

Revista de Direito e Medicina

2019

RDM VOL.1 (JAN - MAR/2019)

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E BIOÉTICA

A PERSPECTIVA ÉTICO-JURÍDICA DA DOCTRINA DA ALTERNATIVA MENOS RESTRITIVA DE DIREITOS: AFIRMAÇÃO DA CAPACIDADE E DA AUTODETERMINAÇÃO EM CUIDADOS DE SAÚDE DO ADULTO COM CAPACIDADE DIMINUÍDA

7. A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menos restritiva de direitos: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída

The ethical-juridical perspective of the less restrictive rights alternative doctrine: affirmation of capacity and self-determination in adult health care with reduced capacity

(Autor)

PATRÍCIA CARDOSO DIAS

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”. Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”. Professora convidada na Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”, lecionando a unidade curricular, do curso de mestrado em Direito, “Metodologia da Investigação Jurídica”. Professora convidada no curso de pós-graduação “Proteção de Dados Pessoais, Privacidade e Cibersegurança na UE” nos módulos subordinados à proteção de dados pessoais no setor da saúde. dias.patriciacardoso@outlook.pt

Sumário:

Introdução

1 A relação médico-paciente fundada no respeito pela pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade

2 Natureza pessoal do bem jurídico objeto do consentimento/dissentimento

3 Critérios de determinação da capacidade para consentir e/ou competência

4 Preservação da capacidade residual máxima

Conclusões

Referências

Área do Direito: Civil

Resumo:

No que concerne ao consentimento e dissentimento em matéria de cuidados de saúde, estamos perante condições específicas que merecem uma estruturação independente em relação à capacidade civil. A valoração da autodeterminação é reflexo do reconhecimento e respeito pela dignidade inerente a todo o ser humano e da qual se assaca a, igualmente, inalienável capacidade jurídica de exercício de direitos fundamentais da personalidade. O consentimento ou dissentimento para um ato médico apresenta-se, em primeira instância, como um proficiente mecanismo de expressão da vontade, limitado à área da saúde, enformador da expressão máxima da autonomia do indivíduo enquanto ser único e irrepetível, mecanismo de salvaguarda do respeito pela dignidade da pessoa humana no domínio da relação médico-paciente. Nestes termos, a doutrina da alternativa menos restritiva de direitos convoca aos ordenamentos jurídicos o reconhecimento e consagração legal de institutos jurídicos que assegurem o exercício do direito à autodeterminação pessoal em matéria de cuidados de saúde, colocando a pessoa adulta com capacidade diminuída num patamar do exercício da sua autonomia em condições de igualdade jurídica com aqueles que possuem plena capacidade, no âmbito de um sistema inclusivo e respeitador da sua dignidade.

Abstract:

With regard to consent and dissent in the field of health care, we are faced with specific conditions that merit independent structuring in relation to civil capacity. The valuation of self-determination is a reflection of the recognition and respect for the inherent dignity of every human being and from which the inalienable juridical capacity of exercising fundamental personality rights is also vested. Consent or dissent for a medical act is, in the first instance, a proficient mechanism of expression of the will, limited to the health area, as the maximum expression of the individual's autonomy as a unique and unrepeatable being, a mechanism to safeguard respect for the dignity of the human person in the domain of the doctor-patient relationship. In these terms, the less restrictive alternative doctrine calls on legal systems to recognize and legally establish institutes that ensure the exercise of the right to personal self-determination in health care, placing the adult person with reduced capacity at a level of the exercise of their autonomy under conditions of legal equality with those who have full capacity, within an inclusive system and respecting their dignity.

Palavras-Chave: Consentimento – Capacidade – Autodeterminação – Cuidados de saúde

Keywords: Consent – Capacity – Self-determination – Health-care

“(…) Mas também lembrando algo a uma Medicina que, ao menos no discurso, por fim recusa o paternalismo e chama a autonomia e a dignidade do doente à boca de cena – a discussão do tema é legítima e merece uma elevação que não nos envergonhe a todos”¹

Introdução

Cumpramos inicialmente esclarecer o problema que subjaz ao tema. Com efeito, subordinando-se o conteúdo do texto à análise dos institutos da capacidade jurídica e do consentimento e dissentimento do paciente adulto com capacidade diminuída para o ato médico, há que se ter presente que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe, *ab initio*, o reconhecimento e a garantia do exercício do direito à autodeterminação em cuidados de saúde em igualdade de circunstâncias com aqueles possuem plena capacidade.

Exige-se, com efeito, uma harmonização material entre o sistema jurídico de proteção que é conferido aos adultos com capacidade diminuída e a dimensão global de autodeterminação de interesses jurídicos pessoais nos processos de decisão que lhe digam respeito.

Em bom rigor, as mais fundamentais decisões da vida de cada um devem ser tomadas pelo próprio que, concomitantemente, deve chamar a si a responsabilidade por tais decisões – manifestação concreta da consagração do princípio da ética da responsabilidade.

Por conseguinte, e considerando que a pessoa não pode ser um mero objeto de uma decisão tomada por um terceiro com recurso a critérios meramente objetivos, compete ao ordenamento jurídico reconhecer e garantir um conjunto de instrumentos de capacitação que assegurem a liberdade de escolha e a conformação da sua própria esfera jurídica de interesses pessoais.

Ora, pese embora estejamos a tratar da análise normativa de adultos com capacidade diminuída, e que merecem especial proteção por bando do Estado e da própria medicina, são os mesmos sujeitos de direitos protegidos a nível constitucional, pelo que devem envolver-se no processo de decisão de acordo com o seu grau de aptidão, enquanto sujeitos de direitos aos quais deve ser reservada a faculdade de definir e conformar a sua própria vida e o seu próprio corpo.

O ato médico integra-se no domínio dos atos meramente pessoais, pois que as decisões médicas incidem sobre o núcleo fundamental da personalidade física e psíquica da pessoa, o que determina, à partida, o exercício do direito pelo seu titular. Convoca, assim, uma figura jurídica sensível em qualquer área de Direito: os direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade enformam a própria pessoa e tutelam elementos concretos da pessoa. O consentimento ou dissentimento informado para uma intervenção médica tem por objeto, precisamente, estes elementos concretos da pessoa.

Partindo da premissa de que o poder sobre os bens da personalidade apenas pode pertencer à pessoa na qual se encontram integrados, o tradicional regime jurídico de representação legal legítima², em determinadas circunstâncias, a atuação de outrem sobre estes bens da personalidade, em momento em que a pessoa não consegue beneficiar ou cuja capacidade de beneficiar dos mesmos se encontre reduzida, tornando-se necessário que este representante, na específica área da saúde, exerça um poder específico sobre aqueles no interesse do respetivo titular.

Por conseguinte, e sem prejuízo de eventuais extensões da diminuição da capacidade em função das circunstâncias concretas, considera-se que o conceito de autonomia tem subjacente a conceção de que cada ser humano deve dispor das condições mínimas para se auto realizar, o que, no domínio da relação médico-paciente, determina que todas as intervenções careçam de consentimento informado, livre e esclarecido.

Encontra-se assim subjacente, o irredutível respeito pela dignidade da pessoa humana, na sua vertente de salvaguarda do direito à autodeterminação pessoal, resultante da progressiva rejeição do paternalismo médico e destaque progressivamente conferido à autonomia no processo de decisão em relação aos cuidados de saúde que a pessoa deseja, ou não, receber.

Com efeito, se o instituto da capacidade para consentir ou recusar um ato médico beneficia já da riqueza dogmática civilista que sobre o mesmo tem sido desenvolvida, não se apresentando como um novo desafio *stricto sensu* em sede de tutela da personalidade da pessoa humana, o desafio revela-se em relação à alteração do paradigma de modelo protecionista e incapacitante, acentuadamente paternalista e substitutivo da vontade, para um modelo de apoio à tomada de decisão, *rectius*, em relação ao consentimento/dissentimento para atos médicos

Neste sentido, atendendo à especificidade dos cuidados de saúde e à consagração do direito à autodeterminação do paciente adulto com capacidade diminuída, o consentimento ou dissentimento informados, decorrentes do seu direito à proteção da integridade psíquica e física, revestem-se de particular importância, porquanto não são admitidas limitações ao exercício da autodeterminação pessoal em função do sentido da tomada de decisão da pessoa.

Na verdade, partindo do pressuposto de princípio de que não faz sentido limitar o direito à autodeterminação em cuidados de saúde destas pessoas, porque na maior parte dos casos (v.g. surdez-mudez, cegueira, prodigalidade, abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes) a pessoa manterá a sua capacidade para consentir, a crítica ao modelo de substituição de vontade, orientado pelo princípio do interesse superior, consistirá na análise do reduto enformador da relação médico-paciente, da natureza pessoal do bem jurídico protegido pelo

consentimento/dissentimento, dos critérios de determinação de competência para prestação do consentimento e, a final, na análise do modelo de acompanhamento em substituição dos tradicionais regimes protecionistas.

1. A relação médico-paciente fundada no respeito pela pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade

A compreensão quanto à situação clínica, resulta do complexo entre a informação relativa ao quadro clínico, transmitida de forma adequada ao doente concreto³, de acordo com as suas características culturais e cognitivas, e as diferentes possibilidades terapêuticas, benefícios e riscos inerentes, de forma a assegurar a liberdade do consentimento ou dissentimento⁴.

Significa isto que o consentimento e o dissentimento⁵ enformam a projeção inerente do respeito pela autonomia do paciente enquanto ser humano⁶, porquanto garantem que a decisão quanto às intervenções médicas que aceita ou recusa repousa nos pressupostos de autorresponsabilização e liberdade de escolha.

Demanda-se o respeito integral pelo direito geral da personalidade⁷, nas suas formas descentralizadas de tutela jurídica da personalidade, ou seja, a vida, a integridade física e psíquica, com as quais se relaciona o exercício da liberdade de vontade⁸.

A fundamentar esta participação ativa dos doentes encontramos o respeito pela pessoa humana⁹, individualmente considerada, com uma dignidade intrínseca, a qual não pode ser dissociada do conceito de autonomia, enquanto capacidade e direito de autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, assegurando-se desta forma que o paciente é tratado como sujeito e não objeto do ato médico¹⁰.

Tendo presente que o consentimento/dissentimento representa um mecanismo de tutela dos direitos especiais de personalidade e que, bem assim, traduz um exercício de liberdade de vontade no domínio da autodeterminação em cuidados de saúde, encontramos no consentimento e dissentimento informado, o direito à liberdade¹¹. Na verdade, acompanhando Stela Barbas, não se poderá deixar de entender que o único consentimento consentâneo com a dignidade da pessoa humana é aquele que é prestado com liberdade, sendo esta indispensável para a autodeterminação do indivíduo e para a sua realização pessoal¹².

Com efeito, em sede de direito penal, não se verificando o consentimento do paciente, nos termos do n. 2 do art. 156.º do Código Penal português¹³, não se verificará uma violação da integridade física, mas outrossim, da liberdade da vontade; em sede de direito civil, a falta de consentimento determina sempre uma lesão do direito à integridade física, mesmo que se preencham os requisitos do n. 1 do art. 150.º do Código Penal português¹⁴¹⁵.

Por conseguinte, se respeitadas as *leges artis*, nos termos do n. 1 do art. 150.º do Código Penal português, a agressão está justificada, não se consubstanciando o dano numa alteração para pior situação física ou psíquica. O dano resulta da intervenção não consentida numa zona de reserva da pessoa, que é o seu próprio corpo, reduzindo-se a lesão à liberdade da vontade¹⁶.

2. Natureza pessoal do bem jurídico objeto do consentimento/dissentimento

No âmbito do consentimento para intervenções médicas estão em causa bens jurídicos como a liberdade e autodeterminação pessoal, a integridade física e psíquica.

O art. 70.º do Código Civil português, ao tutelar como bem jurídico a personalidade física e psíquica do titular do direito de personalidade, reconhece-lhe um conjunto de poderes jurídicos – poderes emergentes da própria estrutura e dinâmica da personalidade humana – que incidem, unitária e globalmente, sobre a personalidade física e psíquica da pessoa¹⁷.

Ora em virtude do carácter essencial, necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e psíquica (v.g. a vida, o corpo, a saúde), o ordenamento jurídico português

reconhece ao sujeito ativo dos poderes jurídicos, decorrentes da tutela geral da personalidade, um potencial de capacidade para se autodeterminar, não consentâneo com a escusa do adulto com capacidade diminuída do processo de obtenção do consentimento.

Ter-se-á presente que a pessoa humana é uma unidade holística que se vai criando a si mesma, dotada de liberdade, e que enquanto poder de autodeterminação, não apenas face a cada um dos bens da personalidade mas também face àquela unidade¹⁸, em matéria de cuidados de saúde, o consentimento, é um ato de realização individual. Trata-se de uma ação que não tem de ser partilhada com um terceiro. Legitima-se e realiza-se em toda a sua plenitude através da vontade individual que se conforma no ato da sua própria realização. É, com efeito, a manifestação inequívoca de um “eu” volitivo que apenas conhece como limites as determinações legais¹⁹⁻²⁰.

Convocando a doutrina da alternativa menos restritiva de direitos²¹, a qual fixa princípios aplicáveis à proteção de adultos com capacidade diminuída, resulta que as medidas de proteção não devem implicar um cercear automático da faculdade de decisão em matérias pessoais, incluindo nestas, expressamente, o direito de tomar posições quanto a intervenções respeitantes à sua própria saúde²².

Entende-se, neste sentido, que a autonomização da capacidade para consentir ou recusar um ato médico da capacidade civil, reitera e reforça, por um lado, o direito à autodeterminação pessoal num domínio de reserva da esfera jurídica pessoal e, por outro lado, reafirma o exercício de autorrealização da personalidade, de acordo com a capacidade concreta da pessoa.

Trata-se da concretização da dignidade da pessoa humana, cujo caráter pluridimensional afirma a sua característica aglutinadora que confere sentido e unidade a cada direito individualmente considerado e sobre o qual todos os direitos de personalidade repousam.

É este conceito pluridimensional que convoca ao ordenamento jurídico a necessidade de reconhecer o espaço de liberdade, planeamento e conformação da pessoa em relação à sua própria vida e que impõe, como garantia jurídica, que à própria pessoa deva ser assegurada uma área de autodeterminação, concordantemente prática com medidas privadas de proteção da sua vontade: trata-se, neste sentido, de uma dimensão objetiva do direito à autodeterminação em cuidados de saúde.

Ao direito à autodeterminação da pessoa humana em matéria de cuidados de saúde é reconhecida uma ampla tutela no ordenamento jurídico português, através do reconhecimento do direito ao consentimento/dissentimento informado em diversas fontes normativas²³.

É o cadente dever de respeito pelo exercício deste direito, consignado na manifestação do consentimento ou dissentimento, e subjacente ao modelo contemporâneo da relação médico-paciente, que enforma a pertinente concertação entre a capacidade de decisão autónoma por parte do paciente e a autonomia do próprio profissional de saúde e que se satisfaz com a participação ativa daquele no âmbito do processo de tomada de decisões relativamente à sua saúde.

Face ao exposto, e não descurando a importância do instituto da capacidade negocial, o qual é fundamental para a o desenvolvimento da disciplina da capacidade para consentir ou recusar um ato médico, as declarações de vontade que exprimem o consentimento ou dissentimento para intervenções médicas, referem-se a bens jurídicos da personalidade com dignidade constitucional, não a direitos patrimoniais, pelo que serão de afastar equiparações *ipsis verbis* aos conceitos.

Encontramo-nos perante exigências particulares que merecem uma construção diferenciada, pelo que a criação de institutos orientados para tornar a pessoa apta para prestar o seu consentimento ou recusar um ato médico, encerra um mecanismo de proteção ao princípio da autonomia privada e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, repudiando intervenções médicas de cariz decisório heterónomo ou paternalista²⁴.

Trata-se da primazia da autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada e preservada a sua capacidade funcional; tem-se a capacidade da pessoa como pressuposto de princípio, verdadeira

afirmação do direito de autodeterminação e da necessidade de proteção da pessoa enquanto ser em devir.

3. Critérios de determinação da capacidade para consentir e/ou competência

Consistindo o consentimento/dissentimento em um ato jurídico *stricto sensu*, não podemos descurar que a própria autonomia privada, em sede de negócio jurídico, exige apenas para a celebração deste, um grau de discernimento e esclarecimento suficientes para que se compreenda o que se está a fazer e a liberdade para que se opte por celebrá-lo ou não²⁵.

Assim, no escopo de consolidar a fixação de um modelo de capacitação do adulto com capacidade diminuída para consentir, ou recusar, em intervenções médico-cirúrgicas, que cumprirá o objetivo performativo de assegurar o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde e o livre desenvolvimento da personalidade, atendendo à particularidade dos bens jurídicos afetados, enunciam-se como critérios cumulativos de determinação da capacidade/incapacidade para autodeterminar-se: a capacidade para decidir sobre valores (trata-se de uma ponderação de valores, partindo-se da premissa de que a pessoa possui um sistema subjetivo de ponderação custo/benefício²⁶ conformado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade); a capacidade para compreender factos e processos causais (a tomada de uma decisão racional supõe a compreensão do procedimento médico e consequências que possam daí advir)²⁷; a capacidade para compreender alternativas; e, a capacidade para se autodeterminar²⁸ com base na informação obtida²⁹.

A declaração de incapacidade civil da pessoa em concreto repousa no facto de a ordem jurídica postular uma incapacidade quanto à tomada de decisões racionais autonomamente, face a uma ligeireza relativa aos riscos e sacrifícios no governo dos bens jurídicos de que é titular³⁰. O escopo da representação legal é, assim, assegurar a prossecução dos instrumentos mais adequados para o adulto incapaz participar do tráfego jurídico e assegurar a realização dos seus interesses³¹.

No domínio da saúde, não parece ser defensável uma conceção hierarquizada de ordenação entre o poder decisório em matéria de cuidados de saúde de um representante legal relativamente ao adulto com capacidade diminuída³².

Com efeito, a determinação da competência para consentir ou recusar um ato médico deve aferir-se pela avaliação dos défices funcionais ao nível da compreensão da informação, da apreciação da mesma em função de circunstâncias pessoais, de reflexão e expressão de uma opção.

Atento o exposto, não se poderá deixar de entender que a capacidade para consentir ou recusar um ato médico é uma exigência funcional que deve ser fixada de forma casuística, presidida pelas circunstâncias concretas da pessoa individualmente considerada, atendendo a que o motivo de uma pessoa padecer de alguma limitação de ordem física, mental ou cognitiva poder-se-á revelar em grau, intensidade e duração variáveis, não a impedindo de exercer os seus direitos de forma autónoma, devendo-se, ao contrário, criar condições para o exercício destes direitos em condições de igualdade com as outras pessoas, não se admitindo uma avaliação da capacidade com fundamento na decisão tomada³³.

Neste desiderato, encontramos várias normas internacionais que pretendem tutelar o direito do ser humano à autodeterminação e à prestação do seu consentimento informado para a prática de ato médico, designadamente no que respeita a adultos com capacidade diminuída, definindo-os por esta via como verdadeiros sujeitos de direitos e, por conseguinte, reconhecendo-lhes capacidade de autodeterminação que, atendendo à dimensão abstrata da dignidade da pessoa humana, compele os ordenamentos jurídicos à promoção e proteção daquela manifestação concreta do livre desenvolvimento da personalidade e simultaneamente da sua tutela³⁴.

4. Preservação da capacidade residual máxima

Com Stela Barbas, entendemos que em matéria de incapacidades jurídicas, “Acentua-se, cada vez mais, o princípio da autodeterminação do próprio restringindo-se, assim, os poderes de

autorização dos representantes legais”³⁵ e reforçando-se o *prius* de uma intervenção mínima no que concerne à restrição de direitos fundamentais da personalidade.

Em bom rigor, a recente aprovação da Lei 49/2018, de 14 de agosto no ordenamento jurídico português, que cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, veio alcançar o objetivo performativo de preservar a capacidade residual máxima da pessoa maior impossibilitada, “(...) por razões de saúde, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres (...)”³⁶, conforme se alcança da nova redação dada ao art. 138.º do Código Civil português.

O diploma em referência estabelece, assim, um princípio geral já enunciado na ordem internacional que preconiza a atuação dos Estados orientada para a adoção de soluções que se demonstrassem menos restritivas para os direitos fundamentais dos cidadãos com capacidade diminuída, assente em três princípios enformadores: o princípio da preservação máxima da capacidade, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade³⁷.

A doutrina da alternativa menos restritiva havia já sido proposta pelo Conselho da Europa, na sua Recomendação R(99)4, relativa aos princípios concernentes às medidas de proteção de maiores com capacidade diminuída³⁸.

Na verdade, a Recomendação acentuava que a natureza das medidas de proteção a adotar deveria pautar-se por um afastamento do paradigma da privação automática da faculdade de decisão do adulto incapaz em matéria de cuidados de saúde, devendo reger-se, no âmbito da sua aplicação, pelos princípios da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, atendendo ao tipo e grau de diminuição da capacidade, promovendo-se a preservação da capacidade funcional da pessoa, coordenada a situações concretas.

No mesmo sentido, o Conselho da Europa, na prossecução daqueles princípios e com o intuito de que os Estados-Membros reformulassem os seus regimes jurídicos em matéria de incapacidades legais no âmbito da saúde, emitiu a Recomendação CM/REC (2009)11³⁹, com a qual se pretendeu introduzir de forma definitiva um mecanismo jurídico adaptável às circunstâncias pessoais de cada ser humano e que promovesse a autonomia individual quando esta já não existe, veiculando-se a gestão autónoma da própria esfera de interesses na área da saúde, *rectius*, através da nomeação de um procurador de cuidados de saúde (*Principle 1 – Promotion of self-determination*), evitando-se incertezas quanto a quem detém o poder de decidir em questões de saúde e bem assim assegurando que a vontade anteriormente manifestada será respeitada, designadamente através da atribuição do poder decisório e de definição do padrão da atuação da equipa médica ao procurador, em momento em que a pessoa não se encontre capaz⁴⁰.

De igual forma, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência preconiza que os Estados adotem legislação tendente à preservação da independência e autonomia da pessoa portadora de deficiência, incluindo a liberdade de fazer as suas próprias escolhas, tendo como escopo principal a alteração do paradigma protecionista sobre a pessoa com deficiência, no sentido da sua salvaguarda como sujeito titular de direitos e obrigações em circunstâncias de igualdade com os restantes indivíduos, proibindo a sua discriminação em razão da deficiência de que são portadores⁴¹.

Neste desiderato, quaisquer limitações a direitos, liberdades e garantias devem pautar-se pelo princípio da proibição do excesso que, por sua vez, se compreende em três vetores fundamentais: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade⁴².

Malgrado, ainda que a causa ou causas de interdição ou inabilitação fossem de tal forma incapacitantes⁴³ face à gravidade concreta, que determinassem uma inaptidão da pessoa a reger-se a si própria e aos seus bens, cabe ressaltar todos os direitos inerentes à personalidade, *rectius*, como aqueles que se encontram em causa no domínio do ato médico, os direitos de personalidade da pessoa doente, que são de exercício meramente pessoal, e que assim sempre se encontrariam excluídos do âmbito dos regimes de representação legal.

Em bom rigor, a incapacidade negocial não determina necessariamente uma incapacidade para consentir ou dissentir⁴⁴ estando em questão adultos com capacidade diminuída, sendo aliás esta a interpretação que melhor se conforma com o art. 6.º da CDHB, relativo à proteção de pessoas adultas incapazes de prestar consentimento, orientando para a participação destas, na medida possível, no processo de autorização⁴⁵.

Com efeito, uma avaliação casuística pelo profissional de saúde, permitiria avançar para a admissão de casos em que o adulto incapaz, na medida em que conseguisse compreender a situação clínica e o motivo do tratamento ou intervenção cirúrgica, deveria não apenas ser informado, mas prestar o seu consentimento ou dissentimento.

Na verdade, as medidas clássicas de proteção revelam-se ineficazes por não atenderem às situações múltiplas e de ordem diversa que podem consubstanciar a capacidade diminuída, não reconhecendo um grau de autodeterminação adaptado às concretas aptidões funcionais individuais, por força do sistema legal ablativo, não promotor de um princípio de liberdade de condução da vida pessoal que, hodiernamente, é inquestionável.

Assim, quanto a um adulto incapaz, com representante legal nomeado, excetuando os interditos e inabilitados por anomalia psíquica severa, os quais, regra geral, poder-se-ão presumir incapazes para consentir, impunha-se relativamente às restantes causas de interdição ou inabilitação uma avaliação à situação concreta do paciente quanto à capacidade para consentir⁴⁶ por parte do médico⁴⁷, que sempre se apresentou como a solução mais consentânea com a preservação e salvaguarda máxima do direito à autodeterminação pessoal.

Ora a aptidão do adulto com capacidade diminuída poderá, eventualmente, apenas convocar um sistema de apoio à tomada de decisão quanto ao ato médico, assente num paradigma de promoção do exercício efetivo dos direitos, obstando-se à perpetuidade dos modelos de substituição.

Um modelo de acompanhamento, presidido por um princípio de apoio efetivo, é uma concretização material da dignidade inerente a todos os seres humanos e da sua inalienável capacidade de exercício.

Assim, o apoio da tomada de decisão em relação ao ato médico deve respeitar os direitos, a vontade real e as preferências pessoais do adulto com capacidade diminuída, sendo aquele suscetível de variação nas suas formas e intensidades, por forma a apresentar-se como uma resposta material às necessidades individuais.

Neste desiderato, a aprovação da Lei 49/2018, de 14 de agosto, consigna o afastamento do carácter estigmatizante das medidas clássicas de proteção previstas no anterior regime civilista, prosseguindo uma limitação mínima dos direitos e a adoção de medidas diferenciadas e personalizadas⁴⁸.

Com efeito, dispõe o n. 1 do art. 141.º do Código Civil português que, na redação dada pela Lei 49/2018, de 14 de agosto, “O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença”⁴⁹.

Significa isto que a função do acompanhante é, primordialmente, a de capacitar o adulto com capacidade diminuída para o exercício dos seus direitos, de acordo com a sua vontade real, em detrimento do modelo protecionista, salvaguardando-se o exercício da capacidade jurídica daquele, atendendo à perspetiva holística da personalidade, com direito à liberdade e à proteção especial que reclama o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade atenta a situação de maior vulnerabilidade.

Em matéria de decisões de saúde teria sido profícua a configuração, pelo legislador, do enquadramento normativo relativo a esta categoria de atos pessoais, designadamente no que concerne à participação das próprias pessoas nestas decisões, à prestação do consentimento livre e esclarecido e à nomeação de um procurador de cuidados de saúde, porquanto deveria ter acolhido a proposta do CNECV, apresentada nos Pareceres 100 e 102⁵⁰.

Não obstante, e conforme já referido oportunamente, não se poderá deixar de subsumir o consentimento ou a recusa para um ato médico ao conceito de ato jurídico de natureza pessoal, pese embora não se encontre elencado no âmbito dos direitos pessoais previstos no n. 2 do art. 147.º do Código Civil português, com a redação inserta pela Lei 49/2018, de 14 de agosto.

Nestes termos, entendemos que o n. 2 do art. 147.º tem um âmbito de aplicação material mais abrangente, sendo certo que é o próprio legislador que deixa espaço a esta interpretação, quando faz uso da expressão “entre outros”, querendo referir-se ao exercício de direitos pessoais, que é livre, limitando o acompanhamento ao estritamente necessário, salvo disposição da lei ou sentença judicial em contrário, conforme resulta da interpretação conjugada das disposições do n. 1 do art. 145.º e do n. 1 do art. 147.º.

Conclusões

O conceito de capacidade para consentir é independente, e deve ser autonomizado, do conceito de capacidade negocial, uma vez que se trata de uma declaração de vontade intrinsecamente diferente à declaração de vontade manifestada no âmbito da celebração de negócios jurídicos⁵¹.

Na verdade, as decisões em matéria de cuidados de saúde afetam o direito geral de personalidade, considerando que lesam bens jurídicos de natureza pessoal, como a integridade física e psíquica.

No domínio da determinação da competência o que é decisivo ao nível da capacidade para consentir, não é a capacidade negocial formal em sede de direito civil para a celebração válida de negócios jurídicos, mas outrossim, saber se uma pessoa que dá o seu consentimento para uma intervenção ou tratamento médico possui ou não a capacidade individual de representação e avaliação indispensável para uma decisão informada⁵².

As medidas clássicas de proteção⁵³ dos incapazes⁵⁴ resultam de processos judiciais rígidos e ablativos, destinados fundamentalmente a assegurar a satisfação de interesses patrimoniais e a garantir a segurança do tráfego jurídico, sem atender às características emocionais, volitivas e intelectuais dos adultos com capacidade diminuída.

Destarte, não obstante a cadente importância de que se revestiam estas medidas ao nível da administração do património, a intervenção médica afeta o próprio direito geral de personalidade, cujo objeto são bens de mais elevada dignidade axiológica e constitucional, porquanto a intervenção de um representante legal ou o recurso ao consentimento presumido apenas deveria ser permitido em resultado de razões concretas de ordem bio psicológicas, sujeitas a uma avaliação casuística por banda do médico⁵⁵.

Donde, cumprindo o objetivo performativo de assegurar que a medida de acompanhamento respeita a necessidade de asseverar que qualquer restrição à capacidade de exercício repousa no respeito absoluto pelos direitos, vontade e preferências da pessoa com capacidade diminuída, o legislador definiu um regime – contrário ao da substituição de vontade na tomada de decisão assente num modelo protecionista – consentâneo com a assunção como princípio geral o da capacidade de todas as pessoas, colocando-as em circunstâncias de igualdade com todas as outras pessoas no exercício dos seus direitos.

Convoca-se, assim, a primazia da autonomia da pessoa reforçada pelo primado dos seus interesses pessoais, em virtude da subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, que passam apenas a ser admitidas quando o objetivo da medida não se alcance, também, por via dos deveres gerais de cooperação e assistência.

Consideramos, neste sentido, que a substituição dos institutos da interdição e da inabilitação por um regime de apoio à tomada de decisão, enquanto mecanismo promotor da autonomia, alcança e compreende duas finalidades fundamentais do exercício do direito à autodeterminação, que deve orientar o regime jurídico de resposta às situações de capacidade diminuída: a manutenção de um nível máximo de capacidade adequado ao caso concreto e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, designadamente, pela faculdade concedida de exercício do direito à autodeterminação,

consistente na conformação da sua esfera de interesses pessoais e de legitimação da atuação do médico.

Referências

Fontes documentais

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. [Em linha]. N. C/364 (18.12.2000). Disponível em: [\[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf\]](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf).

CÓDIGO Civil. Coimbra: Almedina, 2016.

CÓDIGO Penal. Coimbra: Almedina, 2015.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Lisboa: LEGIT, 2018.

LEI 49/2018: Cria o Regime Jurídico do Maior Acompanhado. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N. 156 (14.08.2018), p. 4072-4086. Disponível em: [\[https://dre.pt/home/-/dre/116043536/details/maximized\]](https://dre.pt/home/-/dre/116043536/details/maximized).

RESOLUÇÃO 1/2001: Aprova a Convenção Sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina. *Diário da República, Série I-A*. [Em linha]. N. 2 (03-01-2001), p. 14-26. Disponível em: [\[https://dre.pt/pesquisa/-/search/235128/details/maximized\]](https://dre.pt/pesquisa/-/search/235128/details/maximized).

RESOLUÇÃO 20/90: Aprova a Convenção Sobre os Direitos da Criança. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N. 20 (12-09-1990), p. 3738(2)-3738(20). Disponível em: [\[https://dre.pt/pesquisa/-/search/222390/details/maximized\]](https://dre.pt/pesquisa/-/search/222390/details/maximized).

RESOLUÇÃO 56: Aprova a Convenção Sobre as Pessoas com Deficiência. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N. 146 (30-07-2009), p. 4906-4929. Disponível em: [\[https://dre.pt/pesquisa/-/search/493187/details/maximized\]](https://dre.pt/pesquisa/-/search/493187/details/maximized).

Bibliografia

AMORIM, Ana. O consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a Lei Actual. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra, ano 8, n. 15, p. 113-128, jan.-jun. 2011.

ASJP. *PARECER: Proposta de Lei que Estabelece o Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Institutos da Interdição e da Inabilitação*. [Em linha]. [sl]: [sn], 2017. [Consult. 20 de agosto de 2018]. Disponível em: [\[http://www.asjp.pt/2017/05/19/parecer-da-asjp-proposta-de-lei-que-estabelece-o-regime-do-maior-acompanhamento-em-substituicao-dos-institutos-da-interdicao-e-da-inabitabilidade/\]](http://www.asjp.pt/2017/05/19/parecer-da-asjp-proposta-de-lei-que-estabelece-o-regime-do-maior-acompanhamento-em-substituicao-dos-institutos-da-interdicao-e-da-inabitabilidade/).

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. (Coord.) FERNANDES, Francisco Liberal; GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CNECV. *PARECER 100/CNECV/2017*. [Em linha]. Lisboa: [sn], 2018. [Consult. 28 de agosto de 2018]. Disponível em: [\[http://www.cnecv.pt/pareceres.php\]](http://www.cnecv.pt/pareceres.php).

CNECV. *PARECER 102/CNECV/2018*. [Em linha]. Lisboa: [sn], 2018. [Consult. 28 de agosto de 2018]. Disponível em: [\[http://www.cnecv.pt/pareceres.php\]](http://www.cnecv.pt/pareceres.php).

DIAS, Patrícia Cardoso. Diretivas antecipadas de vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela Consagração do Instituto da Representação Voluntária em Matéria de Direitos

de Personalidade. *Revista Opinião Jurídica*. [Em linha]. N. 19 (2016), p. 228-252. Disponível em: [<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/930>].

ERS. *Consentimento Informado: Relatório Final*. [em linha]. Porto: Entidade Reguladora da Saúde, 2009. [Consult. 12 maio de 2018]. Disponível em: [https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf].

FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 14, n. 1 e 2 (jan.-jun.) 2004. p. 67-115.

MACLEAN, Alasdair. The Doctrine of Informed Consent: Does it exist and has it crossed the Atlantic? *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*. Great Britain. Vol. 24, n. 3 (june 2004).

MECANISMO Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *PARECER 6/Me-CDPD*. [Em linha]. [sl]: [sn], 2017. [Consult. 4 de setembro de 2018]. Disponível em: [https://www.fenacerci.pt/docs/PARECER-6_MeCDPD_P_2017.pdf].

MIRANDA, Eliani. Desejos Previamente Expressos: Artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra, ano 1, n. 1, p. 65-82, jan.-jun. 2004.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo I. introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. *Testamento vital*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento médico informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimimento – a visão do jurista. In: *Coleção de Formação Inicial: Interdição e Inabilitação*. [em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 18 nov. 2018]. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_civil.php].

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. N. 125 (jan.-mar. 2011). p. 169-218.

RAPOSO, Vera Lúcia. No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade). *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Coimbra. Ano XXII, n. 24 (Dezembro 2013). p. 79-109.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. A decisão médica no âmbito dos cuidados de saúde de incapazes adultos. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 14, n.º 27-28 (jan.-dez 2017). p. 59-98.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. Direito à autodeterminação e directivas antecipadas: o caso português. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 10, n.º 19 (jan.-jun. 2013). p. 107-126.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SEMEDO, João (Org.). *Morrer com dignidade: a decisão de cada um. Tudo o que precisa saber sobre a morte assistida*. Lisboa: Contraponto, 2018.

SMMP. *Parecer sobre a Proposta de Lei que Estabelece o Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Antigos Institutos da Interdição e da Inabilitação e que altera o Código Civil, o Código de Processo Civil e diversos outros diplomas*. [Em linha]. Lisboa: [sn], 2017. [Consult. 4 de setembro de 2018]. Disponível em: [<http://www.smmp.pt/?p=40478>].

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

VÍTOR, Paula Távora. O apelo de Ulisses – O novo regime do procurador de cuidados de saúde na Lei Portuguesa. *Julgar – Número Especial. Consentimento Informado*. Lisboa, p. 224-248, 2014.

Pesquisas do Editorial

- O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015), SEUS DIREITOS E O NOVO PARADIGMA DA CAPACIDADE CIVIL, de Leonardo Alves de Oliveira - RDPriv 76/2017/49
- A ANÁLISE DA CAPACIDADE CIVIL À LUZ DO ESTATUTO DO DEFICIENTE: INCLUSÃO, PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas - RT 989/2018/83
- AS REPERCUSSÕES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES, de Augusto Passamani Bufulin - RDPriv 86/2018/17
- CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AÇÃO DE INTERDIÇÃO: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO, de Augusto Jorge Cury - RT 999/2019/67

NOTAS DE RODAPÉ

1

VAZ, Júlio Machado. Viver até ao fim. In: SEMEDO, João (Org.). *Morrer com dignidade: a decisão de cada um. Tudo o que deve saber sobre a morte assistida*, 87.

2

Não iremos, portanto, abordar a questão da nomeação de um representante voluntário (o procurador de cuidados de saúde), porquanto a atuação em nome do representado já se encontra legitimada por um instrumento que lhe confere poderes decisórios sobre a esfera de interesses pessoais deste, ainda que no domínio de direitos de natureza pessoal, mas que cuja atuação se encontra estritamente vinculada e funcionalizada à vontade real ou presumida do representado e, bem assim, cuja produção de efeitos se encontra subordinada à verificação de uma incapacidade de facto para a manifestação da vontade deste.

Para maior desenvolvimento, consultar DIAS, Patrícia Cardoso. Diretivas antecipadas de vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade. *Revista Opinião Jurídica*, p. 228-252.

3

Trata-se do critério do paciente concreto, recetor das informações, as quais devem encontrar-se subordinadas a um critério de adequação em função daquilo que é necessário o paciente saber, a sua personalidade e a sua capacidade cognitiva para tomar uma decisão. Cfr., ERS. *Consentimento informado: relatório final*, p. 22.

4

Tenhamos presente que o conceito de competência se refere à capacidade de decidir autonomamente, ou seja, depois de recebida a informação, realizar um juízo de valores independente de acordo como seu sistema de valores. Cfr. NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. *Testamento vital*, p. 116-117; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*, p. 357-358; ERS. *Consentimento informado: relatório final*, p. 3; MACLEAN, Alasdair. The Doctrine of Informed Consent: Does it exist and has it crossed the Atlantic? *Legal Studies: the Journal of the Society of Legal Scholars*, p. 391-392.

5

São elementos estruturais do consentimento/dissentimento informado, a competência, a comunicação, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento. Estes requisitos, cumulativos, devem encontrar-se preenchidos para que o consentimento seja considerado válido. Cfr. NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. *Testamento vital*, p. 116-117; MIRANDA, Eliani. Desejos Previamente Expressos: Artigo 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, p. 67.

6

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*, p. 328, 383.

7

Perfilhamos o ensinamento de Orlando de Carvalho quanto ao conceito fundamental de direito geral de personalidade, ou seja, “(...) de um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua “liberdade de desabrochar” (com direito ao livre desenvolvimento da personalidade) (...) Trata-se de um *ius in se ipsum* radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação (...) Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade contemporânea”. Vide, CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*, p. 203.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, p. 25, 49-50.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*, p. 356.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, p. 27.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*, p. 207-209 . No seu ensino oral, Orlando de Carvalho tipificava, inclusive, enquanto direito especial de personalidade, o direito à liberdade positiva e negativa (compreendendo liberdades físicas e morais).

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*, p. 356.

“Artigo 156.º – Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários: 1 – As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 – O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3 – Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 – O procedimento criminal depende de queixa.”

“Artigo 150.º – Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos: 1 – 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. 2 – As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”.

15

Esclarecendo a posição de Orlando de Carvalho, os casos de consentimento presumido em sede de direito penal apenas isentam de responsabilidade civil se preencherem concomitantemente os requisitos previstos no n. 3 do art. 340.º do Código Civil português, ou da colisão de direitos, ou ponderação de interesses, nos limites práticos do direito geral de personalidade. Cfr. CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*, p. 210-212, 214.

16

CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*, p. 210-212, 214.

17

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*, p. 394-397.

18

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*, p. 406.

19

COSTA, Faria, *apud*, PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento médico informado na relação médico-paciente*, p. 141.

20

Com efeito, limites à disponibilidade destes bens jurídicos é a lei, princípios de ordem pública e os bons costumes, convocados em sede de consentimento no n. 2 do art. 340.º do Código Civil português, determinando-se a nulidade de toda a limitação voluntária ao exercício de direitos de personalidade, sempre que esta resulte contrária àqueles princípios. Entendemos que a noção de princípios de ordem pública e bons costumes se sobrepõe, correspondendo ambas a princípios fundamentais da ordem jurídica, que enformam as normas injuntivas que servem a realização e proteção dos valores e bens fundamentais da sociedade, em dado momento, contexto geográfico, cultural e ambiental. Comungam com a lei injuntiva a função de delimitar o âmbito material da autonomia privada. Cfr., VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*, p. 155-156; Em matéria de intervenções médico-cirúrgicas, com André Dias Pereira, entendemos que o princípio da unidade da ordem jurídica convoca o contributo do direito penal para o direito civil. O art. 149.º do Código Penal português compreende alguns critérios orientadores para o

conceito de bons costumes e ordem pública. Assim, para decidir se a ofensa ao corpo e à saúde contrariam os bons costumes, devem tomar-se em conta os motivos e fins do agente, ou do ofendido, bem como os meios empregues e a amplitude previsível da ofensa. Ora, a intervenção levada a cabo nos termos do n. 1 do art. 150.º do CP, e assim, de acordo com as *leges artis*, por indicação médica, realizada por um médico ou pessoa legalmente autorizada, não contenderá com os bons costumes e a ordem pública, propugnada pelo direito civil. Cfr., PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento médico informado na relação médico-paciente*, p. 141-144.

21

Council of Europe. *Recommendation R(99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*.

22

PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimimento – a visão do jurista. In: *Coleção de Formação Inicial: Interdição e Inabilitação*, p. 34-35.

23

Esta ampla tutela ao direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, resulta da consagração do consentimento/dissentimento informado enquanto dimensão do direito à integridade pessoal (consagrada no art. 25.º da CRP), que concomitantemente com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (n. 1 do art. 26.º da CRP) concretizam o axioma fundamental vertido no art. 1.º da CRP, a dignidade da pessoa humana. Vide, PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, p. 95-106.

24

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A Capacidade para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade Jurídica. In: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria geral do direito civil*, p. 200-202.

25

Contudo, a voluntas e a sua exteriorização podem resultar de um processo volitivo e de decisão, inquinado com um vício – vício da vontade – determinado por deficiências de esclarecimento e, conseqüentemente, de liberdade.

26

O consentimento é um instrumento de autodeterminação enquanto mecanismo do livre desenvolvimento da personalidade. Este direito satisfaz-se com a possibilidade de a pessoa poder consentir ou dissentir com base no seu projeto de vida e sem se encontrar sujeita a decisões heterónomas.

V.g. a pessoa operada a um aneurisma, tanto deve ser capaz de prever os riscos da operação bem como as consequências de não a realizar. Isto implica que por vezes este juízo de capacidade ou incapacidade se adegue na mesma pessoa à intervenção em concreto. A mesma pessoa poderá não ter capacidade para decidir relativamente a tratamentos mais complexos, mas poder decidir autonomamente no que concerne a procedimentos cirúrgicos simples.

Trata-se de uma capacidade volitiva final no âmbito do processo de informação partilhada médico/paciente, e que demonstra, ou não, a capacidade de compreensão do valor e grau dos bens jurídicos objeto da intervenção médica, sobre os factos que está a decidir, bem como as consequências e riscos decorrentes da sua decisão, e consciência das alternativas existentes que permitem alcançar os mesmos resultados.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria geral do direito civil*, p. 209-213.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria geral do direito civil*, p. 209; PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento médico informado na relação médico-paciente*, p. 154-160.

Com efeito, há quer presente que estamos no domínio do direito civil, que os sujeitos das medidas de proteção clássicas do ordenamento jurídico para os adultos incapazes também são privados e os interesses a proteger são, de igual forma, privados.

PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, p. 217.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. A decisão médica no âmbito dos cuidados de saúde de incapazes adultos. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, p. 66-68.

34

AMORIM, Ana. O Consentimento Informado de Menores: Reflexões Críticas Sobre a Lei Actual. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, p. 115; NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. *Testamento vital*, p. 129-130.

35

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*, p. 336.

36

Lei 49/2018: Cria o Regime Jurídico do Maior Acompanhado. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N. 156 (14.08.2018), p. 4072-4086. Disponível em: [<https://dre.pt/home/-/dre/116043536/details/maximized>].

37

ASJP. *Parecer: Proposta de Lei que Estabelece o Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Institutos da Interdição e da Inabilitação*, p. 7; Ver também Parecer 6/Me-CDPD/P/2017 do Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

38

Council of Europe. *Recommendation R(99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*; PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimimento – a visão do jurista. In: *Coleção de Formação Inicial: Interdição e Inabilitação*, p. 34-35.

39

Council of Europe. *Recommendation CM/REC (2009)11 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advanced Directives for Incapacity*.

40

VÍTOR, Paula Távora. O apelo de Ulisses – o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa. *Julgar – Número Especial. Consentimento Informado*, p 228-229.

41

Resolução 56: Aprova a Convenção Sobre as Pessoas com Deficiência. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N. 146 (30-07-2009), p. 4906-4929. Disponível em:

[<https://dre.pt/pesquisa/-/search/493187/details/maximized>]; CNECV. PARECER 100/CNECV/2017, p. 3; SMMP – *Parecer sobre a Proposta de Lei que Estabelece o Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Antigos Institutos da Interdição e da Inabilitação e que altera o Código Civil, o Código de Processo Civil e diversos outros diplomas.*

42

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa*. Anotada. Tomo I. Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, p. 162-163, 282-295; CNECV. PARECER 100/CNECV/2017, p. 5.

43

São características cumulativas às causas de interdição a incapacitação, a atualidade e a permanência.

44

À exceção dos interditos e inabilitados por anomalia psíquica severa, as restantes causas, pese embora imponham atenção especial na forma de transmitir a informação e esclarecimento da mesma, não resultam como anuladoras da capacidade para decidir sobre os valores, compreensão dos factos e alternativas, e capacidade para se autodeterminar de acordo com a informação obtida.

45

PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira. *O consentimento informado na relação médico-paciente* . p. 221.

46

Assim, atendendo às características individuais e à variação das capacidades intelectuais, volitivas e emocionais dos adultos incapazes.

47

PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, p. 218; ERS. *Consentimento Informado: Relatório Final*, p. 45-46.

48

Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *Parecer 6/Me-CDPD*, p. 4-7.

49

Lei 49/2018: Cria o Regime Jurídico do Maior Acompanhado. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N. 156

(14-08-2018), p. 4072-4086. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/116043536/details/maximized>].

50

CNECV. *Parecer 100/CNECV/2017*. [Em linha]. Lisboa: [sn], 2018. [Consult. 28 de agosto de 2018]. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php>; CNECV. *Parecer 102/CNECV/2018*. [Em linha]. Lisboa: [sn], 2018. [Consult. 28 de agosto de 2018]. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php>].

51

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramos da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria geral do direito civil*, p. 200; Orlando de Carvalho, a propósito do consentimento tolerante, defendia que este “...não está sujeito...aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos...”, Vide, CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral de direito civil*, p. 205-206.

52

FRISCH, Wolfgang. Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-Cirúrgicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 91.

53

Poder paternal, tutela, curatela e administração de bens.

54

Menores, interditos e inabilitados.

55

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramos da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria geral do direito civil*, p. 201-202.