. Coimbra Ed., pp. 199-249;

DIAS PEREIRA, André: *Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*, in AA.VV, *O Consentimento*, in *Julgar*, Coimbra ed., 2014 (ISSN 1646-6853), pp. 287-304;

DIAS PEREIRA, André: *EU-CHINA Human Rights Network: HIV/AIDS – Legal aspects*”, in AA.VV: *Right to Health, and Right to Social Security*, University of Essex, Colchester, 27-28 April 2004... cit.: acessível in <http://www.nuigalway.ie/sites/eu-china-humanrights/seminars/nso404.php> :

DIAS PEREIRA, André: *EU-CHINA Human Rights Network: Stigma and discrimination against persons living with HIV/AIDS in the workplace, in health care facilities, in accessing treatment, and in society: Topics for discussion*: <http://www.nuigalway.ie/sites/eu-china-humanrights/seminars/dso411.php>

DIAS PEREIRA, André: Guilherme de OLIVEIRA e Helena MONIZ, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojecto de 2010*, in *LexMed*, 9, n.º 18, 2012, pp. 15-33, CDBM da FDUC, Coimbra Ed.;

DIAS PEREIRA, André: *L'assistance médicale à la procréation au Portugal Loi parlementaire n° 32/2006 du 26 juillet 2006*: <<http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/modules.php?name=News&file=article&sid=100>>

DIAS, João Álvaro: *Colectânea de Legislação Médica, Tomo I: Sistema de Saúde (Aspectos Organizativos do Serviço Nacional de Saúde); Tomo II (Ministério da Saúde: Serviços Centrais, Direcções-gerais e Institutos)*, Ed. Almedina, Coimbra, 2001 (Dep.Leg. 173225/01 e 177577/02, respectivamente);

DIAS, João Álvaro: *Dano Corporal — Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, (dissertação de doutoramento), Almedina Ed., Col. Teses, 2001, (ISBN 978-972-32-1584-2);

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Ed. Temas e Debates, Lisboa, 2003;

DIEZ-PICADO, Luís: *In torno al dano moral*, in AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias... cit.*, Vol. IV, 2010, (ISBN 978-972-32-1794-0), pp. 241-256

DINIZ, Maria Helena: *O Estado Actual do Biodireito*, Saraiva Ed., 2.^a ed., S. Paulo, 2002 (ISBN 85-02-03871-0);

DOLCINI, Emilio: *Responsabilità del Medico e Reati in Materia di Procreazione Assistita*, in AA. VV.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias...* Vol. III, cit., pp. 289-315;

DORON Ronald e Françoise PAROT (org.), *Dicionário de Psicologia*, Climepsi ed., 2001, ISBN 972-8449-70-4;

DOW; Lindsay A.; Robin K. MATSUYAMA; V. RAMAKRISHNAN, et al. (Laura Kuhn, Elizabeth B. Lamont, Laurel Lyckholm, and Thomas J. Smith): *Paradoxes in Advance Care Planning: The Complex Relationship of Oncology Patients, Their Physicians, and Advance Medical Directives*, in *Journal Of Clinical Oncology*, vol. 28.^o, n.^o 2, January (10) 2010 , pp. 299-304, cf. <http://jco.ascopubs.org/content/by/year/2010>

DUARTE PINHEIRO, Jorge: *A necessidade da Lei de procriação Medicamente Assistida, Lei n.º 32/2006, de 26/07*, in AA.VV: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (Org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa Silva), I Vol., Almedina Ed., 2008 (ISBN 978-972-40-3568-0)

DUARTE PINHEIRO, Jorge: *A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, in AA.VV. (coord. António MENEZES CORDEIRO; Pedro PAIS DE VASCONCELOS; Paula COSTA E SILVA): *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina Ed., Coimbra, 2008, pp. 201-214 (ISBN 978-972-24003-568-3);

DUARTE PINHEIRO, Jorge: *O Direito da Família Contemporâneo — Lições* (4.^a ed.), AAFDL Ed., Lisboa, 2014 (ISBN 5606939007612);

DUARTE, Tiago: *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida Na Constituição e na Lei*, Almedina Ed., Coimbra, 2003 (ISBN 978-972-40-1893-5);

DUBLER, Nancy Neveloff & DAVID NIMMONS, *Ethics on Call—A Medical Ethicist Shows to Take Charge of Life-and-Death Choices*, Harmony Books, New York, 1992.

DUBOS, René Jules: *Man Adapting New Haven*, Yale University Press, 1980, (reed. de 1965);

DUBY, Georges: *An 1000 an 2000: sur les traces de nous peurs*, Ed. Textuel, Paris, 1995, ISBN 2-909317-10-02;

DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, tr. RICCARDO CARACCILOLO e VÍCTOR FERRERES, Editorial Ariel, Barcelona, 1994 (ISBN 84-344-1115-6);

EKELAAR, John: *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, 2006;

EKELAAR, John: *White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts—Again*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 109, Abril de 1993, pp. 182-187.

EL-JAWAHRI, Areej; Lisa M. PODGURSKI; April F. EICHLER, et al: (Scott R. Plotkin; Jennifer S. Temel; Susan L. Mitchell; Yuchiaio Chang; Michael J. Barry, and Angelo E. Volandes), *Use of Video to facilitate End-Of-Life Discussions with Patients with Cancer: A Randomized Controlled Trial* in *Journal Of Clinical Oncology*, vol. 28.^o, n.^o 2, January (10) 2010, pp. 305-310, cf. <http://jco.ascopubs.org/content/by/year/2010>

ELVIN, Mark: e Caroline BLUNDEN, *China: Gigante Milenário*, Col. Grandes Culturas e Civilizações, Círculo de Leitores, 1992;

EMALDI CIRIÓN, Aitziber: *Derechos de los pacientes en la Comunidad Autónoma de la Rioja: Especial Referencia a las Instrucciones Previas*, in *Anuario Jurídico de La Rioja*, 10, 2005 (Anales del Convenio Universidad de La Rioja — Parlamento de La Rioja, pp. 35-62, acessível in: <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2136253.pdf&ei=moq2U5WOGKvPoAWYi4GwBQ&usg=AFQjCNGFXfPtV2W5puGo85nlyctbJPI8SA&sig2=fh96dqiLtwM-cMXuBN8vdQ&bvm=bv.70138588.d.d2k>;

ENELow, Allen J.: Douglas L. FORDE e Kenneth BRUMMEL-SMITH, *entrevista Clínica e cuidados ao paciente*, Climepsi ed., (trad. pedro Mendonça), Lisboa, 1999 (ISBN 972-95908-9-3):

ENGELHARD, Philippe: *O Homem Mundial: Poderão as Sociedades Humanas Sobreviver*, Ed. Instituto Piaget (ISBN 978-972-771-0560), Lisboa, 1998;

ENTRALGO, Pain Lain; *La Curación por la Palabra en la Antigüedad Classica*, Antrophos, Barcelona, 1987;

ESER, Albin: *Embryo experimentation: legal aspects in a comparative perspective* in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. n.º 21, n.º 3 (1988), pp. 356-382, acesso via: [Institute of Foreign and Comparative Law: http://www.jstor.org/stable/23247658](http://www.jstor.org/stable/23247658);

ESER, Albin: *Perspectivas do Direito da Medicina*, in *RPCC*, n.º 14, 2004, pp. 11-63;

ESER, Albin: *Reform of German Abortion Law: First Experiences* in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 34, No. 2 (Spring, 1986), pp. 369-383, acesso via: [Institute of Foreign and Comparative Law: http://www.jstor.org/stable/23247658](http://www.jstor.org/stable/23247658).

ESPERANÇA PINA, J. A.: *A Responsabilidade dos Médicos*, 2.ª ed., Lidel Ed., Lisboa, 1998;

ESPIÉLL, Héctor Gros, *Constitución y Bioética*, in AA.VV. (coord. Carlos Maria Romeo Casabona): *Derecho biomédico y bioético*, Granada, 1998 (ISBN 84-8151-668-6), pp. 137-150;

ESPINOSA, Bento de: *Ética*, Relógio d'Água, 1992

ESTORNINHO Maria João e Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Ed., 2014 (ISBN 978-972-34-0405-4)

FADEN, Ruth R.: in AA.VV.: *A History and Theory of Informed Consent*, (dir. BEAUCHAMP, Tom L., KING, Nancy M.P.), Oxford University Press, New York / Oxford, 1986;

FAGNEIT DE VILLENEUVE, J.: *L'Economie politique, project pour enrichir et perfectionner l'espèce humaine*, Paris, 1763;

FARIA COSTA, José de: *A Linha: Reflexões sobre a Responsabilidade em um Tempo de «Técnica» e de «Bio-Ética»*, in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Editora, 2005

FARIA COSTA, José de: *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Ed., 1992;

FARIA COSTA, José de: *O valor do silêncio do legislador penal*, in *Transplantações*, Colóquio Interdisciplinar, Public. do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, Coimbra, 1993.

FARIA COSTA, José de: *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal*, in *RLJ*, ano 142, n.º 3978, Janeiro-Fevereiro de 2013, pp.158-173

- FARIA COSTA, José de; *Bioética e Direito Penal — Reflexões possíveis em tempos de incerteza*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Stvdia Ivridica, BFDUC, Vol. I, Coimbra Ed., 2009, pp. 109-125 (ISBN I 978.972-32-1776-6);
- FARIA-COSTA, José de: *Em redor do nomos (ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo)*, in AA.VV: *Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal*, (Coord. António José AVELÁS NUNES e Jacinto José de MIRANDA COUTINHO, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2004, pp. 77-88; também in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos filosóficos*, Coimbra Ed., 2005 (ISBN 972-32-1331-1), pp. 191-203.
- FECNHER, Erich: *Rechtsphilosophie: Soziologie und Metphysik des Rechts*, J.C.B. Mohr; (Paul Siebeck), Tübingen, 1956;
- FEMENIA LÓPEZ, Pedro J.: *Status Jurídico del Embrión Humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999 (ISBN: 8448123417);
- FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição: *As Omissões lícitas no exercício da medicina*, , in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 79-123;
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo: *Memória e Método (Tempos e Lugares para uma Metodologia Jurídica)*, in *RFDUP*, I, 2004, pp. 309-323
- FERREIRA DOS SANTOS, Laura: *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-los?* (Prefácio: Rosalvo ALMEIDA; Pós-fácio: António NÓVOA), Sextante Ed., 2011 (ISBN 978-989-676-057-5);
- FERREIRA MONTE, Mário: *Comentário ao Ac. TRC. N.º 13/09/2006*, in *RMJ*, ano 27, n.º 108, pp. 239 e ss.
- FIDALGO, Sónia: *Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho*, in AA.VV.: *Direito da Medicina: Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco*, Ed. Universidade Lusíada, Lisboa, 2013, ISBN 978-989-640-147-4, pp. 51-66
- FIDALGO, Sónia: *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, CDBM|FDUC, n.º 13, Coimbra Ed., 2008
- FIDALGO, Sónia: *Team Work and Patient Safety: is the surgeon captains of the ship*, in *Lex-Med*, N.º Especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 153-163;
- FIGO, Tiago: *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra Ed., 2013, (ISBN 978-972-32-2132-9);
- FIGUEIREDO DIAS José Eduardo e Fernanda Paula OLIVEIRA: *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina Ed., 2.ª ed. (reimp.), 2011 (ISBN 978-972-40-4355-5);
- FIGUEIREDO DIAS, J./SINDE MONTEIRO, J.: *Responsabilidade Médica em Portugal*, in *BMJ*, n.º 332, 1984.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de: *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., 2007;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge: (dir.) *Comentário Conimbricense do Código Penal—Parte especial*, (AA.VV.), tomo I, Coimbra ed., 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *A ‘ajuda à morte’: uma consideração jurídico-penal*, in *RLJ*, 137, n.º 3949, Março-Abril, Coimbra Ed., pp. 202-215;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra Ed., 3.^a ed., 1987.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, Coimbra, 1961;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *Temas Básicos da Doutrina Penal: cf. Tema 6: O direito penal na «sociedade de risco»*, pp. 155-185, Coimbra Ed., 2001 (ISBN 978-972-32-1012-5);

Filipa CASTRO HENRIQUES e Teresa FERREIRA RODRIGUES, *O Séc. XX: a transição*, pp. 417-533, *passim*, in AA.VV. *História da População Portuguesa*, (Coord. Teresa FERREIRA RODRIGUES) Col. Economia e Sociedade 3, CEPESE, Afrontamento Ed., 2009 (ISBN 978-972-36-1005-5);

FIOLHAIS, Carlos: *As Leis Naturais e as Leis Humanas*, in AA.VV: *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*, Coimbra Ed., 2012;

FLEICHTHEIM, Ossip: *Futurology — The New Science of Probability*, in <http://iranscope.gandchi.com>; (e em Alvin Toffler, *The Futurism... cit.*, pp. 264-274);

FOUCAULT, Michel: *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica* (trad. Francisca Perujo), Ed. Siglo Veintiuno, México, 2.^a ed. 2002 (traducción de *Naissance de la clinique*, PUF: Presses Universitaires de France, Paris 1965). ISBN digital 978-607-03-0386-9;

FRAGA MANDRIÁN: António e LAMAS MEILÁN: Manuel María: *El Consentimiento Informado (El consentimiento del paciente en la actividade médico-quirúrgica)*, in Monografias de *Revista Xuridica Galega*, RXG Ed., sl/sd: depósito legal com ref.^a a 1999 (ISBN 84-930564-0-5);

FRAGATA, José e Luís MARTINS: *o Erro em Medicina. Perspectiva do Indivíduo, da Organização e da Sociedade* (colaboração de Cláudia BORGES e Daniel PROENÇA DE CARVALHO), Almedina Ed., Coimbra, 2006, ISBN 972-40-2347-8;

FRAGATA, José: *Risco Clínico. Complexidade e Performance* (colaboração de SEABRA SANTOS; Pedro PITA BARROS, Mercedes BILBAO, Isabel FRAGATA; e Margarida FRANÇA), Almedina Ed., Coimbra, 2006, Dep. Leg. 242854/06;

FRANÇA, Margarida: *A Acreditação em Saúde*, in José Fragata, *O Risco Clínico... cit.*, pp. 333-343;

FRANCIS, Ronald D.: *Ética para Psicólogos*, Instituto Piaget Ed., Col. Epigénese, Desenvolvimento e Psicologia, 2005 (ISBN 972-771-749-7);

FRANKFURT, Harry: *Equality as a Moral Ideal*, in AA., *Against Equality, Readings on Economic and Social Policy*, London, Macmillan, 1983;

FRANKFURT, Harry: *Equality as a Moral Ideal*, in AA.VV, *Against Equality, Readings on Economic and Social Policy*, London, Macmillan, 1983;

FREITAS E COSTA, Manuel: *Dicionário de Termos Médicos*, Porto Editora, 2005 (ISBN, 972-0-05281-3);

FREITAS E COSTA, Manuel: *Dicionário de Termos Médicos*, Porto Editora, 2005;

FRÍAS, Francisco Lopez: *Pensamento*, in J. ORTEGA Y GASSET, *Vida, Pensamento e Obra*, Col. Grandes Pensadores, Ed. Planeta De Agostini, 2008 (ISBN 978-989-609-952-7);

FUKUYAMA, Francis: *O Nosso Futuro Pós-Humano: consequências da revolução biotecnológica*, (tradução Vítor Antunes), Quetzal, Ed., Lisboa, 2002, ISBN 972-564-529-4

- GADAMER, Hans-Georg: *Herança e Futuro da Europa*, 2009 (ed. original de 1989: *Das Erbe Europas, Beitrage*: trad. António Hall);
- GADAMER, Hans-Georg: *Herança e Futuro da Europa*, Ed. 70, 2009
- GADAMER, Hans-Georg: *O Mistério da Saúde, o mistério da Saúde e a Arte da Medicina*, (trad. António Hall), Ed. 70, Lisboa, 1997;
- GAFO, Javier: *Historia de una nueva disciplina: la bioética*, in AA.VV. (coord. Carlos Maria Romeo Casabona): *Derecho biomédico y bioético*, Granada, 1998 (ISBN 84-8151-668-6) pp. 87-112;
- GALÁN CORTÉZ, Julio César: *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado* (Prólogo de Ricardo de Angél Yaguez,), Civitas Ed., 2001 (ISBN 84-470-1677-3)
- GALVÃO, Gil: *Relator no Ac. TC N.º 155/2007, de 02/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>
- GANDARA: Diego: Charles DARWIN, *Vida, Pensamento e Obra*, in Coleção «Grandes Pensadores», Ed. Planeta de Agostini/Público, 2008;
- GANHO, Maria de Lurdes Sirgado: *Acerca do Pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola in Discurso Sobre e Dignidade do Homem*, Ed. 70, bilingue, Lisboa, 2011, pp. XXII, ISBN 978-972-44-1337-2.
- GARCIA, José Luís: Cap. 5: *Tecnologia, providência e progresso: alguns indicadores doxométricos de biopolítica em Portugal*, in AA.VV (org. J. MACHADO PAIS, Manuel VILLAVARDE CABRAL e Jorge VALA), *Atitudes Sociais dos Portugueses: Religião e Bioética*, Instituto de Ciência Sociais, ISSP (International Social Survey Programme) 2001 (972-671-071-5), pp. 237-361;
- GASSET, J. ORTEGA Y; *Vida, Pensamento e Obra*, Col. Grandes Pensadores, Ed. Planeta De Agostini, 2008 (ISBN 978-989-609-952-7);
- GERBET, Pierre: *As Organizações Internacionais*, (trad. Cidália de Brito), Ed. Arcádia, Lisboa, s/data (ed. orig., PUF, 1958);
- GIDDENS, Anthony: *Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Late Modern Age*, Polity Press & Blackweel Pub. (orig. 1991, reimp. act. 2013: ISBN ebook multiuser 978-0-7456-6647-1);
- GIDDENS, Anthony: *Sociologia*, FCG Ed., 4.ª ed. revista e actualizada, 2004, ISBN 972-31-1075;
- GIESEN, Dieter: *The Patient's Right to Know—A Comparative Perspective*, in *Medicine and Law*, vol.12, n.º 6/7/8, 1993.
- GIL, Fernando: *Mors Certa, Hora Incerta*, in AA.VV: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 587-603;
- GLASSCHEIR, H. S., *Os Grandes Segredos da Medicina: A luta contra a dor e a morte*, Ed. Livros do Brasil (Col. Vida e Cultura), tradução de José Ervedosa, Lisboa, 1961;
- GOLEMAN, Daniel: *Inteligência Emocional*, Temas e debates, Printer ed., 2006 Dep.Leg. B-39891-2006;
- GOMBRICH, Ernst H.: *Uma Pequena História do Mundo* (trad. Raquel Moura), Publico|Tintada-china Ed., 2010 (ISBN 978-972-671-031-6)
- GOMES CANOTILHO J.J e Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada, I vol.*, 4.ª ed., Coimbra Ed. (2007) ISBN 978-972-32-1462-8;

- GOMES CANOTILHO, J. J. «Brançosos» e Interconstitucionalidades. *Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Almedina Ed., 2ª ed. (reimp)2012, ISBN 978-972-40-3485-0;
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina Ed., 2014, (7.ª reimp da 7.ª ed. de 2003), ISBN 978-972-40-2106-5);
- GOMES RODRIGUES, Álvaro da Cunha: *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal: Estudos sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, (dissertação de doutoramento), Ed. Almedina (Col. Teses), Coimbra, 2013 (ISBN 978-972-40-5159-8);
- GONÇALVES, Iria: *Imagens do Mundo Medieval*, Ed. Livros Horizonte, 1988;
- GONZALEZ QUIRÓS, José Luís: *La filosofía natural de Zubiri*, in *Revista de Libros sobre Xavier Zubiri. Espacio. Tiempo, Materia*. Alianza ed., Fundación Xavier Zubiri, Madrid, n.º 12, Dezembro de 1997;
- GONZÁLEZ-TORRES, Angel Pelayo: *La Intervención Jurídica de la Actividad Médica: El consentimiento informado*, *Cadernos «Bartolome de Las Casas»*, 5, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson Ed., 1997 (ISBN 84-8155-264-X).
- GRANADEIRO VICENTE, Josefina Cerzo: *Consentimento Informado — A verdade com sentido*, Lisboa, 2004 (dissertação de mestrado apresentada, discutida e aprovada na FML).
- GUICHARD, Raúl: *Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil*, Ed. Universidade Católica Portuguesa (UCP), col. Estudos e Monografias, Porto, 1996, (ISBN 972-8069-09-X);
- GUIMARÃES, Ana Paula: *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., 1999 (ISBN972-32-0868-7);
- GUIMARÃES, Ana Paula: *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Ed., 1999 (ISBN 972-32-0868-7);
- GUTIÉRREZ, Javier Veja: Marta SANZ CID, Pelegrín Martínez BAZA, *SIDA: Aspectos Médico-Legales y Deontológicos*, Ed. AA.VV, Universidad de Valladolid, 1999;
- H. COLLINS, Bradley: *Renal transplantation*, in *Medscape*, acessível in <http://www.medicine.medscape.com/article/430128/overview>;
- HAACK, Susan: *The Integrity of Science: What it Means, Why It Matters*, in AA.VV, *Estudos de Direito da Bioética*, II Vol., Almedina, 2008;
- HABERMAS, Jürgen: *O Futuro da Natureza Humana: a Caminho de uma Eugenia Liberal?*(tradução e prefácio de João Carlos LOUREIRO), Almedina, 2006;
- HABERMAS, Jürgen: *Teoria dell'agire comunicativo*, Vol. I (*Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociali*), (trad. Paola Rinaldo), Ed. Il Mulino, 1986;
- HALAIS, Emmanuel: *L'euthanasie, à travers le cas de Vincent Humbert*, avant-propos de [Dominique Lecourt](#), Les notes de l'[Institut Diderot](#), 2011, acessível via [institutdiderot.fr](http://www.institutdiderot.fr): <http://www.institutdiderot.fr/wp-content/uploads/2011/07/pdf/NoteHalais.pdf>
- HART, Herbert L.A.: *Discretion*, in *Harvard Law Review (HLR)*, vol. 127, n.º2, Dezembro de 2003, eBook ISBN 978-1-61027-870-6;
- HART, Herbert: *O Conceito de Direito*, (trad. de Armindo Ribeiro Mendes), Ed. FCG, Lisboa, 1986
- HEGEL, Georg W. F.: *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, escrita em 1802/3. Compulsei a tradução de Artur MORÃO para as Ed. 70, publicada sob o título: *O Sistema da Vida*

- Ética, Ed. Planeta de Agostini/Público, Coleção «Grandes Pensadores», com prefácio (sobre «vida e obra») de Gonçal MAYOS;
- HERDER (Johann Gottfried): *Ensaio Sobre a Origem da Linguagem* (tradução e prefácio de José M. Justo), Ed. Antígona, Lisboa, 1987 (Dep. Legal 18643/87);
- HESPANHA, António M.: *Panorama Histórico da Cultura Jurídico Europeia*, Col. Fórum da História, Ed. Europa-América, 1997;
- HIERRO, José Manuel F.: *Sistema de Responsabilidad Médica*, Comares Ed., Granada, 2002, 4.ª Ed. (ISBN 84-8444-609-3);
- HIPÓCRATES, *Grandeza e miséria dos sistemas da medicina*, in *Conhecer, Cuidar Amar: O Juramento e Outros Textos* (Apresentação e notas de Jean SALEM), Ed. Landy, 2002;
- HIPÓCRATES: HYPOCRATTES, *Works: On Injuries to the Head*, Ed. The Perfect Library, 1849, (trad. Francis Adams), e-book Amazon (ASIN: B00F8EBCK), loc. 4067-4296, §§ 20 e 21, loc. 4280;
- HOJAT, Mohammadreza: *Empathy in Patient Care: Antecedents, Development, Measurement, and Outcomes*, Springer, 2007, (ISBN 13:978-0-387-33607-7);
- HOOF Wannes van e Guido PENNING: *Cross-Border Reproductive Care Around the World: Recent Controversies*, Cap. 7 in AA.VV., *Medical tourism and Transnational Health Care... cit*;
- HÖRSTER, Heinrich Ewald: *Consentimento — Comentário*, in AA.VV *Direitos do Homem de Biomedicina... cit.* pp. 105-113, pp. 95-103;
- HOTTOIS, Gilbert: *O Paradigma Bioético: Uma ética para a tecnociência*, Col. Novas Tecnologias, Ed. Salamandra, Lisboa, 1992 (compulsei ainda a versão espanhola de 1991, Ed. Anthropos);
- HUBBARD. Elbert: *Uma Carta para Garcia*, Padrões Culturais Ed., 2007, ISBN 978-972-87-2189-3;
- HUISMAN Denis e André VERGUÉZ (org.): *Historia de los Filósofos* (trad. Carmen García Trevijano), Tecnos ed., 2.ª ed., 2007 (ISBN 978-84-309-4616-7);
- HUME David: *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principals of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1962;
- HUME David: *Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1988;
- JACKSON, James: *Earthquakes and Tsunamis in the Modern World*, <http://www.geolsoc.org.uk>;
- JAEGER, Werner Wilhelm, *Paideia: A Formação do Homem Grego*, Lisboa, Aster, s.d.;
- JAKOBS Günther e Miguel POLAINO-ORS: *Terrorismo y Estado de derecho*, Ed. Universidad Externato de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2009 (ISBN 978-958-710-446-2; EPUB 978-958-772-015-0);
- JANSON, Horst Waldemar: *História de Arte: Panorama das Artes Plásticas e da Arquitectura da Pré-História à Actualidade*, (trad. J. A. Ferreira de Almeida), Ed. Fundação Calouste Gulbenkian (FCG), Lisboa, 1977;
- JASPERS, Karl: *Introdução ao Pensamento Jurídico* (trad. e prefácio de João BAPTISTA MACHADO), 3.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian (FCG), 3.ª ed., Lisboa, 1977
- JASPERS, Karl: *O Médico na Era da Técnica*, Ed. 70, tradução de João Tiago Proença, 1986

JONAS, Hans: *El Principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (Introduction de Andrés SÁNCHEZ PASCUAL), Herder Ed., 1.ª ed. digital, ISBN digital 978-84-254-3077-0

JONAS, Hans: *Ética, Medicina e Técnica*, Veja, 1994 (tradução e prefácio de FERNANDO ANTÓNIO CASCAIS).

JOUBE DE LA BARREDA, Nicolás: *Aspectos biomédicos: estado actual de la investigación*, Madrid, 8 de Maio de 2008, debate na Fundación Ciudadanía y Valores, in <http://www.investigadoresyprofesionales.org/drupal/content/comentarios-la-ley-142007-de-investigaciones-biom%C3%A9dicas>;

JUSTO, Cipriano: *Acesso aos Cuidados de Saúde. Por que esperamos?* Campo das Letras ed., 2004 (ISBN 972-8610-39-4)

JUSTO, Cipriano: *o Estado das Coisas da Saúde. Políticas de Saúde em Portugal*, Caminho das Letras ed., 2000 (ISBN 978-972-61-0328-8);

KANT, Immanuel: *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*: in *O que é o Iluminismo e a Ideia de Uma História Universal com um Propósito Cosmopolita*: cf. ID: *Vida, Pensamento e Obra*, Planeta De Agostini Ed., 2008, trad. Paulo Morão para Ed. 70;

KANT, Immanuel: *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita* in *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Col. Grandes Pensadores, trad. Artur Morão, Ed. Planeta De Agostini, ISBN 978-989-609-945-9, 2008, pp. 317 e ss.;

KÄUFL, Michael, *Advance Directives — The Reform debate in Germany*, in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 251-265;

KAUFMAN, Dixon B.: *Assessment and Management of the Renal Transplant Patient*, in *Medscape*, acessível in <http://www.medicine.medscape.com/article/429314-overview>;

KHON, Jerome: *Introdução a Responsabilidade e Juízo* (pp. IX a XXXVII), Hannah ARENDT, trad. Miguel Serras Pereira, ed. D. Quixote, 2007, pp. 109-111 (ISBN 978-972-20-2789-2);

KINDHÄUSER, Urs: *Forma, Contenido y Posición Sistemática del Consentimiento en el Derecho Penal* (trd. Juan Pablo Mañalich), in AA.VV, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana* (coord. José de Faria Costa e Urs Kindhäuser), Coimbra Ed., 2013 (ISBN 98-972-32-2028-5), pp. 7-24;

KIRK G. S. e RAVEN J. E.: *Os Filósofos Pré-Socráticos*, (trad. Carlos Alberto Louro Fonseca, Beatriz Rodrigues Barbosa e Mari Adelaide Pegado), Ed. FCG, Lisboa, 1979;

KLEINMAN, Arthur: *Ethics and the Limits of Philosophy*, Ed. Fontana, Londres, 1985;

KLEINMAN, Arthur: *Writing at the Margin: Discourse between Anthropology and Medicine*, University of Californian Press, 1995;

KOKKONEN, Paula: *Informed Consent—A Nordic Perspective*, in *Medicine and Law*, vol. 12, n.º 6/7/8, 1993.

KUTNER, Luis: (1969) *Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal*, in *Indiana Law Journal*: Vol. 44; Iss. 4, Article 2, acessível: http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Fij%2Fvol44%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

- LACEY, Nicola: *The Path Not Taken: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion*, in *Harvard Law Review (HLR)*, vol. 127, n.º 2, Dezembro de 2003, eBook ISBN 978-1-61027-870-6; ,
- LALONDE, Marc: *Nouvelle Perspective de la Santé des Canadiens: Un document de travail*, Ottawa, 1974, cf. <http://www.phac-aspc.gc.ca/ph-sp/pdf/perspect-fra.pdf>;
- LATTANZI, Roberto: *Protecting Health Care Data: From Medical Secrecy to Personal Data Protection. Solution Found?*, in *MedLex*, Ano 6, n.º 11 (2009), pp. 29-41
- LAUREANO SANTOS, Alexandre: *Futilidade Terapêutica*, in AA.VV., *Bioética e Vulnerabilidade... cit.*, pp. 253-263;
- LAYARD, Richard: *Happiness, Lessons from a New Science*, Ed. Penguin, Nova York, 2005;
- LEAL LOPES, António Manuel: *Reflexão sobre as Políticas de Saúde em Portugal. Últimos 30 anos*, 2002, s.dp.,;
- LEAL-HENRIQUES, Manuel/SIMAS SANTOS, Manuel): *Código Penal Anotado*, Vol. II, Ed. Rei dos Livros, 2.ª ed., Lisboa, 1996.
- LEBLANG, Theodore R.: *Informed Consent and Disclosure in the Physician-patient Relationship: Expanding Obligations por Physicians in the United States*, in *Medicine and Law*, 14.
- LEITÃO MARQUES, Sara: *Em torno da responsabilidade penal do médico interno*, in *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, CDBM FDUC, Coimbra Ed., Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 79-97;
- LEITE DE CAMPOS, Diogo: *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo Sobre o Dador*, in AA.VV. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II., Ed. Almedina, 2008;
- LEITE DE CAMPOS: Diogo: *Os Danos causados pela morte e a sua indemnização*, in AA.VV. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1501-4), pp. 133-137;
- LEONE, Carlos: *Pósfácio a DERRIDA, Jacques: De um tom apocalíptico adoptado há pouco em Filosofia*, Ed. Veja, Col. Passagens, Lisboa, 1997;
- LESAGE-JARJOURA, Pauline: *La Cessation de traitement: au carrefour du droit et de la médecine*, (Introdução de Suzanne NOOTENS), Ed. Yvon Blais, Québec, 1990 (ISBN 2-89073-732-2);
- LINDEMANN, Mary: *Medicina e Sociedade no Início da Europa Moderna*, (trad. Carlos Vieira Reis) Ed. Replicação, 2002;
- LINDEMANN, Mary: *Medicina Y Sociedad en la Europa Moderna: 1500-1800*, Siglo Veintiuno de España Ed., trad. Angela Pérez, Madrid, 2001
- LIPOVETSKY, Gilles: *A Era do Vazio: Ensaio sobre o Individualismo Contemporâneo*, (prefácio de Manuel Maria CARRILHO), Ed. 70, Lisboa, 2013;
- LOBATO DE FARIA, Paula: *O Regime jurídico da saúde (Cap. sobre os profissionais de Saúde)* in *Enciclopédia Legal, Selecções do Reader's Digest*, 1987.
- LOCKE, John: *Carta sobre a Tolerância*, Ed. 70, 1997 (trad. João da Silva Gama)
- LONERGAN, Bernard: *Insight — Estudio Sobre La Comprensión Humana*, Ed. Sígueme, Col. Hermeneia, 37, Salamanca, 2.ª ed., 2004 (ISBN 84-301-1295-2);
- LOPES CARDOSO, Augusto: *Papel do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e em especial a sua auto-responsabilidade*, in *Brotéria*, n.º 141, 1994.

LOPES DO REGO, Carlos: *Comentário*, in *RMP.*, ano 23, n.º 45.

LOPES RAIMUNDO, Diana Sara: *A figura do procurador de cuidados de saúde* (dissertação de mestrado), FDUP, 2012, acessível in [http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=6&ved=0CEwQFjAF&url=http%3A%2F%2Frepositorio-](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=6&ved=0CEwQFjAF&url=http%3A%2F%2Frepositorio-aber-)

[to.up.pt%2Fbitstream%2F10216%2F66240%2F2%2F5079.pdf&ei=pyXZU_PLeaooQWJ34HA_AQ&usg=AFQjCNHw56vqX9_1Pabete39QxepgAWtgA&sig2=MYmp-jwZSkXUuAgZGjfxbg](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=6&ved=0CEwQFjAF&url=http%3A%2F%2Frepositorio-aber-to.up.pt%2Fbitstream%2F10216%2F66240%2F2%2F5079.pdf&ei=pyXZU_PLeaooQWJ34HA_AQ&usg=AFQjCNHw56vqX9_1Pabete39QxepgAWtgA&sig2=MYmp-jwZSkXUuAgZGjfxbg)

LOPES ROCHA, Manuel António: *Bioética e nascimento. O diagnóstico pré-natal. Perspectiva jurídico-penal*, in *RMP*, ano 1, fasc. n.º 2;

LOPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: *Defensas en las negligencias médicas*, Dyknsón, Madrid, 1991.

LÓPEZ VEGA, António: *Gregorio Marañón: radiografía de un liberal*, (Introdução de Juan Pablo FUSI) Taurus ed., Madrid, 2011 (ISBN 13 978-8430607945);

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in *Cadernos de Bioética*, Coimbra, Dezembro de 1994.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in *Cadernos de Bioética*, Coimbra, Dezembro de 1994;

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Terapêuticas de Transplantações*, in AA.VV.: *Bioética...cit.*, pp. 285—292;

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Transplantações: um olhar constitucional*, Argumentum 9, Coimbra Editora, 1995.

LOUREIRO, João Carlos: “*O nosso pai é o dador n.º XXX*”: *a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação...*”, in *Lex Medicinæ*, Ano 7., n.º 13 (2010: ISSN 1646-0359), pp. 05-42;

LOUREIRO, João Carlos: *Advance Directives: A Portuguese approach*, in *LexMed*, Ano 5.º, n.º 9, 2008 (ISSN 16646-0359), pp. 5-14;

LOUREIRO, João Carlos: *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito*, in *Cadernos de Bioética*, Ano XI, n.º 25, 2001, pp. 19-53;

LOUREIRO, João Carlos: *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*, in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 195-230;

LOUREIRO, João Carlos: *Constituição e Biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais*, Coimbra, 2003 (Dissertação de doutoramento apresentada na FDUC);

LOUREIRO, João Carlos: *Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 6, 2006, pp. 5-48;

LOUREIRO, João Carlos: *Mors certa, hora incerta (ou hora certa?) valores, direitos escolhas*, in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 181-193;

LOUREIRO, João Carlos: *Nota de Apresentação*, à obra de Jurgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana... cit*;

LOUREIRO, João Carlos: *Protocolo Adicional — Comentários Finais*, pp. 171-203, in AA.VV. (org. Walter OSSWALD: Instituto de Bioética, da Universidade Católica do Porto), *Direitos do Homem e Biomedicina: Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*, UC Ed., 2003;

LOUREIRO, João Carlos: *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber, e o direito*. II – Cuidado(s), in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 4, Abil-Maio;

LOURENÇO, Eduardo: *Do Intolerável: o Esplendor do Caos*, Ed. Gradiva, 1998

LOVELL Allison: e Patsy YATES: *Advance Care Planning in palliative care: A systematic literature review of the contextual factors influencing its uptake 2008-2012*, in *Palliative Medicine*, n.º 28, (7) Maio 2014 (sumário acessível in <http://pmj.sagepub.com/content/early/2014/05/12/0269216314531313.abstract>)

Lúcia RAPOSO, Vera: *Do acto médico ao problema jurídico*, Almedina Ed. (Col. Vd'A), 2013 (ISBN 978-972-40-4936)

LUHMANN, Niklas: *Sociología del Riesgo*, (trad. coord. Javier Torres Nafarrate), Universidad Iberoamericana, México. Ed. 3.ª ed., 2006 (ISBN 968-859-628-0);

M. MARTIN-CASALS e Jordi RIBOT in AA. VV.: *Essential Cases on Damage*, pp. 947-949; in Vol. 2 of the *Digest of European Tort Law*, B. Winiger, H. Koziol, B. A. Koch, R. Zimmermann Ed., De Gruyter, Germany, 2011 (e-ISBN 978-3-11-024848-4);

M. PERIS RIERA, Jaime: *Orden Biológico v.º Orden Jurídico: El Derecho en el Tercer Milénio*, Instituto de Derecho Y Etica Industrial (IDEI), 1997;

MACHADO, Jónatas E. M.: *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Coimbra Ed., 3.ª ed., 2006 (ISBN 978-972-32-1442-0);

MACIEL Daniel e Helena MACHADO, *Biovigilância e governabilidade nas sociedades de informação*, pp. 141-166, in AA.VV: *Bases de Dados Genético Forenses* (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8

MACINTYRE, Alasdair: *Dependant Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues (The Paul Carus Lectures Series)*, Open Court, Chicago and La Salle, Illinois, 1998 (eISBN 978-0-812-69705-6);

MALAUURIE Philippe e Hugues FULCHIRON: *La Famille* (Col. Droit Civil: coord. Philippe Malaurie e Laurent Aynès), Defrénois, Textenso Ed., 4.ª ed., 2011 (ISBN 978-2-85623-187-6);

MALTHUS, Thomas: *An Essay on the Principle of Population*, Penguin Classics Books, 1982 (coord. Anthony Flew);

MAÑALICH (R.), Juan Pablo: *Normas Permissivas y Deberes de Tolerancia*, in AA.VV: *La Antijuricidad en el Derecho Penal: Estudios sobre las normas permisivas y la legitima defensa* (coord. Pawlick | Kindhäuser | Wilenman | Mañalich), BdeF Ed. (Buenos Aires-Montevideo), 2013 (ISBN 978-9974-708-19-8), pp. 177-281;

MANDY, Marie: *L'Uterus Artificiel, le ventre de personne*, documentário (ODISSEIA) acessível através de <https://www.youtube.com/watch?v=ZF6xBg5GQ9A>;

- MANTOVANI, Ferrando: *Manipulaciones Genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, I, Julho-Dezembro, 1994
- MARAÑÓN, Gregorio; Pedro LAÍN ENTRALGO, et al: *El médico y su ejercicio profesional en nuestro tiempo*, Editora Nacional, Madrid, 1952;
- Marc AUGÉ: *Indivíduos sem filiação; Debate: Fabricar o parentesco*; pp. 119-131; 134-144, in AA.VV., *Clonagem Humana* (trad. Sandro Nóbrega), Quarteto Ed., 2001 (ISBN 972-8535-28-7);
- MARQUES, Manuel Silvério: *A Medicina Enquanto Ciência do Indivíduo*, Dissertação de Doutoramento apresentada na FMUL, 2002 (ISBN)
- MARQUES, Manuel Silvério: *A Pequena Pedra ou a Vontade da Pessoa e o Peso da Realidade*, in AA.VV: *A condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, pp. 617-664
- MARQUES, Manuel Silvério: *O Espelho declinado: Natureza e Legitimação do Acto Médico*, Ed. Colibri, Col. Forum de Ideias, 1999;
- MARQUES, Manuel Silvério: *O Umbigo Simbólico — notas partidas do Juramento Hipocrático*, in AA.VV, *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa Couto Soares), Ed. Colibri, Col. Forum de Ideias, 1999;
- MARTINEZ-CALCERRADA, Luiz: *El Medico en el Derecho Civil*,. *Derecho Médico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986
- MARTINHO DA SILVA, Paula e Marta COSTA: *LPMA Anotada (e legislação complementar)*, Ed. PLMJ, Coimbra Ed., 2011, ISBN 978-972-32-1905-0;
- MARTINHO DA SILVA, Paula: *A Procriação Artificial — Aspectos Jurídicos*, Moraes Ed., 1986;
- MARTINHO DA SILVA, Paula: *CDHBio anotada* (Prefácios de Luís ARCHER, Daniel SERRÃO, Octavi QUINTANA-TRIAS), Cosmos Ed., 1997 (ISBN 972-762-050-7);
- MARTINHO DA SILVA, Paula: *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina— anotada*, Lisboa, 1997.
- MARTINHO DA SILVA, Paula: *Em torno da discussão sobre transplantes de órgãos e tecidos—o caso particular de Portugal e Espanha*, *Brotéria*, 137, n.º 6, Dezembro de 1993.
- MARTINHO DA SILVA, Paula: *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade civil da equipa de saúde ou do médico* in AA.VV.: *O Consentimento Informado - Actas... cit..* pp. 73—79
- MARTINHO DA SILVA, Paula: *O anonimato do dador*, in *BOA*, I, 1987, pp. 1 e ss.);
- MARTINS RIBEIRO, Jorge: *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido contra a Sua Vontade* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., 2013 (ISBN 978-972-32-2133-6)
- MARTINS, Luís e José FRAGATA: *o Erro em Medicina. Perspectiva do Indivíduo, da Organização e da Sociedade* (colaboração de Cláudia BORGES e Daniel PROENÇA DE CARVALHO), Almedina Ed., Coimbra, 2006, ISBN 972-40-2347-8;
- MARTINS, Rosa Cândido: *A Criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, Separata das *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, BFDUC, Coimbra Ed., 2004, pp. 791-831;
- MASSANO CARDOSO, Salvador: *PMA — Para quê, para quem, com que custos?* Comunicação proferida na Conferência do CNECV: *As leis da IVG e da PMA — um apreciação Bioética*,

Porto, 17 de Maio de 2011, acessível via www.cnpma.org.pt/Docs/ComunicacaoMC%20PMA.pdf;

MATTOS, Júlio de: *Manual das Doenças Mentais*, Campos & Godinho Ed., Livraria Central, Porto, 1884;

MAYER LUX, Laura: *Autonomía del Paciente y Responsabilidad Penal Médica*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (Valparaíso, Chile, vol. 37, n.º 2, 2011, pp. 371-413; acesso via <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/issue/view/41>;

MAYMONE MARTINS, Fernando António: *Contribuição para a revisão do sistema de saúde em Portugal*, in *Brotéria*, n.º 5, vol. 143.

MAYOS, Gonçal: *La Sociedad de la Incultura: Cara oculta de la sociedad del conocimiento?*, in AA.VV: *La Sociedad de la Ignorancia y otros ensayos*, ed. Libros Infonomia, cf. <http://www.google.pt/url> (Reconocimiento-No comercial 3.0 No adaptada de Creative Commons: más información a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/deed.es>);

MCLAREN, Angus: *História da Contraceção: da antiguidade à actualidade*, Terramar Ed., 1997 (ISBN 972-710-157-7)

MCLEAN, Sheila /GERRY MAHER, *Medicine, Morals and the Law*, Gower, Hampshire, 1983.

MCLEAN, Sheila A. M.: *Autonomy, Consent and the Law*, (Routledge-Cavendish), Taylors & Francis e-Library, 2009|2010 (ISBN13; 978-0-203-87319-9 (ebk) (via Kindle);

MEDEIROS, Rui (Jorge Miranda): *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MEDINA CARREIRA, Henrique: *O Estado e a Saúde*, in *Cadernos do PÚBLICO*, n.º 2, Lisboa, 1996.

MEISEL, Alan: *The Right to Die*, Vol. I, Wiley Law Publications, 1989 (ISBN 0-471-84687-2)

MÉNDEZ LÓPEZ Yoeli y Patricia VILLAMEDIANA MONREAL, *Consideraciones bioéticas, biojurídicas y sociales sobre la aplicación del diagnóstico genético preimplantacional*, in *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, vol. 72, n.º 2, 2012, pp. 115 e ss., cf. <http://www.sogv.org/ROGV/2012Vol72N2.pdf#page=47>;

MENEZES CORDEIRO, António: *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina (5.ª reimp), 2013 (ISBN 978-972-40-1011-3);

MENEZES CORDEIRO, António: *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 1997.

MENEZES CORDEIRO, António: *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, t. I, Almedina, Coimbra, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António: *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III: *Pessoas*, Almedina Ed., 2.ª Ed., 2007

MENEZES CORDEIRO, António: *Tratado de Direito Civil*, I, (4.ª ed.) Almedina, 2012 (ISBN 978-972-40-4776-8)

MENEZES CORDEIRO, António: *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral – *Pessoas*, IV, 3.ª ed., Almedina Ed., 2011 (ISBN 978-972-40-4457-6);

MILLOT, *L'art d'améliorer et de perfectionner les hommes*, Paris, 1801;

MIRANDA BARBOSA, Mafalda: *A Jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte*, in *Cadernos de Direito Privado*, 38, Abril|Junho de 2008 (ISSN 1645-7242)

MIRANDA JUSTO, João Manuel Rosado de: in *A Infertilidade do Ponto de Vista Psicológico*, in AA.VV.: *Bioética e Vulnerabilidade* (coord. Ana Sofia Carvalho), Almedina Ed., 2008 (Dep Leg 272361/08), pp. 31-45;

MIRANDA RODRIGUES, Anabela: *Comentário Conimbricense... cit.*, anotações ao art. 168.º, pp. 497 e ss.; 501 e s

MIRANDA RODRIGUES, Anabela: *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária — Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge (Rui Medeiros): *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge de: *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª Ed., Almedina Ed., 2012 (ISBN 978-972-32-22010-0); — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Ed., 4.ª ed., 2013 (978-972-32-22118-3);

MOLINA, Manuel: *La ley más antigua. Textos legales sumerios*. Trotta Ed., Madrid, 2000;

MÓNICA, Maria Filomena: *A Morte*, Relógio d'Água Ed. para Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011 (DepLeg n.º 329647/11);

MONIZ Helena: (colab. Carla BARBOSA), *Legislação de Direito da Medicina*, Coimbra Ed., 1.ª ed., 2008 (ISBN 978-972-32-1584-7);

MONIZ Helena: Guilherme de OLIVEIRA e André DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojecto de 2010*, in *LexMed*, 9, n.º 18, 2012, pp. 15-33, CDBM da FDUC, Coimbra Ed.;

MONIZ, Helena: *a propósito do Ac. RL 18.12.2007*, in *LexMed*, Ano 9, n.º. 16 (2011), pp. 179-196;

MONIZ, Helena: *A Protecção de Dados Pessoais sobre a Informática*, in *RPCC*, ano 7.º, n.º 2, 1997, pp. 231-298;

MONIZ, Helena: *Agravação pelo Resultado?: Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado.*, (Dissertação de Doutoramento), Coimbra Ed., 2009, (ISBN 978-972-32-1742-1);

MONIZ, Helena: *Eutanásia Precoce: dúvidas e interrogações*, in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 343-357;

MONIZ, Helena: *Legislação de Direito da Medicina*, (Colaboração da Dr.ª Carla Barbosa), Coimbra Ed., 2008 (ISBN 978-972-32-1584-7);

MONIZ, Helena: *Parâmetros Adjectivos, Constitucionais e de Direito Comparado, na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro*, in AA.VV: *Bases de Dados Genético Forenses* (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8, pp. 47-66;

MONIZ, Helena: *Risco e negligência na prática clínica*, in *RMP*, 130, abr.-jun, 2012, pp. 81-100

MONIZ, Helena: *Segredo Médico (anotações ao Ac. RC de 5 de Julho de 2000 e ao Ac. RP de 20 de Setembro de 2000)* *RPCC*, Ano 10, n.º. 4.º (Out - Dez, 2000);

- MONTAIGNE: *Essays of Montaigne*, Translated by Charles Cotton, 1877 (edição de acesso livre em Kindle): Book The First, Chapter XXV: *Of The Education of Children: To Madame Diane de Foix, Comtesse de Gurson* (loc. 3396 a 4327); Chapter XXX: *Of Cannibals* (loc. 5038 a 5355);
- MONTEIRO, J. A.: *Infecções Nosocomiais. Alguns Aspectos*, in *Acta Médica Portuguesa*, 1993, n.º 6, pp. 135-140;
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Dois Tomos, (Introdução, notas e cronologia de Robert Derathé), ed. Garnier Frères (Col. *Classiques*), 1973;
- MORAIS, Maria da Graça David de: *Causas de Morte no Séc. XX: Transição e Estruturas da Mortalidade em Portugal Continental*, Ed. Colibri/Cebtro Interdisciplinar de História, Culturas e Sociedades da Universidade de Évora (CIDEHUS), Lisboa, 2002;
- MOREIRA, Adriano: *O regresso das boas razões*, in AA.VV: *Contributos para a Bioética em Portugal* (coord. João Ribeiro da Silva; António Barbosa; e Fernando Martins Vale, CBio-FMUL, Cosmos, Lisboa, 2002;
- MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda *El Nuevo Sistema de Protección de la Persona com Autonomia Limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependência*, in AA.VV (Carlos Lasarte Álvarez: Director), *La Protección de las Personas Mayores*, Tecnos Ed., 2007 (ISBN 978-84-309-4579-5), pp. 31-49
- MORIN, Edgar: *El Paradigma Perdido*, Ed. Keirós, 1974;
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da: *Cessão da posição Contratual* (dissertação de doutoramento), Almedina Ed. (reimp), 2003, ISBN 978-972-40-0040-4;
- MOTA PINTO, Paulo da: *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, BFDUC | Vol. LXXVI, Coimbra, 2000;
- MOTA PINTO, Paulo da: *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in BFDUC | Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pp.;
- MOTA PINTO, Paulo da: *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in AA.VV., *Portugal-Brasil Ano 2000*, BFDUC | Coimbra Ed., 1999, pp. 149-246;
- MOTA PINTO, Paulo: *Declaração de voto no Ac. TC. N.º 228/2007, de 28/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt> .
- MOTA PINTO, Paulo: *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.
- MOTA PINTO, Paulo: *Indemnização em caso de «nascimento indevido» e de «vida indevida» («wrongful birth» e «wrongful life»)*, in AA.VV, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais (Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier)*, Vol. III, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1545-8), pp. 915-946
- MOTA PINTO, Paulo: *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade in Portugal – Brasil Ano 2000 (Tema Direito)*, *Boletim da FDUC*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149-246.
- MOTA PINTO, Paulo: *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *BFDUC*, LXXVI, Coimbra Ed., 2000;
- MOURA DE RAMOS, Rui Manuel: *Da Comunidade Internacional e do seu Direito — Estudos de direito internacional público e relações internacionais*, Coimbra Ed., 1996 (ISBN 978-972-32-0748-4);

- MOURAZ LOPES, José: *A Decisão Judicial: O processo de fundamentação*, pp. 139-147, in AA.VV., *Justiça XXI: Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária* (Coord. Rui do CARMO), Coimbra Ed., 2012 (ISBN 978-972-32-2123-7);
- Nadine FRESCO, *Protestos, aclimação; Debate: Ética do ser vivo e eugenismo*, pp. 145-156; 158-166, in AA. VV., *Clonagem Humana* (trad. Sandro Nóbrega), Quarteto Ed., 2001 (ISBN 972-8535-28-7);
- NANNINI, Ubaldo G., *Il Consenso al Tratamento Medico — Presupposti Teorici e Applicazioni Giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, (Publicazione della Facoltà Giuridica Dell'Università di Ferrara, 2.^a serie, n.º 24), Giuffrè Ed., Milão, 1989 (ISBN 88-14-01828-6
- NAZARETH, J. Manuel: in *Introdução: Maria da Graça David de MORAIS, Causas de Morte no Séc. XX: Transição e Estruturas da Mortalidade em Portugal Continental*, Ed. Colibri/Cebtro Interdisciplinar de História, Culturas e Sociedades da Universidade de Évora (CIDEHUS), Lisboa, 2002;
- NETO Luísa: *Novos Direitos — ou novo(s) objecto(s) para i Direito?*, UPorto Ed., 2010 (ISBN 978-989-8265-28-9);
- NETO, Luísa: *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (RFDUP)*, Ano I, 2004, Março, pp. 221 a 246, Coimbra Ed., 2004;
- NETO, Luísa: *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo: a relevância da vontade na confirmação do seu regime*, Teses, 5, FDUP, Coimbra Ed., 2004 (ISBN 972-32-1243-9);
- NETO, Luísa: *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, Coimbra Editora, 2004.
- NEU, Gaston: (*Responsabilité professionnelle du médecin*, in AA.VV., *La responsabilité médicale en Droit Luxembourgeois*, ed. Bruylant, Bruxelas, 1992
- NIEUW, AD: *Informed Consent*, in *Medicine and Law*, vol. 12, n.º 1/2, 1993.
- NOLL, Peter: *In The Face of Death*, inclui a oração fúnebre de Max FRISCH, pp. 249-254, (trad. Hans Noll), Penguin books Ed., New York, 1990 (ISBN 0-14-00.8165-8)
- NOOTENS, Suzanne: *Préface à La Cessation de traitement: au carrefour du droit et de la médecine*, de Pauline LESAGE-JARJOURA, (pp. XV a XVIII), Ed. Yvon Blais, Québec, 1990 (ISBN 2-89073-732-2);
- NOVA ENCICLOPÉDIA LAROUSSE (NELAROUSSE), Ed. Círculo de Leitores, 1997;
- NUNES Rui: e Helena PEREIRA DE MELO, *Testamento Vital*, Almedina e FDUNL (Col. SPEED), 2012 (ISBN 978-972-40-4538-2);
- NUNES, Emília: *Celebração do 25.º Aniversário da Carta de Ottawa*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública (RPSP)*, 2011; 29(2), com acesso via internet através do endereço: <http://www.scielo.mctes.pt/pdf/prsp/v29n2/v29n2a13.pdf>.
- NUNES, Rui: *Dimensão Ética na Abordagem do Doente Terminal*, in *Cadernos de Bioética*, n.º 3, Ed. Centro de Estudos de Bio-Ética, Dezembro, 1993, pp 13-48
- NUNES, Rui: *Regulação da Saúde*, Vida Económica ed., 2005 (ISBN 972-788-141-6);
- NUSSBAUM, Martha: *Upheavels of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, 2001
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: *Direito e Bioética*, in AA.VV., *Direito da Saúde e Bioética*, cit..

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: *Direito e Bioética*, in *ROA*, Ano 51, II, Julho 1991, pp. 429-458;

OLIVEIRA Guilherme de: *Legislar sobre Procriação Assistida*, in AA.VV.: *Procriação Assistida — Colóquio Interdisciplinar (11-12 de Dezembro de 1991)*., Publicações CDM|FDUC, n.º 2, Coimbra, 1993, pp. 73 e ss.; e in *Temas...*, CDBM, I... cit., pp. 73 e ss;

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira: *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos*, CDF|FDUC 23, Coimbra Ed., 2011 (ISBN 978-972-32-1874-9):

OLIVEIRA, Francisco Xavier de: (*O Cavaleiro de Oliveira*) *Cartas* (org. Vasco GRAÇA MOURA), Col. *Os Grandes Clássicos da Literatura Portuguesa*, Planeta d'Agostini Ed., Lisboa, 2004 (ISBN 972-747-775-5);

OLIVEIRA, Guilherme de: *A família e os menores*, in *Enciclopédia Legal*, Selecções do Reader's Digest, Lisboa, 1987;

OLIVEIRA, Guilherme de: — *A lei e o laboratório*, in ID., *Temas de Direito da Família*, 77-94;

OLIVEIRA, Guilherme de: — *A prova directa do vínculo biológico* [Anotação ao Ac. S.T.J. de 10.05.1994], in ID., *Temas de Direito da Família*, 237-242;

OLIVEIRA, Guilherme de: — *Estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas*, in ID., *Temas de Direito da Família*, 57-75;

OLIVEIRA, Guilherme de: — *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, in ID., *Temas de Direito da Medicina*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito da Família / Coimbra Ed., 1999;

OLIVEIRA, Guilherme de: (e Francisco PEREIRA COELHO), *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I: *Estabelecimento da Filiação; Adopção* (colaboração Rui Moura Ramos), Coimbra Ed., 2006 (ISBN 972-32-1385-0);

OLIVEIRA, Guilherme de: *A criança maltratada*, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Ed., 1999;

OLIVEIRA, Guilherme de: *Caducidade das acções de investigação*, in AA.VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, pp. 49-58, ou in *Lex Familiae*, Ano 1 – n.º 1 – 2004, pp. 7-13;

OLIVEIRA, Guilherme de: *Critério jurídico da paternidade*, Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1983;

OLIVEIRA, Guilherme de: e Rafael VALE E REIS, *Anonymat du donneur au Portugal*; in AA.VV (Dir. Brigitte FEUILLET-LIGER), *Procréation médicalement assistée et anonymat: Panorama international*, Emile Bruylant Ed., 2009 (ISBN 978-280-27-2689-0), pp. 239-250;

OLIVEIRA, Guilherme de: *Estabelecimento da filiação. Notas aos Artigos 1796.º a 1873.º do Código Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991;

OLIVEIRA, Guilherme de: *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125.º, n.º 3815, n.º 3816 e n.º 3819 (*).

OLIVEIRA, Guilherme de: Helena MONIZ e André DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojecto de 2010*, in *LexMed*, 9, n.º 18, 2012, pp. 15-33, CDBM da FDUC, Coimbra Ed.;

OLIVEIRA, Guilherme de: *Impugnação da paternidade*, (1976), in *B.F.D.U.C.*, Suplemento XX – 1973 (o estudo, dissertação, é de 1976), pp. 139-265;

- OLIVEIRA, Guilherme de: *Mãe há só ~~uma~~ duas: O Contrato de Gestação*, Col. Argumentum 2, Coimbra Ed., 1992 (ISBN 972-32-0614-5);
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Medicina Preventiva — será assim tão diferente da... Medicina?*, in *LexMed*, 5, n.º 10, 2008 (ISSN 1646-0359), pp. 05-14;
- OLIVEIRA, Guilherme de: *No-patient safety in Reproductive Medicine*, in *MedLex*, n.º especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 119-130
- OLIVEIRA, Guilherme de: *No-patient safety in reproductive Medicine*, in *LexMed*, N.º Especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 119-130;
- OLIVEIRA, Guilherme de: *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 132.º, n.º 3898. (*)
- OLIVEIRA, Guilherme de: *O Direito do diagnóstico pré-natal*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 132.º, n.º 3898 (*);
- OLIVEIRA, Guilherme de: *O fim da «arte silenciosa» (O dever de informação dos médicos)*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128.º, n.º 3852 e n.º 3853;
- OLIVEIRA, Guilherme de: *O Fim da Arte Silenciosa*, in *Temas do Direito da Medicina*, CDBM da FDUC, I, Coimbra Ed., 1999;
- OLIVEIRA, Guilherme de: *O Sistema Nacional de Notificações de Incidentes e de Eventos Adversos (SNNIE)*, in *MedLex*, 9, n.º 18, 2012 (ISSN 1646-0359), pp. 5-12;
- OLIVEIRA, Guilherme de: *O Testamento: Apontamentos*, Reproset Ed., .s.l., s.d.
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Prática médica, informação e consentimento*, in *Coimbra Médica*, 14, 1993.
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina de Direito da Família*, Coimbra, 1987;
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito da Família / Coimbra Ed., 2001 (ISBN 978-972-321-001-9):
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Um caso de selecção de embriões*, in *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 1, 2004 (ISSN 1646-0359), pp. 7-13;
- OLIVEIRA, Guilherme de; *A auto-regulação profissional dos médicos*, in *RLJ*, 134, Junho de 2001;
- OLIVEIRA, Guilherme de; Helena MONIZ e André DIAS PEREIRA: *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojecto de 2010*, in *MedLex*, Ano 9, n.º 18, 2012 (ISSN 1646-0359), pp. 13-35
- OLIVEIRA, Guilherme de; *Prática médica, Informação e Consentimento* in *Coimbra Médica*, 14, 1993, pp. 165-170
- OLIVEIRA, Tiago de: *Alguns Comentários sobre o «Tractatus» de Ludwig WITTGENSTEIN... cit.;*
- OSSWALD, Walter: *Para Além do Espelho: Imagens e Argumentos a Propósito da Clonagem*, in AA.VV: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 569-578
- OTERO, Paulo: *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina Ed., 1999 (Dep.Leg. 141988/99);

- PACHECO, Susana (Maria do Céu Patrão Neves): *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios*, Gráfica de Coimbra, 2004.
- PALMA, Fernanda: *Relatora do Ac. TC. N.º 228/2007, de 28/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>
- PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos: *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*, in AA.VV.: *Estudos de Direito da Bioética* (coord. José de OLIVEIRA ASCENSÃO), Almedina Ed., Coimbra, 2005, pp. 93-112;
- PATRÃO NEVES, Maria do Céu (Susana Pacheco): *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios*, Gráfica de Coimbra, 2004.
- PAULI, H. & Thure von UEXCULL: *The Mind-Body Problem in Medicine, Advances*, 3, 4, (pp. 159 a 174);
- PEDRO, Rute Teixeira: *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de «chance» e a tutela do doente lesado*, CDBM|FDUC, 15, Coimbra Ed., 2008 (ISBN 978-972-32-1693-3);
- PEDROSO DE LIMA, João Tiago: *Tolerância, desconstrução e hospitalidade: sobre a imigração em Portugal*, in AA.VV. *Política, Cidadania & Cultura numa Era Global*, Ed. Silvério da Rocha e Cunha, Instituto Superior Económico e Social de Évora (ISESE), Évora, 2005, pp. 105-122
- PEINADO, Federico Lara: *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 1992 (ISBN 84-309-1352-1);
- PENCE, Gregory. E.: *Mitos, Factos e Preocupações Éticas sobre a Clonagem Humana*, in AA.VV.: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 551-568;
- PEREIRA COELHO, Francisco e Guilherme de OLIVEIRA: *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I: *Estabelecimento da Filiação; Adopção* (colaboração Rui Moura Ramos), Coimbra Ed., 2006 (ISBN 972-32-1385-0);
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel: *A renúncia abdicativa no direito civil*, BFDUC, *Stvdia Ivridica*, Coimbra, 1995.
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel: *Curso de Direito da Família*, I, *Direito Matrimonial*, Atlântida Ed., Coimbra, 1965
- PEREIRA COELHO, Francisco: *O Nexo da Causalidade na Responsabilidade Civil*, in BFDUC, *Suplemento 9*, 1951, pp. 65-242
- PEREIRA COELHO, Francisco: *Procriação Assistida com Gâmetas do Casal*, in AA.VV.: *Procriação Assistida — Colóquio Interdisciplinar (11-12 de Dezembro de 1991)*, *Publicações CDM|FDUC*, n.º 2, Coimbra, 1993 pp. 9-31;
- PEREIRA DE MELO, Helena: *Manual de Biodireito*, Almedina Ed., 2008 (ISBN 978-972-40-3495-9);
- PEREIRA DE MELO, Helena: *O Direito a morrer com dignidade*, in *LexMed*, Ano 3, n.º 6, 2006 (ISSN 1646-0359), pp. 69-79
- PEREIRA, Mário Monteiro: *História da Medicina Contemporânea*, I Vol., 3ª ed., Ed. Sociedade de Expansão Cultural, Lisboa, 1963;
- PEREIRA, Rui: *O Consentimento do Ofendido e as Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos Arbitrários*, in *Introdução ao Estudo da Medicina Legal*, I (LESSEPS L. REYS/RUI PEREIRA), ed. A.A.F.D.L., 1990.

- PERELMAN, Chaïm: *Ética e Direito*, (trad. Maria Ermantina Galvão) Martins Fontes, São Paulo, 2000 (ISBN 85-336-0521-8);
- PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*, (trad. Verginia K. Pupi), Martins Fontes Ed., S. Paulo, 2000 (ISBN 85-336-0959-0);
- PEREZ M. Alonzo: *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, STUDIA IURIDICA, 21, BFDUC, Coimbra Ed., 1996, ISBN 972-32-0734-6, pp. 204-218;
- PÉREZ VENEGAS, *El secreto médico profesional y situaciones de conflicto*, in revista *General de Derecho*, enero-febrero, 1997;
- PERRON, Jacques Du: *The French Anas: Charpentier. Santeuil, Colomies. Scaliger. Menage. Boileau*; (Francis Charpentier: 1620-1702), Vol II, Londres, «Printed for Richard Phillips» by Slatter & Munday, Oxford, 1805, acessível https://openlibrary.org/books/OL23549969M/The_French_Anas.
- PESSINI Léo e Christian de Paul de BARCHIFONTAINE: *Problemas Actuais de Bioética*, Faculdades Integradas São Camilo, Loyola Ed., 3.^a ed., 1996 (ISBN 85-15-00321-X);
- PICARDIE, Ruth; *Before I Say Goodbye*, Penguin, Londres, 1998;
- PICO DE LA MIRANDOLA, Giovanni: *Discurso Sobre a Dignidade do Homem*, trad. Maria de Lurdes Sigado Ganho e *Estudo Pedagógico Introdutório de Luís Loia*, Ed. 70, 2011, ISBN 978-972-44-13372-2
- PICTORIUS, G.: *Les Sept Dialogues*, Paris, 1957;
- PINHEIRO, Jorge Duarte: *Mãe Portadora — a problemática da mãe de substituição*, in AA.VV, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina Ed., Lisboa, 2008, DepL 26279707, pp. 323-344;
- PINTO CORREIA, Clara: *Clones Humanos: a nossa autobiografia colectiva*, Ed. Relógio de Água, 1999;
- PINTO CORREIA, Clara: *Na Linha da Frente na Manipulação de Gâmetas e Embriões: Alguma Gíria para o Futuro*, in AA.VV: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009;
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: "Considerações em torno do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina relativo à transplantação de órgãos e tecidos de origem humana", in: *Lex Medicinæ — Revista portuguesa de direito da saúde*, n.º 2, 2004, pp. 15-23.
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: "O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética", in: *Lex Medicinæ*, ano 8, n.º 15 (2011), págs. 29-33
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: "Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa", in: *Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2005, pp. 127-255.
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: "Autonomia, dignidade e transplantação de órgãos", in: *Pessoas transparentes. Questões actuais de bioética*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pp. 121-143
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: "Direitos de personalidade: contributo para a revisão das disposições do Código Civil português", in: *Themis*, 2008, pp. 209-227.

PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: “O princípio da interpretação amiga dos Estados-membros da União Europeia”, in: *JusJournal* — 26 de Janeiro de 2010 — in: WWW: < <http://www.jusjournal.pt> >

PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: *O Direito Geral de Personalidade e a ‘Solução do Dissentimento’*, CDBM da FDUC n.º 5, Coimbra Editora, 2002.

PINTO MONTEIRO, António: *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina Ed., 2011 (2.ª reimp) ISBN: 9789724019192;

PINTO MONTEIRO, António: *Direito a não nascer? Ac. STJ de 19 de Junho de 2001*, in *RLJ*, Ano 134.º, n.º 3933 (ISSN 0870-8487), pp. 371-384;

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel: *O Direito Geral de Personalidade e a «Solução do Dissentimento»: Ensaio sobre um caso de «Constitucionalização do Direito Civil»*, FDUC|CDBM n.º 5 (Dissertação de Doutoramento), 2002 (ISBN 972-32-1074-6);

PIRES DE SOUSA, Luís: *O Ónus da prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais Atinentes à tramitação deste Tipo de Acção (competência, Tramitação do processo, Prova Pericial)*, acessível in <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade>

PITA, João Rui: *Farmácia, Medicina e Saúde Pública em Portugal (1772-1836)*, Ed. Minerva, Coimbra, 1996;

PLATÃO, *Hípias (menor), Diálogo Sobre o Engano* (trad. Sant’Anna Dionísio), Seara Nova, 1945;

PLATÃO, *Oeuvres Completes, II vol.*, Gallimard: *Bibliothèque de la Pléiade*, 1969 (trad. e anot. por León Robin com a colaboração de M. J. Moreau), pp. 768 e s.; ID, *Las leyes*, Ed. José Manuel Ramos Bolaños, Ed. Akal Clasica, 1988, pp. 191-193;

POLAINO-ORS Miguel E Günther JAKOBS: *Terrorismo y Estado de derecho*, Ed. Universidad Externato de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2009 (ISBN 978-958-710-446-2; EPUB 978-958-772-015-0);

POL-DROIT, Roger: *A Identidade perturbada: Debate: Falsos receios, verdadeiros sofrimentos*, pp. 97-106; 108-118, in AA. VV., *Clonagem Humana* (trad. Sandro Nóbrega), Quarteto Ed., 2001 (ISBN 972-8535-28-7);

PONTE, Cristina: *Notícias e Silêncios: A Cobertura da SIDA no Diário de Notícias e no Correio da Manhã*, Porto Ed., 2004;

PUREZA, José Manuel: *El patrimonio común de la humanidad: Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?* Ed. Trotta, Madrid, 2002;

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues: *O Fundamento do Direito Internacional*, in *BFDUC*, XXIV, 24, 1948, pp. 294-321;

QUINTAS, Paula do Couto: *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado — Direitos (Des)Figurados* (dissertação de doutoramento), Ed. Almedina (Col. Teses), 2013 (ISBN 978-972-40-5135-2);

QUINTELA DE BRITO, Teresa: *Os Crimes contra a integridade física* in (AA.VV.: *Direito Penal—Parte Especial: Lições, Estudos e Casos* /Teresa QUINTELA DE BRITO e Paulo SARAGOÇA DA MATA e João CURADO NEVES e Helena MORÃO, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1476-5);

RALWS John: *Justiça e Democracia*, Martins Fontes, S. Paulo, 2002, (ISBN 85-336-1207-9);

- RALWS, John: *Uma Teoria da Justiça*, (tradução de Carlos Pinto Correia), Presença Ed., 2013 (ISBN 978-972-23-1715-3);
- RAPOSO, Mário: *Consentimento Informado na Relação Médico-Doente*, in *O Direito*, ano 124, pp. 407-413;
- RAPOSO, Mário: *O Estatuto do embrião e problemas conexos*, in AA. VV.: *Procriação Assistida — Colóquio Interdisciplinar (11-12 de Dezembro de 1991)*., Publicações CDM|FDUC, n.º 2, Coimbra, 1993, pp. 99-120;
- RAPOSO, Vera Lúcia: *As wrongful actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, in *RPDC*, 21, 2010, pp. 61-99, igualmente publicado em *Impactm*, Imprensa da Universidade de Coimbra, via URI: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210>;
- RAPOSO, Vera Lúcia: *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, CDBD|FDUC, 10, Coimbra Ed., 2005 (ISBN 972-32-1345-1);
- RAPOSO, Vera Lúcia: *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Ed., 2005, CDBM|FDUC: 10 (ISBN 972-32-1345-1);
- RAPOSO, Vera Lúcia: *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, in *RMP*, 125; janeiro-Março 2011; pp. 17-195;
- RAPOSO, Vera Lúcia: *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Med*, Ano 2, n.º 3 (2005);
- RAPOSO, Vera Lúcia: *Do Ato Médico ao Problema Jurídico: Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Profissional na Jurisprudência Nacional*, Almedina Ed., Coimbra, 2012 (ISBN 978-972-40-4936-6);
- RAPOSO, Vera Lúcia: *Em Nome do Pai (... da Mãe, dos dois Pais e das Duas Mães)*, *Lex Medicinae*, Ano 4, n.º 7, 2007 (ISSN 1646-0359), pp. 37-51;
- RAPOSO, Vera Lúcia: *O Poder de Eva: O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos; Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva*, Almedina Ed., Coimbra, 2004 (ISBN 9789724019857);
- RAVALLION, Martin e Sudhir ANAND: *Human Development in Poor Countries, On the Role of Private Incomes and Public Services*, *Journal of Economics Perspectives*, 7, 1993;
- RAWLS John: *Justiça e Democracia*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, (ISBN 85-336-1207-9);
- REBELO DE SOUSA, Marcelo: *Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?* in AA.VV., *Direito da Saúde e Bioética*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1996.
- REIS MARQUES, António dos: *Lei de Saúde Mental e internamento compulsivo*, in AA.VV.: *A Lei de Saúde Mental... cit.*
- REIS, Carlos: *Eça de Queiroz. Do Romantismo à Superação do Realismo*, pp. 155-210, in AA.VV: *História da Literatura Portuguesa* (org. Carlos Reis): Vol. V: *O Realismo e o Naturalismo*, AlfaEd., 2001 (vol 5 ISBN 972-965-260-7);
- REMÉDIO MARQUES, J. P.: *A Patenteabilidade dos métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos: Questão (Bioética ou questão técnica? — O actual estado do problema*, in AA.VV, *Estudos de Direito da Bioética*, II Vol., Almedina, 2008;

REMÉDIO MARQUES, J. P.: *Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores) Versus o Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos (em Especial Filhos Menores)*, Centro de Direito da Família da FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

REMÉDIO MARQUES, J. P.: *Transexualidade. O reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas*, in *Tribuna da Justiça*, n.ºs. 36 a 40 (inc.) de Dezembro de 1987 a Abril de 1988.

Rencontre Assyriologique Internationale, exactamente sobre o tema geral: *Law and (Dis)Order of the Ancient Near East*, na Universidade de Ghent, Bélgica, entre 15-19 de Julho de 2013, cf. [www.ra159.ugent.be.](http://www.ra159.ugent.be;);

RESENDE DE OLIVEIRA, António: *A Mobilidade dos Universitários*, in AA.VV: *História da Universidade em Portugal*, (I. Vol. T. I, Cap. VII), Universidade de Coimbra e Fundação Calouste Gulbenkian, Gráfica de Coimbra, 1997;

RIBEIRO DA SILVA, João: *Bioética Na sua Trajectória. Bioética Contemporânea II*, Cosmos ed., Lisboa, 2001 (ISBN 972-762-232-1)

RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula Leite: *a responsabilidade penal do médico pelo seu erro*, in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 139-180;

RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula Leite: *O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal*, in AA.VV: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Ed., 1003 (ISBN 978-972-232-1190-0), pp. 607-645;

RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula: «*A lei do sangue*»—ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física, in *Direito e Justiça*, vol. XII, t. I, 1998, pp. 259-275.

RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula: *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Universidade Católica, Porto, 1995.

RIBEIRO DE FARIA, Paula: *Comentário Conimbricense...* (anot. aos arts. 142.º a 148.º).

RIBEIRO SANCHES, António: *Cartas sobre a educação da mocidade*, in *Obras*, Vol. I, Coimbra, 1959;

ROCHA CUNHA, Silvério da: *A Necessidade de um Novo Daimon na Política do Sistema Mundo*, in *BFDUC*, Svtdia Ivridica 90, *ad honorem-3*, separata, Coimbra Ed., pp. 431-466;

ROCHA RIBEIRO, Geraldo: *a Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., pub. CDF|FDUC 24, 2010 (ISBN 978-972-32-1876-3);

ROCHA RIBEIRO, Geraldo: *Internamento “Voluntário” de Interditos: os poderes do representante legal*, in *RMP*, Ano 35, 138, DepLeg n.º 111997/86, pp. 63-94

ROCHA RIBEIRO, Geraldo: *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, in *Lex Med.*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 105-138;

ROCHA RIBEIRO, Geraldo: *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, in *LexMed*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 105-138;

ROCHA RIBEIRO, Geraldo: *The Legal Guardian’s power’s in the situation of «voluntary» commitment according to Portuguese law*, in *LexMed*, N.º Especial (IV EAHL Conference), 2014, pp. 131-151;

ROCHA-CUNHA, Silvério da: *O Improvável que Aconteceu & Outros Estudos em torno de Dilemas do Direito e da Política numa Era Global*, (prefácio de Fernando José BRONZE), Ed. Humus, 2008;

ROCHEFOUCAULD, François, duc de LA: *Maximes et Réflexions Morales du Duc de La Rochefoucauld*, Paris, Ed. Ménard et Desenne, Fils, 1817 (livre acesso in *open library*: <http://www.archive.org/details/maxmesetreflexoolarouft>);

RODOTÀ, Stefano: *Le Droit face aux Dilemmes Moraux de la Vie et de la Mort: Présentation générale des problèmes*, in AA.VV., Actas do 20.º Colóquio de Direito Europeu, Glasgow, 10-12 Setembro de 1990: *Le Droit face aux Dilemmes Moraux Concernant la Vie et la Mort*, Conselho da Europa, Strasbourg, 1992, p. 25 e s.;

ROGÉRIO, Joaquim Sabino: «Living Will» — *Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque jurídico-penal*, in *LexMed*, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 115-134

ROMEO CASABONA, Carlos Maria: *El Derecho Medico: su evolución en España*, in AA.VV. (coord. Carlos Maria Romeo Casabona): *Derecho biomédico y bioético*, Granada, 1998 (ISBN 84-8151-668-6), pp. 01-28;

ROMEO CASABONA, Carlos Maria: *El Estatuto Jurídico del Embrión Humano*, in *Monografias Humanitas 4, Investigación con Células Troncales*, Fundación Medicina y Humanidades Medicas, 2004, (ISBN 571 84-162), pp. 111-124, acessível em <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=oCCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fundacionmhm.org%2Fpdf%2Fmono4%2FArticulos%2Farticulo8.pdf&ei=MnxCUgezNlaUoAWH84CgDw&usg=AFQjCNGWKE-zC7kdqzF8RmINUWQGVGKSQ>

ROMEO MALANDA, Sergio: *Consentimento informado y responsabilidad penal*, in AA.VV. *Consentimento Informado, Rev. Julgar.*, ASJP|APM, Coimbra Ed., 2014 (ISSN 1646-6853), pp. 183-205;

ROTH, Philip: *Património* (Tradução de Fernanda P. Rodrigues), Dom Quixote Ed., 2008 (ISBN 978-972-20-2992-6);

ROXIN, Claus: *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz), Vega Ed., 3.ª ed., 2004 (ISBN 972-699-157-9);

RUEFF, Maria do Céu: *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação. Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra Ed., Ed. CDBM|FDUC, n.º 17, 2009 (ISBN 978-972-32-1765-0);

RUSCONI, Gian Enrico: *Introduzione a Teoria dell'agire comunicativo*, de Jürgen HABERMAS, Vol. I (*Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociali*), (trad. Paola Rinaldo), Ed. Il Mulino, 1986;

RUSSOEL, Bertrand: *Introdução Tratado Lógico-Filosófico de Ludwig WITTGENSTEIN... cit.*;

SÁ CARNEIRO Mário de: *Cartas a Fernando Pessoa*, I, (Prefácio de Urbano Tavares Rodrigues), Ed. Ática, Lisboa, 1973;

SABBATINI, Renato Marcos Endrizzi~: *Fazendo Buracos no Crânio: Psicocirurgia de antigamente?*, in www.cerebromente.org.br/noz/historia/trepan_p.htm.;

SALEILLES, Raymond: *De la personnalité juridique — Histoire et théories*, Paris, Ed. Rousseau, 2.ª ed. com prefácio de Henri Capitant, 1922, disponível em *Open Library*: <http://www.archive.org/details/delapersonnalitoosaleuoff>);

SALEM, Jean: *HIPÓCRATES, Conhecer, Cuidar Amar: O Juramento e Outros Textos*, Ed. Landy, 2002;

- SALTER CID, Nuno de: *Comunhão de Vida à Margem do Casamento: entre o facto e o Direito*, Col. Teses, Almedina, Coimbra, 2005;
- SANCHEZ GONZALÉZ, Miguel Ángel: *Historia de La Medicina Y Humanidades Médicas*, Elsevier Massos Ed., 2002, Barcelona) ISBN 978-84-458-2155-2), via Kindle
- SÁNCHEZ MADRID, Nuria: *Crisis del estado-nación y dialéctica de los derechos humanos en Hanna Arendt*, in *Revista Isegoria*, n.º 49, julho-dezembro, 2013, 481-507, ISSN: 1130-2097 doi: 10.3989/isegoria.2013.049.07, pp. 486 e s.; cf. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria;>
- SÁNCHEZ-CARO Javier e Fernando ABELLAR, *Derechos y Deberes de los Pacientes: Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, comares Ed., Granada, 2003 (ISBN84-8444-654-9);
- SANMARTIN, Joaquín: *Códigos legales de tradición babilónica*, Trotta, ed. da Universidade de Barcelona, 1999;
- SANTOS, Mafalda Francisco: *O Problema da (Ir)relevância do Consentimento dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos: uma perspectiva jurídico-penal* (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., pub. CDBM|FDUC 21, 2013 ISBN 978-972-32-2137-4,
- SANZ CID, Marta: e Javier Vega GUTIÉRREZ, Pelegrín Martínez BAZA, *SIDA: Aspectos Médico-Legales y Deontológicos*, Ed. AA.VV, Universidad de Valladolid, 1999;
- SARAIVA António José e Óscar LOPES, *História da Literatura portuguesa*, Porto Ed., 8.ª ed., Porto, 1973;
- SARAIVA, José Hermano: *A Crise do Direito*, Ed. Ordem dos Advogados (Separata da ROA), Lisboa, 1964
- SAVATER, Fernando: *A Coragem de Escolher*
- SAVATER, Fernando: *A Coragem de Escolher* («O núcleo essencial de tudo o que escrevi»), (tradução de Carlos Aboim de Brito), Ed. Dom Quixote, Lisboa, 2004, ISBN 972-20-2649-6;
- SCANLON, Thomas; *What We Owe Each Other*, Harvard University Press, 1998
- SCHELER, Max: *A Conceção Filosófica do Mundo*, Ed. Elementos Sudoeste (trad. e Posfácio de João Tiago PROENÇA: pp.121-136), 2003, Porto;
- SCHIMANK Uwe: (*Social Welk*, 1985, pp. 447 e ss: *Funktionaler Differenzierung und reflexiver Subjektivismus. Zum Entsprechungsverhältnis von Gesellschafts-und Identitätsform*) apud Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo... cit.*, pp. 107 e s. nota 206;
- SCHIOCCHET, Taysa: *Reflexões Jurídicas acerca da Regulamentação dos Bancos de perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal*, in AA.VV: *Bases de Dados Genético Forenses* (coord. Helena MACHADO e Helena MONIZ), Coimbra Ed., 2014 ISBN 978-972-32-2225-8, pp. 67-102;
- SCHMIDT, Carl: *La Notion de Politique* (1932: originariamente de 1927), reed. Calmann-Levy, 1994 (Emmanuel Fournier);
- SCHMIDT, Carl: *Théorie du Partisan* (1962), reed. Calmann-Levy, 1994 (Emmanuel Fournier);
- SCHULBERG, Budd: *What Makes Sammy Run*, Random House, NY, 1990: ISBN 0-679-73422-8 (edição portuguesa da Odisseia ed.);
- SCHULBERG, Budd: *What Makes Sammy Run*, Random House, NY, 1990: ISBN 0-679-73422-8 (edição portuguesa —trad. Francisco Mata— da Odisseia ed., tipografia do *Jornal do Fundão*, Setembro de 1966: *Que faz correr Sammy?*);

- SEN, Amartya *Rationality and Freedom*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2002, Ensaios III, IV e VII;
- SEN, Amartya: *A Ideia de Justiça*, Almedina, 2012, (ISBN 978-972-40-4801-7);
- SEN, Amartya: *Choice, Welfare and Measourment*, Oxford, Blackwell, 1982 e Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997, Ensaios I e XVIII, e
- SEN, Amartya: *Sobre Ética e Economia*, Almedina, 2012 (reimp.: orig: 1998) ;
- SEOANE, José Antonio: *Planificación Anticipada de la Atención e Instrucciones Prévias en España*, in AA.VV., *Consentimento Informado*, in *Julgar*, Coimbra ed., 2014 (ISSN 1646-6853), pp. 305-349
- SERRA Eurico: e E. SILVA NETO, *Código do Médico: Legislação Médica e Sanitária. Todas as Relações do Médico com a Lei*, 2.^aVol., Empresa Jurídica, Ed., Lisboa, 1947, pp. 148 e ss.;
- SERRA, Helena: *Médicos e Poder: Transplantação Hepática e Tecnocracias*, Almedina, Coimbra, 2008 (ISBN978-972-40-3587-1);
- SERRÃO, Daniel *Direitos das Pessoas Doentes; Uma revolução tranquila e benfazeja*, in *Brotéria*, 5, vol. 143, Novembro de 1996.
- SERRÃO, Daniel: *Consentimento Informado*, in AA.VV., *Bioética... cit.*
- SERRÃO, Daniel: *Consentimento informado: novo paradigma»* in *Brotéria* n.º 4, vol. 148, Abril de 1999.
- SERRÃO, Daniel: *Relações entre os profissionais de saúde e os pacientes* in AA.VV., *Comissões de Ética... cit.*
- SERRÃO, Daniel: *Relações entre os profissionais de saúde e os pacientes* in AA.VV., *Comissões de Ética... cit.*
- SERRÃO, Daniel: *Riscos em recusar tratamento*, in AA.VV., *Bioética, cit.*
- SERRÃO, Daniel: *Riscos em recusar tratamento*, in AA.VV., *Bioética, cit.*
- SERRÃO, Daniel: *Riscos em recusar tratamento*, in AA.VV., *Bioética, cit.*
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel: *As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética (II Curso)...cit.*
- SHAW, Geoffrey C.: *H. L. A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School*, in *Harvard Law Review (HLR)*, vol. 127, n.º2, Dezembro de 2003, eBook ISBN 978-1-61027-870-6;
- SHAW, Josephine: *Informed Consent: A German Lesson*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, 4, Out. 1986;
- SHORTER, Edward *Uma História da Psiquiatria. Da era do manicómio à era do prozac*, Climepsi Ed., 2001 (ISBN 972-8449-79-8), pp. 322 e s.
- SILVA REGO, António da: *A primeira missão religiosa ao Grão-Mongol, Lusitania Sacra*, 1.^a Série, Tomo n.º 4, 1959, pp. 155-185
- SILVA, Susana; *Procriação Medicamente Assistida. Práticas e Desafios*, Imprensa de Ciências Sociais ed., UL (dissertação de doutoramento), 2014 ISBN 978-972-671-326-5
- SIMÓN LORDA, Pablo: *La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones e sus problemas*, in AAVV, *Estudios de Bioética... cit.*
- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Responsabilidade por Conselhos, recomendações ou informações*, (dissertação de doutoramento) Almedina Ed., 1989 (ISBN 978-972-40-0560-7);

- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. Lex, Lisboa, 1991, pp. 133-152.
- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. Lex, Lisboa, 1991, pp. 133-152.
- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. Lex, Lisboa, 1991, pp. 133-152.
- SINGER, Peter: *De Compras por el Supermercado Genético*, (trad. Julio Seone), in *Rev. Isegoria*, 2002, n.º 27, pp. 19-40 (<http://isegoria.revistas.csic.es>);
- SINGER, Peter: *Escritos sobre uma Vida Ética*, D. Quixote, 2008 (ISBN 078-972-20-3021-2);
- SINGER, Peter: *Ética para Um Só Mundo*, in AA.VV: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 701-714;
- SINGER, Peter: in *Ética para Um Só Mundo*, in AA.VV: *A Condição Humana: Equidade, Responsabilidade e Interesse Público*, FLAD, Ed. Dom Quixote, 2009, pp. 701-714 (ISBN 978-972-20-3200-1);
- SKEGG, P.D.G.: *Law, Ethics and Medicine. Studies in Medical Law*, Clarendon Press, 1988.
- SLOTERDJINK, Peter: *Muerte Aparente en el Pensar: Sobre la filosofía y la ciência como ejercicio* (trad. Isidro Regnara) Ed. original: Tubingen 2009, Ed. formato digital, Ed. Siruela, 2013;
- SLOVENKO, Ralph: *Informed Consent: Information about de Physician*, in *Medicine and Law*, vol. 13, n.º 5/6, 1994.
- SOARES, Maria Luísa Couto: *O 'Triângulo Hipocrático'. Notas sobre o Estatuto da Medicina*, in AA.VV, *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa Couto Soares), Ed. Colibri, Col. Forum de Ideias, 1999;
- SONTAG, Susan: *A Doença como Metáfora e a Sida e as suas Metáforas*, ed. portuguesa, Quetzal, 1999;
- SOTTOMAYOR, Maria Clara: *Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro*, *Separata Jures et de Jure, nos 20 anos da FDUCP*, Porto, 1998, s.n., 1998, pp. 173-19
- SOUSA BRITO, José: *Filosofia do Direito e do Estado*, AAFDL, Lisboa, 1981/82
- SOUSA MARTINS, Henrique, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância da Pessoa Naturalmente Incapaz*, Universidade Católica, Lisboa, 2000.
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim de, *Direito dos Contratos — Estudos*, Coimbra Ed. (2007) ISBN 978-972-32-1469-0;
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim de: *O problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual* (dissertação de doutoramento) Almedina Ed. (1999) ISBN 978-972-40-1176-1;
- SOUSA SANTOS, Boaventura: *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*, Afrontamento Ed., 2000 ISBN 972-36-0524—4;
- SOUSA SANTOS, Boaventura: *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Afrontamento Ed., 6.ª ed., 2002 (ISBN 972-36-0207-5)
- SOUSA, Germano de: *História da Medicina Portuguesa durante a Expansão*, Col. Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2013 (ISBN 978-989-644-219-4);

- STERN, Nicholas: *The Economics of Climate Change*, Cambridge University Press, 2007
- STUART MILL, John *Sobre a liberdade*, pp. 195-349 in *Vida, Obra e pensamento*; Úrsula BEDOGNI: John Stuart Mill: *Vida e Época Obra; Pensamento e obra; Escritos* (trad. Pedro Madeira); Planeta D'Agostini Ed., 2008, vol. 12 ISBN 978-989-609-947-3
- TAK, Peter J. P.: *Five Years After The Adoption of the Dutch Termination of Life on request and assistance in Suicide (Review Procedures) Act*, in AA.VV: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*, Vol III... cit.,
- TAUPITZ, Jochen: *Análisis genético y derecho de autodeterminación en el Derecho Civil Alemán*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 4, Enero-Junio 1996, Bilbao.
- TAUPITZ, Jochen: *Análisis genético y derecho de autodeterminación en el Derecho Civil Alemán*, in *RDGH*, n.º 4, Enero-Junio 1996, Bilbao.
- TAUPITZ, Jochen: *El derecho a no saber en la legislación alemana (II)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 9, Julho-Dezembro 1998, pp. 163—179.
- TAUPITZ, Jochen: *El derecho a no saber en la legislación alemana (II)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 9, Julho-Dezembro 1998, pp. 163—179.
- TAVARES DE SOUSA, A.: *Curso de História da Medicina: das origens aos fins do séc. XVI*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Ed., 1996;
- TAVARES, José: *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Ed., 1922;
- TAVARES, Rui: *Apresentação a o Cândido ou o Optimismo e O Tratado sobre a Tolerância*, de VOLTAIRE, Ed. Tinta da China, 2008, para Prisa, ISBN 978-84-92482-10-8, pp. XI-XXV;
- TÁVORA VICTOR, Paulo: *Investigação de Paternidade — Breves notas sobre a sua evolução*, in *ColJur — Ac. STJ*, n.º 171, Ano XI, T. III (2003), pp. 11-16
- TÁVORA VÍTOR, Paula: *Decisões de Representação ou substituição: O apelo de Ulisses — o novo regime do procurador de cuidados de saúde na lei portuguesa*, in AA.VV. *Consentimento Informado*, *Rev. Julgar.*, ASJP|APM, Coimbra Ed., 2014 (ISSN 1646-6853), pp. 157-182
- TEILHARD DE CHARDIN, Pierre: *Toward the Future: Two Principles and a Corollary*, Harvest Book. Inc., Helen and Kurt Woff Books, in <http://www.archove.org/details/TowardTheFuture>;
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel: *Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*, in AA.VV., *Direito da Saúde e Bioética*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1996.
- TEIXEIRA DOS SANTOS, André: *Do Consentimento dos Menores para a realização de Actos Médicos*, in *RMP* (ISSN0870-6107), n.º 118, Ano 30, Abr-Jun 2009, pp. 123-155;
- TEIXEIRA PEDRO, Rute: *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, CDBN|FDUC, 15, Coimbra Ed., 2009 (ISBN 978-972-32-1636-3):
- TELLES PEREIRA, J. A.: *As novas liberdades*, in *Sub Judice*, n.º 11, Jan.—Jun. 1996
- TÉLLEZ, Carmen Sánchez: *Códice Zabálburu de Medecina Medieval*, Ed. Nuevo Siglo, Universidad de Alcalá, 1997;
- TEMAN, Elly: *Birthing a Mother: The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press Ed., Berkeley, 2010 (ISBN 9780520259645); compulsei o Cap. I com livre acesso in: <http://www.ucpress.edu/book.php?.isbn=9780520259645>;
- TÉSON, Fernando R.: *A Philosophy of International Law*, Oxford, 1998;

- TOFFLER, Alvin: *The Futurists*, Ed. Random House, 1972 (ISBN 13 9780075537137);
- TOMÉ DE CARVALHO, José: *Descrição e Prova dos Factos nos Crimes por Negligência. Especificidades no domínio da Negligência Médica*, *Revista do CEJ*, n.º 11, Julho, 2009 (ISSN 1645-829X);
- TORGA, Miguel: *O Alma-Grande*, in *Novos Contos da Montanha (1944): Contos: versão integral*, D. Quixote Ed., 2001 (ISBN 972-20-1895-7), pp. 463-469;
- TRUYOL Y SERRA, Antonio; *De una sociedad internacional fragmentada a una sociedad mundial en gèstacion. A propósito de la globalización*. Obra póstuma editada por ocasião das comemorações do decesso do A. em Outubro de 2003, pela Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, 2003;
- TUBIANA, Maurice: *História da Medicina e do Pensamento Médico* (Ed. original: *Les Chemins D'Esculape*, Ed. Flammarion, 1995; tradução de Telma Costa), Teorema, 2000;
- TUNHAS, Paulo: *Hipócrates e o Pensamento da Passagem*, in AA.VV, *Hipócrates e a Arte da Medicina* (org. Maria Luísa Couto Soares), Ed. Colibri, Col. Forum de Ideias, 1999, pp. 11-61
- UEXCULL, Thure von & H. PAULI, *The Mind-Body Problem in Medicine*, *Advances*, 3, 4, (pp. 159 a 174);
- UK National Health Service, in www.nhs.uk/conditions/hiv/pages.;
- UTLLEY, Stephen: *Technology and the Welfare State: The development of health care in Britain and America*, Ed. Unwin Hyman, Londres, 1991;
- VALE E REIS Rafael; e Guilherme de OLIVEIRA, *Anonymat du donneur au Portugal*; in AA.VV (Dir. Brigitte FEUILLET-LIGER), *Procréation médicalement assistée et anonymat: Panorama international*, Emile Bruylant Ed., 2009 (ISBN 978-280-27-2689-0), pp. 239-250;
- VALE E REIS, Rafael Luís: *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, CDBM|FDUC n.º 12 (dissertação de mestrado), Coimbra Ed., 2008 (ISBN 978-972-32-1582-3);
- VALE E REIS, Rafael: *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Publicações CDBM|FDUC 12, Coimbra Ed., 2008 (ISBN 978-972-2321-582-3);
- VALE E REIS, Rafael: *Responsabilização Penal na Procriação Medicamente Assistida — Z Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Opções Legais Duvidosas*, in *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 13, 2010 (ISSN 1646-0359), pp. 69-93;
- VANDERMONDE, C. A., *Essai sur la manière de perfectionner l'espèce humaine*, Paris, 1766;
- VAZ PATTO, Pedro: *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Almedina Ed., 2008 (ISBN 978-972-40-3588-8);
- VAZ RODRIGUES, João: *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDB da FDUC, n.º 3, Coimbra Ed., 2001, (ISBN 972-32-1013-4);
- VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva: *Objecto da obrigação — A prestação — Suas espécies, conteúdo e requisitos*, *BMJ*, n.º 74.
- VAZ SERRA, Adriano: *Comentários Críticos à Lei de Saúde Mental*, in AA.VV.: *A Lei de Saúde Mental... cit..* (pp. 53 — 60).
- VECA, Salvatore: *Dell'incertezza*, Feltrinelli Ed., Milano, 2006;
- VECA, Salvatore: *L'idea di incompletezza: Quattro lezioni*; collana «Campi del sapere», 2011, ISBN ed. cartácea: 9788807104695 (Kindle);

VELOSO, Maria Manuel: *Danos não patrimoniais*, in AA.VV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Ed., 2007 (ISBN 978-972-32-1501-4) pp. ;

VENCHIARUTTI, Angelo: *Profili della salute mentale nel diritto privato*, in *Il Diritto de Famiglia e delle Persone*, vol, XXVII, n.º 3: Julho/Setembro, 1998, Giuffrè, Varese

VENTURA, Deisy: *Saúde Pública e Integração Regional: tensões entre o direito à saúde e o comércio internacional*, in AA.VV (Armin Von Bogdandy; Flávia Piovesan; Mariela Morales Antoniazzi: Org.): *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Max Planck Institute/Lumen Juris|PUC-SP, 2011, v. 1, p. 449-472, acessível in http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fsaudeglobaldotorgi.files.wordpress.com%2F2012%2F12%2Fventura-integrac3a7c3a30-e-sac3bade-2011.pdf&ei=f-OrU8eil-q2owWooHoCg&usq=AFOjCNG6HITkF8tDXudPmhzy6S_8oNq98Q&sig2=xVdHUMQ7QeCXSXN_dnAo7OQ&bvm=bv.69837884.d.ZGU

VERA JARDIM, Sara: *Saúde Pública “Made in” União Europeia: Base legal habilitadora e limites de competência europeia em matéria de saúde pública (artigo 152.º do TCE)*, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 11, 2009, pp. 67-93 (ISSN 1646-0359);

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo: *Introdução*, in Fernanda CARRILHO: *A Lei das XII Tábuas*, Almedina, 2008;

VERNEY, Luís António: *Verdadeiro Método de Estudar*, vol. IV, Lisboa, 1952;

VERREL, Torsten: *Can we legally regulate dying? — The Need for Legislation in Germany*, in AA.VV. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em direito penal. Uma Perspectiva Integrada* (Org. José de FARIA COSTA e Inês FERNANDES GODINHO), Coimbra Ed., 2010 (ISBN 978-972-32-1896-1), pp. 125-137;

VIDAL-NAQUET, Pierre e BERTIN, Jacques: *Atlas Histórico: da Pré-História aos Nossos Dias*, cf. Bertin, Jaxques, *supra*;

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: *O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais*, in AA.VV.: *A Lei de Saúde Mental... cit.*

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: *Os Direitos Fundamentais — Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987;

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: *Os Direitos Fundamentais — Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: *Procriação assistida com doador*, in AA.VV.: *Procriação Assistida — Colóquio Interdisciplinar (11-12 de Dezembro de 1991).*, Publicações CDM|FDUC, n.º 2, Coimbra, 1993, pp. 49-65;

VIGARELLO, Georges: *História das Práticas da Saúde: a saúde e a doença desde a Idade Média*, Ed. de Seuil, 1993, 1999, tradução de Luís Filipe Sarmiento para Ed. Notícias, Lisboa, 2001 (ISBN 978-972-46-1171-X);

VILA-CORO, Maria Dolores: *La Bioética en la Encrucijada: Sexualidad, Aborto, Eutanasia*, Dykinson, 2003;

VUORENKOSKI, Lauri: *Finland. Health System Review*, in *Health Systems in transition*, vol. 10, n.º 4, 2008, Philipa Mladovsky|Elias Massialos Ed., European Observatory on Health Systems and Policies (pp. 1-168), ISSN 1817-6119 vol 10 n.º 4;

WIEACKER, Franz: *História do Direito Privado Moderno*, (tradução de António Hespanha), FCG, Lisboa, 1980;

WITTGENSTEIN, Ludwig: *Tratado Lógico-Filosófico*, (tradução e Prefácio de M. S. Lourenço; Tiago de Oliveira: *Alguns Comentários sobre o «Tractatus»* que antecede a importante *Introdução* de Bertrand Russel), FCG, 5.^a Ed., Lisboa, 2011, (ISBN 978-972-31-0383-0);

WONG, Kathleenn M.: *The Immortality Enzyme*, Qb3, 09/2009, California Institute for Quantitative Bioscience, in www.qb3.org. news-and-events/archive/the-immortality-enzyme;

World Tourism Organization UNTWO e Fundación ACS: *Manual de turismo accesible para todos: Alianzas público-privadas y buenas prácticas*, 2014, ISBNe 978-92-844-1568-7, acessível in <http://www2.unwto.org/publication/manual-de-turismo-accesible-para-todos-alianzas-publico-privadas-y-buenas-practicas>;

ZOURBAS, Jean: *A Medicina Preventiva. Um Estudo sobre a medicina e seus agentes para a prevenção da doença*, Itau Ed., (trad, Ana Maria Silva da Ed. original PUF ed.), Lisboa, s.d.

Índice

Resumo / <i>Abstract</i>	i
Agradecimentos	ii
Abreviaturas	iv
Introdução	1
PARTE I — DIREITO DA MEDICINA, UM ESPAÇO PARA A HUMANIDADE: ELEMENTOS PREDISPOONENTES E DETERMINANTES	17
CAPÍTULO I — INTRODUÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO TEMA	17
§ 1.º A saúde	17
§ 2.º Dignidade: «Um portal da humanidade»	25
§ 3.º O princípio do respeito	26
§ 4.º Solidariedade: necessidade e consequência da alteridade	29
§ 5.º Vulnerabilidade	31
§ 6.º Cuidado: uma perspectiva relacional	36
CAPÍTULO II — APROXIMAÇÃO HISTÓRICA	41
§ 1.º A explicação de um <i>Sacerdócio</i> : mister próprio de segredos e de especializações	48
§ 2.º A afirmação da medicina e o encontro com a ética	52
§ 3.º A persistência dos mistérios	57
§ 4.º A inserção científica e a apresentação sociológica: explicações e responsabilização	60
§ 5.º Saúde: dever, deveres, silêncios e <i>novas observações</i>	65
CAPÍTULO III — APROXIMAÇÃO AO CONTEXTO HODIERNO	69
§ 1.º Inserções Éticas	74
§ 2.º Uma ordem normativa disciplinada ou uma normação <i>mil-folhas</i>	80
§ 3.º Um contexto para o futuro	81
§ 4.º Desvelar a doença: um consentimento relutante	84
§ 5.º Imperativos para conciliações	86
§ 6. As «alianças»	92
§ 7.º Da prática da Medicina e desta ao Direito	93
§ 8.º Respeito e alvedrio	99
CAPÍTULO IV — PROPENSÃO OU NECESSIDADE DE UMA AUTONOMIA DISCIPLINAR?»	103
§ 1.º Ciências da Natureza & Natureza da Ciência: Que pensar disto?	105
§ 2.º A Medicina enquanto «fenómeno aberto» ao Direito	108
§ 3.º As <i>linhas</i>	120
§ 4.º As fundações tradicionais e a realidade	122
§ 5.º As Escolhas	127

PARTE II — OS CAMINHOS DE FLORESTA E A VONTADE DO LENHADOR: RELEVÂNCIA DA VONTADE & ORDENAMENTO JURÍDICO	133
CAPÍTULO V — A RELEVÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO PACIENTE: A CONFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	133
§ 1.º O poder individual jurisgénico: o reconhecimento da Dignidade	134
§ 1.º.1. A autonomia: doutrina do consentimento esclarecido	140
§ 1.º.2. Da opção à protecção: uma génese disciplinar	143
§ 2.º A dignidade: um feixe aglutinador de protecções	146
§ 3.º O que perpassa entre as disciplinas jurídicas	151
§ 4.º Uma legiferação pragmática ou uma singularidade disciplinar?	156
CAPÍTULO VI — A FORÇOSA INTERNACIONALIZAÇÃO DE UM DIREITO DA MEDICINA: DISCIPLINAS	163
§ 1.º O campo concreto da Medicina no campo dos direitos internacionais	173
§ 2.º O Texto Constitucional	176
§ 3.º O Texto Penal	181
§ 3.º.1. O direito positivo actual	189
§ 3.º.2. A questão terapêutica e a indicação médica	191
§ 3.º.3. De regresso ao direito positivo	193
§ 3.º.4. A amplitude da excepção terapêutica	194
§ 3.º.5. Intervenções puras e intervenções cosméticas: a gradação do intuito terapêutico (prévio e posterior)	196
§ 3.º.5.1. A experimentação	197
§ 3.º.5.2. Quanto aos transplantes	199
§ 3.º.5.3. As intervenções cosméticas	200
§ 3.º.5.4. A transexualidade	200
§ 3.º.5.5. Quanto à esterilização	202
§ 3.º.6. O crime sombra da recusa para as intervenções médico-medicamentosas	203
§ 4.º Os textos legislativos administrativos	205
§ 5.º A Lei Civil	211
§ 6.º A regulamentação ético-profissional: o Código Deontológico da Ordem dos Médicos	214
§ 6.º.1. A Deontologia para outros profissionais de saúde	218
CAPÍTULO VII — O <i>TURISMO</i> NOS CUIDADOS DE SAÚDE	221
§ 1.º Questões em torno do turismo e da(s) medicina(s)	225
§ 2.º Medicina não convencional ou medicinas tradicionais	225
§ 3.º Realidades múltiplas	228
§ 4.º A UE como espaço uniformizador de um direito da medicina	236
§ 5.º <i>Saúde</i> : Saúde Virtual sem Turismo	243
§ 6.º A Europa e Portugal; Portugal e a Europa	246
PARTE III — AS RECUSAS SÃO CAMINHOS, QUE NÃO OBRAS (<i>Wege, nicht Werke</i>)	249
Nota prévia	250

CAPÍTULO VIII — AINDA A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DA MEDICINA	253
§ 1.º A delimitação das <i>leges artis medicinae e das leges artis (ad hoc)</i>	257
CAPÍTULO IX — A RECUSA	259
§ 1.º Consentimento e recusa: duas faces da mesma moeda? Duas moedas?	267
§ 2.º <i>Uma estranha forma de... recusa</i>	274
§ 2.º.1. Matéria legislativa avulsa: a <i>Carta</i> dos Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde (LDDUS)	275
§ 2.º.1.1. O direito de escolha	277
§ 2.º.1.2. O direito de escolha: Consentimento ou recusa	280
§ 2.º.1.3. O direito de escolha: informação	281
§ 2.º.2. LDDUS: Dados pessoais e sigilo	282
§ 3.º O sigilo	282
§ 3.º.1. Questões em torno das exceções ao sigilo médico	285
§ 4.º De novo o processo clínico (dever de documentação)	287
§ 4.º.1. Recusa na divulgação de informações e inserção de dados no processo clínico	291
§ 4.º.2. Apontamento sobre a divulgação de informações em DAV	293
§ 4.º.3. A recusa sobre informação: termos relativos ou radicais	294
CAPÍTULO X — A RECUSA: OS INTERVENIENTES: AGENTE MÉDICO E PACIENTE	297
§ 1.º Quanto ao agente médico	297
§ 1.º.1. O tempo: sempre o tempo	302
§ 1.º.2. Obstinações	302
§ 1.º.3. A recusa posterior: revogação	303
§ 1.º.4. O dissentimento esclarecido	304
§ 1.º.5. Os primeiros formulários de autonomia	304
§ 2.º As posturas dos profissionais de saúde	306
§ 2.º.1. O dever dos prestadores de cuidados de saúde para com o utente/paciente: sempre o caso da recusa	306
§ 2.º.2. As posturas dos profissionais de saúde: Informação: simples; suficiente e esclarecedora	308
§ 2.º.2.1. Simplicidade	308
§ 2.º.2.3. Esclarecida	309
§ 2.º.3. Os deveres entre os agentes médicos (o processo clínico)	310
§ 3.º Quanto ao paciente: muito mais do que uma postura	316
§ 3.º.1. A vulnerabilidade: limites	316
§ 3.º.2. O paciente credor?	318
§ 3.º.3. A combinação poderes/deveres da cidadania	319
§ 3.º.4. A Confiança	328
§ 3.º.4.1. A confiança pública	329
§ 3.º.4.2. A confiança <i>privada</i>	331

§ 3.º.4.3. O dissentimento propriamente dito	332
§ 3.º.5. Os menores	333
CAPÍTULO XI — QUANTO AOS <i>TRATAMENTOS COMPULSIVOS</i> E DEMAIS INTERVENÇÕES EM QUE SE JUSTIFICAM RESTRIÇÕES À LIBERDADE E À AUTODETERMINAÇÃO	337
§ 1.º Quando o legislador (não?) ajuda: um esforço que não pode ser escondido	341
§ 1.º.1. A burocracia e os efeitos perniciosos da regulamentação: o caso exemplar do SIGIC	344
§ 1.º.2. Uma excepção: o regime de «Cirurgia Segura Salva Vidas»	351
§ 1.º.3. A afirmação dos procedimentos no sentido de uma plenitude da aplicação do consentimento: um futuro breve	353
§ 1.º.4. O papel diferenciador da recusa: <i>a prova dos nove</i>	354
§ 1.º.4.1. Os resultados	355
CAPÍTULO XII — O TESTE DA RECUSA	357
§ 1.º A excepção terapêutica e as intervenções compulsivas: o teste da recusa	357
§ 1.º.1. O teste da recusa. A excepção (privilégio) terapêutica	360
§ 1.º.2. O teste da recusa. A capacidade para a recusa e os menores (emancipação; saúde mental e investigação clínica)	362
§ 1.º.3. Ainda os menores: Das intervenções em menores; XII. § 2.º Em torno do teste da recusa	369
§ 2.º. Em volta do teste da recusa	375
§ 2.º.1. A decisão partilhada no teste da recusa	377
§ 2.º.2. O processo clínico e o teste da recusa	378
CAPÍTULO XIII — A INEFICÁCIA OU INDIFERENÇA NA RECUSA: TRATAMENTOS COMPULSIVOS	381
§ 1.º Saúde Pública: restrições fundamentais	384
§ 1.º.1. A teoria da força normativa dos factos	389
§ 1.º.2. A teoria da confiança	393
§ 2.º A Indiferença da Recusa: outros casos	398
§ 2.º.1. A Indiferença da recusa: Os tratamentos em detidos	398
§ 2.º.2. A Indiferença da recusa: o internamento compulsivo de doentes afectados por anomalia psíquica	405
§ 2.º.3. A Indiferença da recusa: decisões judiciais e decisões autorizadas a autoridades para a prossecução de finalidades judiciais	415
§ 2.º.3.1. Indiferença da recusa: a perseguição do crime e o regime adjectivo	415
§ 2.º.3.2. Indiferença da recusa: a condução sob a influência do álcool ou de estupefacientes	424
§ 2.º.3.3. Indiferença da recusa: Intervenções determinadas por decisão judicial: Em processo civil: a determinação da filiação	429
§ 2.º.3.4. Indiferença da recusa: Intervenções determinadas por decisão judicial: as Perícias Médico-Legais e Forenses	433
PARTE IV — METIDO EM ATALHOS, VISTAS AS ÁRVORES ENCONTRA-SE A FLORESTA	437
CAPÍTULO XIV — EM TORNO DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	438
§ 1.º Breve anotação sobre responsabilidade civil emergente da omissão informativa nos casos dos apelidados «concepção indevida», «nascimento indevido» e de «vida indevida»	444

§ 1.º.1. Questões pontuais sobre a relevância da vontade	461
§ 2.º Considerações sobre questões radicais	467
§ 2.º.1. Os interesses e as cautelas	468
§ 2.º.2. Onde cessa a liberdade?	470
CAPÍTULO XV — A PMA EM PORTUGAL	473
§ 1.º A PMA: uma actividade perigosa	477
§ 2.º Ascendência genética e ascendência juridicamente estabelecida	486
§ 3.º Maternidade de substituição	491
CAPÍTULO XVI — UMA NOTA SOBRE O PRINCÍPIO DA VERDADE BIOLÓGICA: CONHECIMENTO DO PERCURSO GENÉTICO	505
§ 1.º A recusa do pai: complicações decorrentes da falta ou deficiência da manifestação da vontade (a averiguação oficiosa do <i>consentimento sério, livre e esclarecido...</i>)	509
CAPÍTULO XVII — AS DIRECTIVAS (ANTECIPADAS DE VONTADE): «TESTAMENTO VITAL», «PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE» E OUTRAS <i>POSSIBILIDADES</i>	517
Aspectos introdutórios	517
§ 1.º. As DAV: direitos dos (im)pacientes?	519
§ 2.º. As directivas como afirmação das <i>leges artis</i>	527
§ 3.º. Uma autonomia prospectiva	528
§ 3.º.1. Os diferentes graus de antecipação da vontade: presença e ausência	529
§ 3.º.2. Um conceito muito rico em designações	531
§ 3.º.3. Directivas, declarações ou instruções, testamentos ou procurações: tanto faz!?	533
§ 4.º O intolerável desrespeito pela recusa	534
§ 4.º.1. A família e as dificuldades de uma «decisão substituída»	538
§ 5.º O precedente legislativo dos EUA	541
§ 6.º O Direito português	542
§ 6.º.1. A Recusa relevante (resultante da disponibilidade do paciente)	546
§ 7.º As correntes legislativas	547
§ 7.º.1. O art. 9.º da CDHBio (desejos prévios)	549
§ 7.º.2. As opções indicativa e impositiva	554
§ 7.º.3. Retomando a perspectiva portuguesa	557
§ 7.º.4. Uma nótula brevíssima sobre o percurso até à LDAV	558
§ 7.º.4.1. A opção portuguesa: declarações vinculativas, mas... «sem prejuízo»	558
§ 8.º A (in)capacidade: observações sobre menores, interditos e inabilitados	562
§ 9.º A ausência do requisito do esclarecimento	566
§ 10.º A livre revogabilidade	570
§ 11.º A Procuração de Cuidados de Saúde	571
§ 12.º O RENTEV	571
§ 13.º Responsabilidades	573
§ 14.º Limites do desejo afirmativo de actuações em uma DAV: eventuais obstruções dos profissionais de saúde e do paciente	580

CAPÍTULO XVIII — A OBSTINAÇÃO	581
§ 1.º Obstinação do paciente?	582
§ 2.º A fuga ao paternalismo	584
CAPÍTULO XIX — O QUE PODIA AINDA INTEGRAR AS DAV: A SOLUÇÃO DE OPOSIÇÃO; O DIREITO A NÃO SABER; AS OPÇÕES (TERAPÊUTICAS OU PALIATIVAS)	587
§ 1.º A solução de oposição (ou do dissentimento)	588
§ 2.º O direito a não saber	591
§ 2.º.1. O <i>jogo</i> dos riscos	596
§ 3.º As opções (terapêutica e a paliativa)	598
§ 4.º DAV: A colheita de órgãos e tecidos em cadáveres. Escorço histórico para justificar uma realidade ainda em causa	599
§ 4.º.1.º As interrogações que se colocaram em torno da «solução de não opo- sição»	602
CAPÍTULO XX — A REVOGABILIDADE COMO ESSÊNCIA, COMO REDUTO DO <i>TESTE DE FUNCIONALIDADE DO SISTEMA</i>	607
§ 1.º A revogabilidade (transplantes)	608
§ 2.º Vejam-se os menores	610
§ 3.º Interdição do lucro	611
§ 4.º Breves anotações sobre o regime dos transplantes: REENDA e ainda a rele- vância da colheita em cadáveres para fins de ensino e investigação científica: o valor das decisões familiares	613
§ 5.º O Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro: o RENNDA	618
§ 5.º.1. Colheita em cadáveres para fins de ensino e investigação científica: espe- cialidades	621
§ 5.º.2. As manifestações possíveis da vontade e as suas amplitudes: <i>Doação?</i> <i>Oposição? Reclamação do corpo?</i>	627
Considerações finais	633
Bibliografia	645
Índice	690