



CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO  
HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE  
ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA -  
20 ANOS DE VIGÊNCIA EM PORTUGAL

**João Carlos Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa** (Coordenadores)

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA

Centro de Direito  
**Biomédico**  
Universidade de Coimbra

**CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO  
HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE  
ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA -  
20 ANOS DE VIGÊNCIA EM PORTUGAL**

**João Carlos Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa (Coordenadores)**



**CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO  
DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE  
DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA  
BIOLOGIA E DA MEDICINA**

**20 ANOS DE VIGÊNCIA EM PORTUGAL**

**FICHA TÉCNICA**

*Coordenação*

João Carlos Loureiro  
André Dias Pereira  
Carla Barbosa

*Revisão*

Marta de Bastos Graça

*Propriedade*

Centro de Direito Biomédico  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Pátio das Escolas  
3004-528 Coimbra  
Telef./Fax: 239 821 043  
cdb@fd.uc.pt  
www.centrodedireitobiomedico.org

*Editor*

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*Imagem da capa*

João Ferrand

*Execução gráfica*

Ana Paula Silva

*ISBN ONLINE*

978-989-9075-21-4

**CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO  
HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE  
ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA -  
20 ANOS DE VIGÊNCIA EM PORTUGAL**

**João Carlos Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa (Coordenadores)**

**A U T O R E S**

Alexandra Vilela  
Ana Elisabete Ferreira  
Ana Raquel Gonçalves Moniz  
André Dias Pereira  
Andreia da Costa Andrade  
Carla Barbosa  
Catarina Sampaio Ventura  
Eduardo Figueiredo  
Geraldo Rocha Ribeiro  
Helena Moniz  
Inês Fernandes Godinho  
J. P. Remédio Marques  
João Carlos Loureiro

João Vaz Rodrigues  
Luís Meneses do Vale  
Mafalda Francisco Matos  
Maria de Belém Roseira  
Maria João Antunes  
Nuno Manuel Pinto Oliveira  
Paula Távora Vítor  
Paula Veiga  
Rafael Vale e Reis  
Sandra Passinhas  
Sónia Fidalgo  
Vera Lúcia Raposo

## 2. Introdução

Em relação ao preâmbulo, importa considerar diferentes aspetos, a saber:

- a) em primeiro lugar, a questão do valor do preâmbulo;
- b) seguidamente, as linhas de força, analisando a cadeia (inter) normativa (Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; Carta Social Europeia; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Convenção relativa ao tratamento automatizado de dados; Convenção sobre os Direitos da Criança; outros instrumentos posteriores, como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura [UNESCO]);
- c) em terceiro lugar, o ser humano enquanto indivíduo e como membro da espécie;
- d) depois, uma breve referência ao princípio da cooperação;
- e) em quinto lugar, a importância do debate público;
- f) finalmente, riscos e benefícios da biologia e da medicina.

Além disso, cura-se da jurisprudência específica, bem como de pareceres de conselhos nacionais de ética, sem esquecer uma curta conclusão.

## 3. Preâmbulo: alguns aspetos e linhas de força

### 3.1. *Valor do preâmbulo*

À semelhança do que acontece no que toca às constituições, discute-se qual o valor dos preâmbulos internacionais. Desde logo, reconhece-se relevância interpretativa, no caso concreto tendo presente que se sublinha uma rede internormativa onde se insere a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina (CDHB). Além disso, a menção da pertença à espécie aponta para um fio hermenêutico que tem depois tradução específica, por exemplo, em matéria de intervenções no campo da genética (pense-se no artigo 13.º e a proibição de intervenções na linha germinal).



### 3.2.1. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o primeiro instrumento internacional mencionado no Preâmbulo. Em relação aos temas tratados na Convenção, revestem especial importância alguns artigos. Desde logo, o artigo 1.º:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Aqui sublinha-se a dignidade como princípio fundante que não pode deixar de ter impacto no campo do direito da saúde e que, para além da referência no Preâmbulo, a que voltaremos, abre a CDHB (cfr. comentário ao artigo 1.º).

O artigo 2.º afirma, em termos abertos, a proibição de discriminação: a lista apresentada traduz critérios que, historicamente, foram utilizados para a discriminação, mas que não exclui quaisquer outros. Lê-se:

“Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”.

Também o artigo 3.º: “Todo o indivíduo tem direito à vida”, considerado pelo Comité dos Direitos do Homem como o “direito supremo do ser humano”<sup>1</sup>. Saber se e qual a proteção do nascituro é questão discutida. Conscientes de que na interpretação dos documentos internacionais se confere um peso maior aos elementos subjetivos do que acontece na interpretação constitucional (entre nós, *v.g.*, Ramos, 1981), verifica-se que os materiais disponíveis não são conclusivos, quer no sentido da inclusão quer da exclusão do embrião e do feto do seu âmbito de proteção. Já se convocou o artigo 1.º da Declaração para apontar para a não tutela, em nome do segmento “Dotados de razão e de consciência”, argumento que, como sublinhámos na nossa disserta-

---

<sup>1</sup> N.º 146/1983, *Baboeram c/Suriname*, A/40/40, § 697 *apud* Frédéric Sudre (Sudre, 1997, p. 184).

ção de doutoramento (Loureiro, 2003, cuja investigação convocamos em diferentes pontos deste comentário) não se afigura razoável. Na verdade, a ser acolhido, uma série de pacientes (por exemplo, em estado vegetativo crónico) ficariam numa espécie de limbo jus-internacional. Não desconhecemos que a proposta do Chile no sentido de a disposição referir expressamente a tutela da vida desde a concepção não vingou, tendo sido dito que essa redação chocaria com a existência de ordens jurídicas onde já era permitido o aborto<sup>2</sup>.

O artigo 5.º dispõe que “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Esta proibição de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes tem também relevância no campo da saúde e a ela retornaremos em sede de CEDH e, no plano do direito internacional geral, com especial relevância para a nossa discussão, no artigo 7.º do PIDCP. A sombra da barbárie de Auschwitz e da experimentação feita pelos médicos nazis convoca a estabelecer interditos, a tomar a sério o mal e a necessidade de impedir, ainda que em formas mais leves, a sua repetição, aparecendo o consentimento informado como aspeto essencial no campo da investigação médica.

O artigo 6.º dispõe que “Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica”. O artigo 7.º (princípio da igualdade, proibindo-se a discriminação)<sup>3</sup>, o artigo 12.º (reserva da vida privada)<sup>4</sup>, o artigo 16.º (direito de celebrar casamento

---

<sup>2</sup> *Vide*, sobre este ponto, a síntese de Lars Adam Rehof (Rehof, 1999, pp. 91-92) no comentário ao artigo 3.º.

<sup>3</sup> Artigo 7.º “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

<sup>4</sup> “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”.

e constituir família)<sup>5</sup> e o artigo 18.º (liberdade de consciência e liberdade religiosa)<sup>6</sup> são relevantes para a CDHB.

Mencione-se ainda o artigo 25.º, que se refere às condições materiais da existência, incluindo a proteção da saúde, nomeadamente o acesso aos cuidados de saúde:

“1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social”<sup>7</sup>.

### 3.2.2. *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (agora dos Direitos Humanos, correntemente conhecida como Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH) é fundamental para a compreensão da CDHB.

---

<sup>5</sup> “1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”.

<sup>6</sup> “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”.

<sup>7</sup> *Vide* Herring (2021); Foster (2021); Roucouas (2005).



### 3.2.2.1. CEDH e CDHB: relações

A CDHB é claramente vista como *lex specialis*, como projeção no território da biologia e da medicina (concretização e desenvolvimento) da CEDH, o que o *Explanatory Report* (1997) torna claro:

*“The two Conventions share not only the same underlying approach but also many ethical principles and legal concepts. Indeed, this Convention elaborates some of the principles enshrined in the European Convention for the Protection of Human Rights”* (n.º 9).

Na verdade, e sem prejuízo das inegáveis relações entre estes tratados do Conselho da Europa, deparamo-nos fundamentalmente com dois tipos de leitura, a saber: a perspectiva integracionista e a perspectiva separatista (Seatzu, 2015, p. 7). De acordo com a primeira, há uma relação muito profunda entre ambas, que, aliás, tem refração no artigo 29.º da CDHB, ao estabelecer que

“O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pode emitir, para além de qualquer litígio concreto que esteja a decorrer perante uma jurisdição, pareceres consultivos sobre questões jurídicas relativas à interpretação da presente Convenção”.

A segunda – perspectiva separatista – assume como fio diretor a ideia de que estamos face a dois sistemas diferentes de proteção dos direitos, sendo a CDHB uma convenção de mínimos.

Talvez se possa falar, com mais propriedade, de uma leitura em termos de autonomia relativa no que toca à CDHB. Com efeito, do ponto de vista substantivo ou material (diferente é a questão no que toca à dimensão organizacional de efetivação dos direitos), é significativa a zona de justaposição, sem prejuízo de diferenças. Assim, a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no quadro da CEDH permite convocar a CDHB enquanto estivermos no campo de sobreposição dos instrumentos, mas não pode servir para, de forma indireta, impor soluções presentes na CDHB que só vincula parte dos Estados membros do Conselho da Europa. Isto é, por si só, a CDHB não pode ser mobilizada isoladamente como parâmetro de decisão pelo Tribunal, mas só em conjugação com os preceitos da CEDH.

Há aqui duas faces da relação entre convenções: por um lado, saber em que medida a CDHB pode ser mobilizada e relevar no labor de garantia da CEDH, como acabámos de referir; por outro, verificar o impacto da CEDH e da jurisprudência do TEDH na leitura da CDHB.

# COMENTÁRIO AO ARTIGO 8.º

JOÃO VAZ RODRIGUES\*

## Artigo 8.º

### Situações de urgência

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

---

\* Professor auxiliar na Escola de Ciências Sociais, Universidade de Évora, Portugal. Orcid: 0000-0001-7898-0000. E-mail: vaz.rodrigues@vrcpsc.com

### Article 8

#### Emergency situation

When because of an emergency situation the appropriate consent cannot be obtained, any medically necessary intervention may be carried out immediately for the benefit of the health of the individual concerned.

### Article 8

#### Situations d'urgence

Lorsqu'en raison d'une situation d'urgence le consentement approprié ne peut être obtenu, il pourra être procédé immédiatement à toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée.

\*

«Sem perceber como funciona o motor da linguagem, um cidadão é apenas uma folha de um papel vazio que o vento do momento (criado pelo emissor da frase) leva para onde quiser».

*Gonçalo M. Tavares (2021, p. 11)*

## 1. Remissões e referências legislativas:

### Direito internacional

*Código de Nuremberga, 1947; Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, Declaração de Helsínquia, 1964.*

### Direito europeu

*Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950; Regulamento UE n.º 536/2014, de 16 de abril.*

co:  
Di  
de:  
de  
M  
pe  
da  
alí  
1.ª  
de  
o c  
vig  
a I  
raç  
bu  
inc  
da:  
cia

## Direito nacional

*Constituição da República Portuguesa; Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro (Lei de Bases da Saúde), alínea f), n.º 2 do artigo 2.º; Lei n.º 15/2014, de 21 de março (Lei dos Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde), artigos 3.º, 4.º, 4.º-A, 31.º e ss.; Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto (Sistema de vigilância em saúde pública), artigo 17.º; Decreto-Lei n.º 82/2009, com redação do Decreto-Lei n.º 35/2013, de 04 de outubro (Entidades que exercem o Poder de Autoridade de Saúde); Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março (Estado de Emergência), alínea a), artigo 4.º; Lei n.º 31/2018, de 18 de julho (Direitos das Pessoas em Contexto de Doença Avançada e em Fim de Vida); Lei n.º 52/2012, 05 de setembro (Lei de Bases dos Cuidados Paliativos); Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro (Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade).*

## Questão prévia

Devo mencionar, prévia e sinteticamente, dois aspetos que se encontram a montante do preceituado neste artigo 8.º da Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina (CDHB), mas que aqui podem desaguar. Em primeiro lugar, o que se me justifica decorrer da calamidade pública e da emergência (de saúde) que se vivencia em Portugal (e no Mundo: pandemia COVID-19), *reconhecida e sucessivamente decretada* pelo Presidente da República (PR) desde 2020 e que persiste neste ano da comemoração da CDHB que suscita a presente publicação (cfr. vg. alínea a), artigo 4.º do DPR n.º 14-A/2020, 18 de março. Tratou-se da 1.ª vez na III República (Constituição da República Portuguesa [CRP] de 1976) que foi declarado o estado de emergência. Em segundo lugar, o da vida almejada antes e fora das *excepcionalidades*, mercê da legislação *vigente não constrangida*. Em ambos, pode chegar-se à possibilidade de a Lei (mercê de calamidade que dite emergência constitucional ou alteração da Lei Fundamental) acalentar previsões cujas estatuições possam bulir com a faculdade de ultrapassar inexoravelmente o consentimento individual para intervenções de cariz médico-medicamentoso, por via das necessidades proporcionais, em que, a própria Lei *declare* (com eficácia) atuações com restrição de liberdade individual e/ou autodetermina-

ção *em quadro de urgência* a qualificar (preencher) no preceito aqui em apreciação. Está bem de ver que não devo deixar de aflorar a questão<sup>1</sup>.

§ 1.º | Em termos gerais, para viabilizar uma intervenção sem *curar* da autodeterminação, o preceito correspondente (no âmbito da nossa Constituição da República Portuguesa – CRP) deverá ser ponderado com o crivo hermenêutico ditado pelo n.º 2 do artigo 16.º da CRP, segundo o qual “...os direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a...” Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Ora, o artigo 9.º da DUDH proíbe a prisão ou detenção arbitrária de uma pessoa; e no artigo 29.º (n.ºs 1 e 2) consigna-se que os deveres para com a comunidade, *fora dos quais não é possível o pleno desenvolvimento da personalidade*, 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...”. Abreviando, a disciplina constitucional do *estado de necessidade interno*<sup>2</sup>, justifica a tomada de medidas de exceção, com efeitos suspensivos dos direitos, liberdades e garantias (cfr. n.ºs 1, 3, 4, 5 e 6 do artigo 19.º da CRP). Penso no estado de sítio ou no estado de emergência que sejam declarados por calamidade pública (cfr. n.º 2 do artigo 19.º da CRP). 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 Assembleia da República (AR), cfr. alínea d) do artigo 134.º e artigo 138.º da CRP. A declaração será fundamentada, especificará os direitos, liberdades e garantias que ficarão suspensos e será ainda temporária (cfr. n.º 5 do artigo 19.º 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 respe-

<sup>1</sup> Ressuscito em síntese, a conjectura hipotética que aponte (Rodrigues, 2015, pp. 381 e ss.).

<sup>2</sup> Seguindo Gomes Canotilho (Canotilho, 2014, pp. 1013-1021). Sobre o estado de necessidade interno, cft. Canotilho (2014, pp. 1025 e ss.).



tivas determinações (não são de agora as perspectivas mais restritivas<sup>3</sup>). Como refere Reis Novais, para onde remeto:

“A questão fulcral reside em apurar se pode ser restringido o quadro típico “se concluirmos, como vamos fazer, que não é constitucionalmente possível restringir esse direito a não ser nas circunstâncias expressamente enumeradas naquele artigo (27.º, n.ºs 2 e 3 da CRP), a única solução juridicamente possível para se poder determinar o internamento compulsivo e o confinamento obrigatório seria através da prévia suspensão desse direito através da declaração do estado de emergência” (Novais, 2020, cit. passim, mas sobretudo, §§ 4.º e 5.º).

Tanto não aconteceu (pacificamente), o que, independentemente do debate (que não cabe nesta economia), parece inevitável considerar é que o PR optou por atribuir à suspensão que decretou o direito *de deslocação e fixação em território nacional* um sentido e alcance não consensual<sup>4</sup>. Com efeito, com base nesta suspensão, que não constrição, parece inequívoco que internar ou confinar compulsivamente uma pessoa vai bulir com uma *privação da liberdade*, total ou parcialmente considerada. Este último direito fundamental não foi suspenso expressamente, pelo que fica em causa o que resulta do preceituado nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º da CRP, o que, salvo o devido respeito, imporia cautelas nos sucessivos Diplomas de Renovação. Isso não aconteceu, o que gerou a invocação delimitadíssima perante as regulamentações governamentais, lançando para o seio da garantia judicativa tão grave limitação *regulamentar* (Governo e SVSP<sup>5</sup>, artigo 17.º) da liberdade e da autodeterminação. Tanto só justifica e aponta à magistratura judicial quão importante é a garantia da materialização do *noli me tangere* (Evangelho de S. João, 20:17) e da re-

<sup>3</sup> Como a de Augusto Silva Dias (Dias, 1986, pp. 136 e ss.).

<sup>4</sup> Uma restrição de liberdade contida em um direito fundamental não constituirá sem esforço hermenêutico (possível?) sustentáculo da restrição de outras liberdades, mesmo conexas, próprias também de direitos fundamentais. Pois a solução que sossega será a de especificar, a de concretizar, que não a de apontar essa delimitação às autoridades de saúde.

<sup>5</sup> Lei sobre o Sistema de Vigilância em Saúde Pública, Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto.

percussão que as apreciações judicativas devem refletir perante a violação do bem jurídico protegido, tal como as sequelas na esfera físico psíquica dos concretos visados.

§ 2.º | A lei parece permitir atuações forçadas quando estabelece como competência das Autoridades de Saúde: “Desencadear, de acordo com a Constituição e a lei o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a saúde pública” (cfr. alínea b) do n.º 2 do Base n.º 34, da LBS, confirmada nas atribuições e competências da profusão de Autoridades de Saúde (AS) que resultam da legislação correspondente<sup>6</sup>). Teria por aqui eventuais medidas excepcionais de terapia em que, por lei, o consentimento do paciente seria ultrapassado, contudo, os receios não se verificam. A amplitude é meramente aparente, pois está comprometida pelo “princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas (ou restritivas) da liberdade”<sup>7</sup>, previsto no n.º 2 do citado artigo 27.º da CRP. As medidas em referência (tratamentos compulsivos) carecem de ser inseridas no elenco do catálogo excepcional do n.º 3 deste artigo 27.º da CRP, como ocorreu quanto à alínea h) (decisão judicial de internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica) mercê da 4.ª revisão da CRP<sup>8</sup>. E a razão de ser é simples, os tratamentos compulsivos decorrem de internamentos igualmente compulsivos em instalações de saúde, e, sempre, em manobras exercidas contra a vontade do próprio, o mesmo é dizer, comprometem não apenas a liberdade, mas também a autonomia e a integridade físico psíquica (corolários da dignidade)<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Autoridades de Saúde: alínea c) do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 82/2009, na redação do Decreto-Lei n.º 135/2013, de 04 de outubro.

<sup>7</sup> Cfr. Canotilho & Moreira (2007).

<sup>8</sup> Lei n.º 1/1997, de 20 de setembro.

<sup>9</sup> O Direito da Saúde e o Direito da Medicina padecem de uma enormíssima dispersão normativa. Qualquer matéria invoca vezes de mais inúmeros diplomas avulsos, como sejam exemplos, aqui: a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, o Decreto-Lei n.º 81/2009, de 02 de abril (Organização dos serviços operativos de saúde pública a nível regional e local, articulando com a organização das administrações regionais de saúde e dos agrupamentos de centros de saúde), a LBS, A Lei sobre as AS, as “normas DGS” avulsas, etc. A perversidade escondida é evidente: um preceito constitucional acaba por ser contrariado nas sucessivas modificações e confluências até à *normação* acessível e praticada pelos profissionais de saúde.

Uma e outra das vertentes correlacionam-se com o que naturalmente nos assola em adivinhação: uma putativa compulsividade da eventual ponderação de obrigatoriedade de vacinação.

## 2. Introdução e sinopse

§ 3.º | Urgência e emergência implicam significados técnicos desejavelmente não coincidentes (seja para cuidados de saúde seja para efeitos jurídicos). Contudo, ambos possuem uma elasticidade que determina cautelas quanto à delimitação que o artigo 8.º da CDHB traça à exigibilidade da obtenção (ou reiteração) do consentimento esclarecido a prestar nos correspondentes contextos. Assim, impõem-se considerações prévias. Importa saber o que devemos ler. A estrema entre as duas figuras situa-se na disponibilidade de um curto espaço de tempo, para a urgência, e, atuação imediata para a emergência. Na emergência verifica-se um quadro de factos em que o profissional de saúde toma como referencial o que imediata e prontamente é necessário fazer, em termos técnicos, para afastar a vertigem iminente da lesão grave ou da morte. Esta a distinção essencial: risco(s) que inviabiliza(m) adiamentos. Melhor: o que impele a ação logo por atalhos, restringindo medidas prévias ditadas pelas *leges artis*. Assim, caso a caso, podem ficar comprometidos exames prévios, cautelas e autorizações, de acordo com a evolução dos *algoritmos úteis* para prioridades<sup>10</sup>. Ora, no que aqui concerne, a casuística não afasta a regra geral de que, podendo o paciente ouvir, o quadro deixe de requerer *legendas*, pois a intervenção exorta sempre as explicações possíveis. Não me parece esgotada a necessidade de repetir que informar, esclarecer e consentir são diferentes fases de um processo. Um processo a pedir a utilização do gerúndio. Onde se reduza ou caia um dos componentes,

---

<sup>10</sup> Cfr. Norma DGS 002/2018, 09 de janeiro: *Sistemas de Triagem dos Serviços de Urgência*, e Ponce & Mendes (2020). No *Explanatory Report* (1997) expressamente doutrinário (Kokkonen, P, Quintana, O, Nieuwenkamo, JK, Puglisi, MS, *et al.*) §§ 56 a 59, enuncia um quadro intencional para superar conflitos dos profissionais de saúde perante emergências que impedem configurar o consentimento (de *iure* ou de *facto*), *vg*, coma; exortando a configuração da vontade hipotética inadiáveis e imediato benefício do paciente.

subsiste até com maior significado o que sobra para os demais. Insisto e previno a tese: as *leges artis*, incorporam e impõem um ponto final em *conspirações silenciosas*. É aqui que a liberdade clama a autodeterminação: garantir a licitude do que está, por regra e em regra, vedado às pessoas: a intromissão na esfera físico psíquica de outrem.

§ 4.º | Em termos radicais de emergência aguda, comprometida a comunicação recíproca, dá-se como presumido que o sentido vital humano persiste no visado, tal qual se concebe existir antes do incidente que o coloca à mercê do infausto. Fora deste limite que sublinha exatamente as duas importâncias em confluência, logo a autodeterminação retoma progressivamente proteção até onde se mostre viável o tempo para detectar notícia consubstanciada de vontade (até ao limite ético e jurídico da recusa como direi adiante) a impor a conjectura hipotética correspondente (ex.: indicação credível do visado em diretiva de não reanimação<sup>11</sup>). A pré-existência de graus variados de urgências introduz a conexão com o regime legal dos vários tipos de *privilégios de terapia e de omissão de informação para a autonomia* (cfr. n.º 3 do artigo 340.º do CC; artigo 39.º e artigo 157.º, tal como do n.º 2 do artigo 156.º do CP). Evita-se o consentimento porque a gravidade compromete esclarecer. Justifica-se a ilicitude, afasta-se a punibilidade, admite-se uma compressão de valores maiores, imperativos, corolários da dignidade. Mas existe uma zona crepuscular que deve ser iluminada: — a faculdade consiste em *fazer o que for indispensável*. Eis outro reduto a destacar sobre a estreiteza da permissão inserida na norma em análise (artigo 8.º da CDHB). Existem várias mensurabilidades a discernir.

---

<sup>11</sup> Escrevo credível pois uma DAV, com instrução de não reanimação, pode soçobrar perante evidência; por ex., no síndrome de *Guillain-Barré*, a fraqueza instalada pode invadir os músculos pulmonares impondo ventilação induzida até que as medidas terapêuticas resultem, exatamente porque a intervenção é medida terapêutica *elementar* para o êxito que ocorre em percentagem elevada.

### 3. Desenvolvimento

#### 3.1. *O percurso dos significados e a respetiva elasticidade*

§ 5.º | No início situa-se a palavra: o verbo (Evangelho de S. João 1:1). Daqui o registo de um vetusto problema: a linguagem. Não vou *mastigar* a filosofia da linguagem (de Herder a Pinker, pensando em Fichte, Condillac, Humboldt, Merleau-Ponty, Chomsky; entre nós, Miranda Justo), mas é importante evitar desentendimentos sobre o que pode implicar a *ação recíproca*<sup>12</sup>. A letra da lei obriga a sublinhar um aparente preciosismo que resulta do confronto entre as versões oficiais francesa e a inglesa da Convenção. A versão inglesa menciona “emergência”. Nada de estranho à primeira leitura; contudo, entre os conceitos de urgência e de emergência existem os já aludidos andurriais em que se pode justificar a decisão substituída à luz de uma discussão iluminada pelos *melhores interesses do paciente*, segundo os parâmetros de decisão impostos ao *substituente* e/ou ao *substituído* (i.e., do que é tecnicamente possível ao profissional de saúde, e, de outro modo, ajustando ao que se apura ser a vontade do paciente). Tudo no abismo de uma projeção presumida, ou mais precisamente, hipotética, da construção da vontade (expressão conceptual explicada por André Dias Pereira<sup>13</sup>), que, de acordo com a lei portuguesa<sup>14</sup>, implica um teste: *não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*, seja para a gravidade determinada por um *adiamento*, seja o *desvio* da intervenção consentida. É assinalável a ênfase dada à restrição, pelo que me parece ser esta a via para certificar o que deverá ser presumido como preenchimento da decisão putativa do paciente. Paciente concreto cuja razoável vontade seja objetivamente ponderável e ponderada<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> No sentido de que a razão do significado se mostra no saldo da conta corrente entre a finalidade e a constrição significante que esta provoca na liberdade.

<sup>13</sup> Cfr. Pereira (2020, pp. 498 e ss.).

<sup>14</sup> Cfr. o teor do n.º 2 do artigo 156.º do CP.

<sup>15</sup> Acresce que a coincidência entre o quadro previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 156.º do CP (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*), seja o



Mas, atenção, pelas urgências entra não só o gravemente doente como também passeia o angustiado pela eventual gravidade da doença, e, em ambos pode o quadro clínico súbito evidenciar crises mais ou menos drásticas.

§ 6.º | Perante a consciência e discernimento do paciente, em regra, a mera urgência dita ainda tempo para um exercício refletido da autonomia, o que, a verificar-se, delimita o campo de excecionalidade da norma. Assim, a urgência, mesmo a emergência (pensando na continuidade dinâmica de um *processo* que não em um epifenómeno com inconsciência), determinam uma progressiva redução do tempo para o esclarecimento viável, à medida que se verificam a intensificação da surpresa vital ou a da gravidade da crise físico-psíquica. Não se descure a eventualidade de existir elemento que indicie um fortíssimo efeito pernicioso (mesma intensidade) da própria consciencialização da doença (cfr. artigo 157.º do CP). Este é o quadro ético subjacente às *leges artis* onde integro a autodeterminação.

§ 7.º | Recordo a explicação de Guilherme de Oliveira, a instância de Herman Nys, sobre alguma escassa novidade da CDBH em matéria de consentimento para o ordenamento jurídico português (Nys et al., 2008).

---

exercício da projeção de vontade para o *Consentimento presumido*, previsto no artigo 39.º do CP, levam-me a considerar que, para este último caso, a *situação em que os profissionais de saúde atuam, permitirá razoavelmente supor um eficaz consentimento*, cumprido que seja o requisito da conjetura no n.º 2 do artigo 156.º do CP, i.e., *que inexistam circunstâncias para configurar segurança* ao juízo de que a intervenção seria recusada. A prova cabe naturalmente aos profissionais de saúde. A perspectiva já lida em jurisprudência nacional que cabe ao paciente fazer a prova de que os esclarecimentos omitidos o levariam a recusar não procede. Em primeiro lugar, porque o consentimento dado é ineficaz, invalidando a proposta e remetendo a intervenção para a arbitrariedade, no mínimo segundo critérios de justiça. Segundo, porque os esclarecimentos não foram dados, impedindo qualquer ponderação por parte de quem recebe uma intervenção na esfera físico psíquica que carece de consentimento (não basta a boa vontade). Terceiro, porque o médico deverá fundamentar a razão que justificou a desconsideração dos esclarecimentos, de sorte a permitir que seja aferida a razoabilidade concreta da decisão hipotética de recusa. Quarto porque a omissão, relevante, coloca o profissional em terrenos de ilicitude. Acresce ser prova diabólica se tombada no regaço do lesado. Assim, afirmando-se progressivamente no sentido apontado, André Dias Pereira (Pereira, 2004, p. 501; Pereira, 2015, pp. 500 e ss.).

Com efeito, entre nós existem décadas de reiterada intervenção legislativa a respeito e para o respeito da autodeterminação do paciente. Foi uma evolução criativa, cunhada pela unicidade do ordenamento jurídico sobre saúde e medicina, especialmente quanto às matérias fulcrais que cabem ao Direito certificar ao exercício da Medicina, e que perpassam a dispersão desconfortável dos diplomas que se foram e vão sucedendo nas mais variadas matérias. Bem-vindo, foi o que decorreu da consagração normativa dos “desejos previamente expressos”, epígrafe do artigo 9.º da CDHB, que, no fundo, dilata (desenvolve) o que de prévio e ponderado tem de ser emprestado ao consentimento. Mas aquela novidade (ao tempo) não beliscou a bondade profética do Mestre, como se demonstra pela nebulosidade que a pretexto do “privilégio terapêutico” (cfr. artigo 157.º do CP), lhe determinou apontar a *insindicabilidade*, que persiste, aliás, em todos os casos em que se não acautele como dever de *leges artis* o registo fundamentado no processo clínico das razões objetivas, adequadas, pertinentes, das informações que a serem conhecidas pelo paciente se afiguram gravemente perniciosas para este. *Alçapão* que merece análogo alerta acerca deste privilégio *agudo* em urgência/emergência<sup>16</sup>.

### 3.2. *A razão de ser do problema e o problema*

§ 8.º | A explicação para a utilização dúbia das expressões urgência e emergência é simples. Como referi, constam do Diploma publicado as duas versões “oficiais” iniciáticas, redigidas na língua francesa e na

---

<sup>16</sup> Cfr. Oliveira, Moniz, & Pereira (2013, pp. 13-33).

inglesa<sup>17</sup>. A legislação francesa<sup>18</sup> recorre apenas ao substantivo *urgência*. Importa concretizar. Será assim em todas as urgências? A resposta é casuística. Não esqueço que o artigo 8.º do CDHB prescreve: *sempre que o consentimento apropriado não for possível...* Este segmento da norma excita o intérprete no sentido correto, sublimando a demarcação da terminologia médica (não necessariamente mais precisa), a saber: uma realidade distintiva em que se inquire um sentido e alcance pressuposto absolutamente inequívoco e objetivo: a crise vital com tempo redutível para *leges artis*, incluindo diálogo<sup>19</sup>. A solução passa por aferir se existiu possibilidade de esclarecer, de obter o consentimento, ou, se foi possível indagar ou pensar a recusa (Ahmed et al., 2019). Isto abre brechas possíveis aos atores concretos, como facilmente se congemma e deteta. E permite colocar sabão na madeira da *tábua escorregadia*. Os privilégios cedo arriscam a fazer tropeçar a discricionariedade na arbitra-

---

<sup>17</sup> “*Lorsqu'en raison d'une situation de urgence, le consentement approprié ne peut être obtenu, il pourra être procédé immédiatement à toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée.* Em inglês (*emergency situation*): *When because of an emergency situation the appropriate consent cannot be obtained, any medically necessary intervention may be carried out immediately for the benefit of the individual concerned.*” As versões espanhola e italiana também vão em linha com a tradução francesa, não obstante os léxicos técnicos preverem a delimitação da emergência, ao passo que na alemã, *Notfall* parece dever ser traduzido como *emergência* e *unerlässlich* como *indispensável*. Tanto permite-me a seguinte tradução “livre”: “Se não puder ser obtido o consentimento, devido a uma situação de emergência, pode ocorrer imediatamente uma intervenção clinicamente indispensável ao interesse da saúde da pessoa em questão”. E, assim, sublinhar o cuidado que a versão inglesa também não deixou de abraçar.

<sup>18</sup> Cfr. *Code de la santé publique: aide médicale urgente*: artigos R6311-1 e ss.

<sup>19</sup> A circunscrição da “emergência” mostra-se evidente no Despacho n.º 10319/2014, DR, II, de 11 de agosto (Sistema Integrado de Emergência Médica). Por seu turno, a urgência com perigo iminente de vida ou grave dano impede a objeção de consciência, cfr. n.º 3 do artigo 12.º do CDOM (Regulamento n.º 707/2016, DR, II, n.º 139, 21 de julho), delimitando a “recusa” de assistência médica a um doente (...), cfr. n.º 1 do artigo 16.º; e ver ainda o n.º 5, agora com menção expressa de emergência. Sem esgotar, ver ainda a alínea a) do artigo 22.º. Do mesmo modo, a rede administrativa dá conta de Sistemas de Triagem (Manchester, cfr. DGS Norma 002/2018, de 09 de janeiro, com mensurabilidade da dor, referenciada à Circular Normativa n.º 09/DGCG, de 14 de junho de 2013 (DGS).

riedade; basta condimentar autonomia técnica com individualização, e a justificação passa a ser a de que a certificação reside na via possível: os do foro estão habituadíssimos a ouvir: – “eu não faria assim, mas é possível.” E segue imaculada a corrupção *das leges artis* que ultrapassou a plausibilidade do risco. Tenho consciência de que não é fácil concretizar, todavia, é mediano entender que a inversa é pior, é intolerável. Refiro-me *ao inverso* da qualificação e estatuição jurídicas. As decisões objetivas tornam-se universais e abstratas, por via da aplicação dos algoritmos dos quadros de diagnósticos e destes às terapêuticas. Nesta perspetiva reducionista das *leges artis*, ninguém poderá dizer que os profissionais de saúde agiram em dissonância com as medidas da ciência quando transplantaram com êxito, a substituição do coração que podia falhar a todo o momento. Importa prevenir o visado, torná-lo ciente do máximo que resulte da proposta, sobretudo dos riscos conjeturáveis e das alternativas. Está bem de ver que a opção, por ex., entre viver dias fora de internamento e o de sair do internamento pós-operatório, para gozar dias de vida, pertencem a quem vive esses dias. E se persistir a “cegueira”, basta pensar que a intervenção descrita tanto serve a pessoa com 50 anos como a que completou 99. Os sapatos têm vários tamanhos, e os do mesmo tamanho não servem necessariamente os pés correspondentes.

§ 9.º | Entre os quadros críticos exemplificativos para diferenciação, escolho os de *doença avançada e fim de vida*, cfr. Decreto-Lei n.º 31/2018, 18 de julho. De acordo com a lei, são os casos de “doença grave, que ameace a vida”, *em fase avançada, incurável e irreversível, existindo prognóstico vital estimado “de 6 a 12 meses”* (sic), cfr. artigo 2.º [*rectius*: até], em que se conferem direitos a práticas médicas adequadas a afastar o sofrimento “...de forma mantida, disruptiva e desproporcionada...”. A fronteira com a distanásia resultará da indeterminação da proibição de *obstinação*<sup>20</sup>, cujo preenchimento de facto o legislador endossa ao corporativismo das Ordens dos profissionais de saúde e para as “normas de

---

<sup>20</sup> Aproveito a noção inserida pela Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (LBCP), cfr. alínea d) da Base II (Conceitos): “Obstinação diagnóstica e terapêutica: os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que são desproporcionados e fúteis, no contexto global de cada doente, sem que daí advenha qualquer benefício para o mesmo, e que podem, por si próprios, causar sofrimento acrescido.”

orientação clínica aprovadas para o efeito”. Mais preciso seria difícil, cfr. artigo 4.º. A urgência determina, por ex., quadro nosológico, previsões e alternativas, o esclarecimento médico prévio para eventual Diretiva Antecipada de Vontade, exclusividade informacional, etc.; cfr. n.º 1 do artigo 3.º; alínea a) do artigo 9.º; e, claro, o artigo 12.º. Uma distinção entre urgência e emergência pode ser exemplificada pelo confronto entre o tempo que escorre do preceituado no artigo 8.º (prognóstico vital breve: semanas, dias; e, especificamente os “últimos dias”, cfr. n.º 3) em termos de urgência; e o que de imediato imponha a possibilidade de “contenção química” ou de “contenção física”, decorrente esta de *imobilização e restrição físicas*, cfr. n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º, cujo “caráter excepcional, não prolongado” dependerá de “prescrição médica e de decisão da equipa multidisciplinar que acompanha a pessoa doente”, pronta, e pronta a solucionar uma abertura de crise aguda ou agudização de um estado prévio. Esta última faculdade de emergência fica negativamente delimitada pela autodeterminação prevista em qualquer dos casos do artigo 5.º, incluindo no que afasta a eficácia da recusa prevista no n.º 3 (*casos em que esteja exclusivamente em causa a diminuição de sofrimento e manutenção de conforto*), muito embora se tenham de qualificar estes procedimentos como “cuidados paliativos”, cfr. n.º 1 do artigo 6.º. Todos os preceitos pertencem à Lei dos direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida – LDPIAFV.

#### 4. Jurisprudência relevante comentada

§ 10.º | Posto o que antecede, pensem-se casos judiciais, desde os *clássicos*. Sem prejuízo dos que deixo menção, a economia destas linhas impõe sensato reenvio para bibliografia pertinente, todavia sem esgotar<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Desde logo, em André Dias Pereira (Pereira, 2015, pp. 485-506). Em termos mais gerais, o estudo precioso de Mafalda Miranda Barbosa (Barbosa, 2012, pp. 14-27) e N. Oliveira (2019).



#### 4.1. *Internacional*

i | No caso *B. v. Portugal* (Queixa n.º 35228/03), 7 de outubro de 2008 (transitada em 6 de abril de 2009), AB queixou-se de intervenções cirúrgicas arbitrárias (e deficiente apoio judiciário em processo penal). Detido na alfândega portuguesa com cocaína dissimulada no calçado, AB revelou ter ingerido uma embalagem. Foi feito exame radiológico hospitalar (consentimento verbal). O profissional de saúde apontou intervenção cirúrgica pela localização do invólucro e risco elevado de rompimento (perigo para a vida). Tanto terá sido explicado (mesma língua usada para obtenção do consentimento verbal), mas nada foi reduzido a escrito<sup>22</sup>. AB negou ter sido esclarecido ou prestado consentimento, contestando a necessidade terapêutica invasiva concretizada. A decisão confirmou a regularidade dos procedimentos estribando-se fundamentalmente na legislação portuguesa (artigo 156.º CP, umbilicalmente ligado ao artigo 8.º da CDHB), cfr. §§ 71 a 76 (não foi dado por assente ter sido dado consentimento, mas, também, que AB não foi forçado a tal); e §§ 77 a 82 e, máx. § 85 (necessidade terapêutica que não o problema de prova) onde foi decidido o que decorre do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (recolha e aproveitamento coercivo arbitrário da prova para autocondenação). Fica indicação de outras decisões<sup>23</sup>. Embora o problema não tenha sido objeto de controvérsia, importa salientar que esta matéria

---

<sup>22</sup> Um pormenor valioso de procedimento, que reputo correto e revelador da integração da autodeterminação nas *leges artis*, pelos profissionais de saúde: No Centro Hospitalar de Lisboa (zona central) "... não existem normas administrativas (circulares... etc.) que pautem a atuação do pessoal médico em casos de utentes referenciados ao serviço de urgência, por serem traficantes («portadores entéricos») de cápsulas («bolotas») com estupefacientes. Nestes casos, cumprem-se as normas de boas práticas e o cumprimento dos procedimentos técnicos consignados na literatura médica. Estes doentes surgem no serviço de urgência do Hospital (...), normalmente acompanhados por elementos da Polícia Judiciária e por documento que atesta a declaração de consentimento para os procedimentos complementares, necessários ao despiste da existência de estupefacientes na via digestiva".

<sup>23</sup> P. v.º UK, Proc. n.º 33394/96, § 24, TEDH 2001-VII; M. v.º França, Proc. n.º 67263/01, § 37, TEDH 2002-IX; G. v.º Ucrânia, Proc. n.º 42023/98, § 108, 10/02/2004); K. v.º Alemanha, sentença de 22/09/1993, série A n.º 269, pp. 17 e s, § 30).

tem conexão com uma *bolsa de exceção* no que respeita a reclusos. Com efeito, o regime de execução das penas e medidas privativas de liberdade, prevê fortes restrições à autodeterminação, impondo ao recluso, designadamente a submissão a intervenções médicas, incluindo cirúrgicas, ainda que perante recusa do visado<sup>24</sup>.

ii | Em abril de 1999, YK, já com as contrações que anunciavam um parto, recorreu a um hospital militar de S. Petesburgo, na Rússia. Atrapalhada perante as circunstâncias, não deixou de receber um panfleto com *notícia* sobre o envolvimento dos pacientes no processo de ensino médico praticado na instituição<sup>25</sup>. Recebeu sedativos, e foi submetida a cirurgia num parto complicado, na presença de um grupo de estudantes do 4.º ano de medicina (não obstante o expresso repúdio da visada quanto a este aspeto). A razão de ser sua inconformidade foi negada em todas as instâncias judiciais nacionais. Em 16 de outubro de 2014, o TEDH (*K. v. Rússia*, processo n.º 37873/04) deu-lhe razão. A decisão do TEDH estribou-se no sentido e alcance do preceituado no § 2.º do artigo 8.º da CEDH (proibição de ingerência na vida privada). A Rússia sequer subscreveu a CDHB. Sem prejuízo da solução acalentar, por diferente via normativa, o reduto teleológico da dignidade a persistir frente à polissemia da expressão (e dos conflitos de esferas inerentes). A verdade é que, em termos puramente empíricos, evidencia-se o problema da ambivalência urgência/emergência. Com muitas interrogações pelo caminho, obviamente. Houve tempo para adquirir discernimento perante o desafio da informação e houve decisão. Sucede apenas que a emergência, preenchida, formou um conflito, que o TEDH decidiu, bem, no sentido de estar vedada alternativa em recorrer a hospital diferente, legitimando a prevalência da decisão da paciente. O artigo 8.º da CDBH permite configurar a preocupação de outra faculdade: a de omitir a informação.

Em termos gerais, em instituições brasileiras, a questão foi já objeto da problematização analítica por Giglio-Jacquemot (2005). Nas urgên-

---

<sup>24</sup> Cfr. alínea g) do artigo 8.º; artigo 32.º; n.ºs 2 e 3 do artigo 33.º; n.ºs 2 e ss. do artigo 35.º, artigos 118.º e ss. e artigos 126.º e ss. do CEPMPL.

<sup>25</sup> "We ask you to respect the fact that medical treatment in our hospital is combined with teaching for students studying obstetrics and gynaecology. Because of this, all patients are involved in the study process".

cias, a elasticidade das avaliações acaba na heterogeneidade dos conceitos idiossincráticos, quando não na vontade (boa e/ou má) dos “atores invisíveis” em instituição de saúde. O mesmo é dizer: levantam-se problemas sérios assim que o quadro de facto cai fora das evidências da “fratura exposta e/ou artéria babando”. Com efeito, nesta “inspiração”, à porta da emergência aparece o “lixo” das inacessibilidades, da surdez comunicacional, da iniquidade, em suma: a sucata do discurso sobre as virtudes dialógicas da relação entre os pacientes e os profissionais de saúde. A fórmula do artigo 8.º da CDHB: *Não ser possível obter o consentimento apropriado*, não é construção normativa para esconder o descaso do esclarecimento adequado, possível ainda que reduzido, perante o caso concreto; menos ainda para mascarar o desprezo pela opção do paciente. E que tentador pode ser desprezar essa opinião, verificando-se a oportunidade. Em rigor, as partes são muito ignorantes, e, ao invés de se combater essa ignorância recíproca, muitas vezes trilha-se a via inversa.

#### 4.2. *Nacional*

iii| A pretexto do combate à ignorância é interessante destacar do “miolo” do Acórdão do STJ de 9 de outubro de 2014 (João Bernardo) sobre *Consentimento Informado; Dever de Esclarecimento, a fotografia do inimigo* a combater. O caso é o seguinte: um marceneiro sofreu uma lesão nos nervos do polegar, que, persistiu após uma 1.ª intervenção cirúrgica, tendo-lhe sido proposta (determinada) uma 2.ª, na sequência da qual a lesão estendeu-se a toda a mão, e, depois ao antebraço, comprometendo aquela irremediavelmente. Ficou imprestável para a sua atividade laboral. Foi judicialmente pensada a falta de esclarecimento, com intensidade específica, sobre o quadro alternativo e os riscos da 2.ª intervenção, tendo a decisão desatendido a imputação.

Existe um importante *desabafo* sobre *iliteracia* (cfr. § 21.º do aresto):

“Em Portugal o esclarecimento médico está numa fase embrionária. Procura do médico como elemento «tranquilizador» e não «assustador», baixo nível cultural dos doentes, (...) distanciação por parte de alguns médicos, ideia assente de que o doente, já fragilizado pela doença, não está interessado em acumular a revelação dos riscos à sua própria fragilidade, tradição de pouca atenção à envolvimento jurídica dos atos médicos até algo correr mal e outras razões levam a que, por regra, os atos não preencham os requisitos que as jurisprudência francesa e alemã vêm exigindo”.

Eis o desafio com que a jurisprudência judicativa se encontra confrontada, ponderando paternalismos, a *twilight zone* a vencer. No mais, basta-me subscrever e dar por reproduzida a anotação de Guilherme de Oliveira (G. Oliveira, 2015), a pretexto.

iv| As notícias de “trilho novo” (com controvérsia associada). Restringindo-me sempre apenas ao que importa aqui tratar: cfr. Acórdão do STJ, de 2 de junho de 2015 (Maria Clara Sottomayor), *Consentimento presumido/consentimento hipotético*. Tratou-se de um caso de cirurgia *cosmética* (intervenções em cicatrizes cuja visibilidade era indesejada, com um desvio colateral do objetivo, a pretexto de uma interpretação sobre aspeto inestético, matéria que envolveu uma *vulvoplastia* que não foi objeto de informação, esclarecimento e consentimento). O desvio acabou por se *desviar* do pretendido e verificou-se uma persistente inflamação, com dores, necessidade de drenagem dos lábios vaginais... intervenções subsequentes (drenagens), etc. O consentimento escrito previa expressamente o seguinte:

“Também autorizo o médico responsável e seus assistentes a fazerem tudo o que for necessário, incluindo operações ou procedimentos diferentes dos acima discriminados, na eventualidade da ocorrência de complicações no decurso daqueles”<sup>26</sup>.

Este segmento foi invocado para viabilizar o procedimento complementar, *enquanto meio medicamente adequado a corrigir o defeito físico*, enquadrado no sentido da vontade configurável (cfr. n.º 1 do artigo 236.º do CC). Está aqui em causa a possibilidade de analisar, mercê da liberdade contratual (cfr. artigo 405.º CC) o preenchimento dos requisitos do consentimento hipotético (em moldes forçosamente mais anhos das circunstâncias de emergência previstos no n.º 2 do artigo 156.º do CP). O Acórdão acatou a similitude no sentido mais estrito, i.e., da análise judicativa incluir a possibilidade da interpretação de um *declaratório normal* retirar do clausulado do consentimento prestado uma intervenção não autorizada nos termos excepcionais dos desvios agudos

<sup>26</sup> Especialmente quanto a vaguidade, *rigidez* (pré-formatação), falácia e omissão do documento de consentimento, a determinar ineficácia, invalidade e inversão do ónus de prova, cfr. João Vaz Rodrigues (Rodrigues, 2001, pp. 442 e ss.).



com perigo para a saúde ou vida (o que esbarra, permito-me, no conceito de uma decisão substituída assentar na prefiguração do paciente concreto). E afastou ainda essa possibilidade específica (sem “urgência”) e em termos gerais (neste último parâmetro por se tratar de intervenção à margem de intervenção para a saúde: intervenção estética). Assim e parafraseando as conclusões (em que me responsabilizo): a) persistindo um carácter não curativo ou assistencial de uma intervenção, i.e., sem quadro de emergência, tanto afasta os pressupostos do consentimento presumido; b) Este consentimento, hipotético, onera o médico quanto à prova, exigindo: 1) que o paciente tenha mínimos de informação (sobre o que se propõe e amplitudes previsíveis, sequelas, e quadros alternativos); 2) uma fundada presunção de que, informado, não teria recusado; 3) que existia indicação médica; 4) que leve à melhoria da saúde; 5) que vise afastar perigo grave; 6) que a recusa não seja objetivamente irrazoável, para o paciente concreto (a densificação da idiossincrasia é algo de sublinhar). Em relação ao que antecede foi efetuada uma apreciação judicativa (hipotética) da matéria dada como provada, e ponderados os riscos graves (dores e sequelas como as verificadas), concluiu-se que *a autora, se soubesse dos riscos da mesma, teria recusado o consentimento*.

Esta não será uma projeção sem *espinhos*. Especialmente, porquanto não se deixou de apontar a ausência do adjetivo “imminente” no preceituado do n.º 2 do artigo 156.º do CP, por contraposição, por ex., à jurisprudência francesa. Assim, fora dessa vertigem, existindo gravidades, o profissional de saúde que sinta o gume das dúvidas razoáveis sobre a recusa, causará dano se suspender a intervenção quando é um dano que está a evitar. A solução parece evidente: reside em dois parâmetros: por um lado o grau invasivo das opções e, por outro, se o adiamento faz sentido perante o que é o imminente comprometimento fisiológico, suscetível de poder ser afastado quando é detetado.

Talvez tenha sido o que explica a omissão no quadro da decisão seguinte. Perante a nebulosa iminência resguardou-se na figura do consentimento presumido...

v| No Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 15 de novembro de 2019 (Rogério Paulo da Costa Martins), a questão do teste de recusa em referência ficou ultrapassado. O caso prendeu-se com a extração de dentes em virtude de “grave doença dentária e gengival com *paradontose* exuberante e piorreia — (inflamação dos tecidos em torno dos dentes)— em cinco dentes do maxilar inferior”, por força da intervenção de anestesiologia, para uma intervenção para retirar a vesícula.

Verificou-se consulta prévia de anestesiologia em que não foi “detetado qualquer problema notório”. Tão pouco foi questionado sobre a sua saúde dentária nas sucessivas consultas. No decurso da intervenção, já anestesiado, aquando do momento de manipulação para acesso à via aérea “sob a luz intensa da mesa (...) a anestesista apercebeu-se da gravidade da doença gengival e dentária...”, chamou a atenção do cirurgião que optou por extrair os dentes, pensada a gravidade e risco das fragilidades para a vida do paciente decorrentes da eventual aspiração. A intervenção à vesícula não era aguda, mas existindo fator diabetes, um 2.º adiamento (“por muito tempo”), poderia acarretar complicações. O paciente ficou inconformado. A decisão acabou por configurar:

“Não sendo previsível a ocorrência de situação grave no decurso de uma operação cirúrgica previamente planeada, por falta de devida informação por parte do paciente da sua condição física, e não havendo a hipótese de, naquele momento, pedir o consentimento expresso do paciente para a operação complementar que se mostrava necessária, a extração de dentes, deve presumir-se o consentimento do paciente para esta operação” (sumário do Relator).

A decisão alicerçou-se no preceituado na alínea d) do n.º 2 do artigo 31.º e artigos 38.º e 39.º do CP, excluindo a ilicitude. Sem prejuízo das doudas considerações, citações, raciocínios, algo sobra a *beliscar*, algo ficou por explicar. Verificou-se consulta prévia de anestesiologia. A saúde dentária é uma das preocupações significativas. A cuidada análise da boca para avaliar o acesso à via aérea (laringe), a abertura do maxilar, etc.. Não foi nessa consulta detetada uma patologia tão evidente? Bom! É matéria que incumbe ao anestesista explicar. Da matéria dada como provada, resulta concludentemente que ninguém se preocupou com isso. Uma prática pouco saudável. Se, como entendo, o risco de danos dentários se verifica na anestesia geral de modo a impor esclarecimentos<sup>27</sup>, e, esta não deve ser nunca descartada ao paciente que se submete a cirurgia, a falta de informação e de alerta quanto à eventualidade indicia má prática, colocando o anestesista em terreno de ilicitude, e, portanto, a apontar

<sup>27</sup> Cfr. Pereira, 2004, pp. 391-421, máx. 415).



para a censura e procedência do pedido. Mais prudente teria sido pensar em suster procedimentos. Pergunta-se: já com equipa pronta e anestesia ministrada? Porquê? Pois, porque perante a omissão nenhum dos profissionais fazia a mínima ideia do impacto psíquico e patrimonial que os 5 dentes extraídos do maxilar poderiam significar para aquele paciente. E o quadro mostrava-se antes do *fio da navalha*, com urgência difusa<sup>28</sup>. Parece-me importante introduzir uma nota em parêntesis, de natureza meramente pedagógica. Não consta dos autos, mas o quadro técnico da anestesia passa por evidências. É importante que os profissionais do foro se inteirem do que vão analisar em sessão. Que indaguem oficiosamente. A proatividade permite inquirir no sentido da descoberta da verdade material<sup>29</sup>. No caso em apreciação, aquele facto deixa um desconforto, mais evidente quando penso na seguinte analogia: um cirurgião que visa uma intervenção para remover matéria cancerosa no intestino previne o paciente sobre a probabilidade de ficar com um saco, caso a proximidade com o reto o imponha. São praticamente inevitáveis o procedimento e a agressão, mas previne-se o choque e o dano sobretudo psíquico. A alternativa de recusa é improvável, mal se esclareça o paciente da morte em padecimento

---

<sup>28</sup> Em alternativa, a pronta disponibilidade para reparação por sucedâneo, caso o próprio Hospital não assumisse o efeito adverso dos *tempos escassos*, que parecem pedir mais profissionais de saúde, para reduzirem aquela escassez. Assunto de debates para as Ordens, etc.

<sup>29</sup> As posturas passivas sobre a prova a produzir e desinteresse na integral descoberta da verdade material constituem o ambiente perfeito, por onde se escapa a correta averiguação sobre eventuais negligências que importa às partes fiquem esclarecidas. A análise de um manual [msdmanuals.com](http://msdmanuals.com) (entubação traqueal) revela alguns pontos críticos, de que destaco: i. o tempo para a entubação (o paciente, já anestesiado, fica em apneia, pronto para a oxigenação por via do tubo a colocar); ii. a manobra com o laringoscópio (uma espécie de palmilha em metal que tem de ser usada com a mão esquerda) para afastar e manter a língua de sorte a permitir o acesso à traqueia (onde está indicado o especial cuidado com a dentição, especialmente os dentes incisivos); iii. a importância de visualização para não inserir o tubo de oxigenação no esófago; iv. a entubação não descer para o brônquio direito, estabilizando-se na traqueia. A comunicação sobre os eventuais problemas dentários, e, até, indicação, para limpeza e precauções previne o paciente (até para construir um projeto de preparação de prótese(s)).

que a inação provoca<sup>30</sup>. O que sobra então? As boas práticas. A relação de confiança, fruto de uma empatia que a clarividência propicia.

## 5. *O fardo da bata médica: a evidência das más decisões*

§ 11.º | É bom que aquilo que se oferece como aparente negatividade, infortúnio ou prejuízo, se escrutine de modo a perceber o eventual remanescente favorável, que tantas vezes coexiste ou sobra do desaire primeiro. Eis um balanço que nem sempre é feito.

No caso da relação médico-medicamentosa com os pacientes as sequelas felizes são, em geral, motivo para abrir processo de beatificação aos profissionais de saúde junto das instituições religiosas do Mundo ou de ocupar anúncio público de agradecimento nos jornais (infelizmente, o procedimento vai rareando).

O artigo 8.º da CDHB não parece suscitar grandes comentários, todavia, escrutinado, levanta inúmeras e sérias questões, revelando enorme agitação no respetivo sentido e alcance. Trata-se de um regime excecional apontado ao consentimento esclarecido, exaustivamente reiterado neste mesmo diploma da CDHB.

### 5.1 *Dois casos de vida: a contribuição das galinhas para entender dificuldades*

§ 12.º | O primeiro caso é oriundo do malogrado Hans Rosling. Em 1979, embarcou com a família, para prestar serviço em Moçambique, no Hospital de Nacala, em Nampula. O hospital tinha 50 camas a servir 85 mil habitantes urbanos mais 300 mil pessoas das zonas rurais. Dois médicos. Certo dia apareceu uma senhora idosa com uma fratura exposta há tempo demasiado. Risco alto e fatal de infeção. Muita dor. Foi feita redução e colocado gesso. Ficou em repouso absoluto. Na manhã seguinte a mulher estava a pé e de saída. Tinha galinhas para cuidar, sobrevivência

---

<sup>30</sup> Trata-se do primeiro *direito* do ostomizado, segundo as preocupações da associação... cfr. <https://www.apostomizados.pt/pt/item/9-artigos/302-direitos-dos-ostomizados>. Ser informado no pré-operatório sobre a ostomia e perspectivas de qualidade de vida futura.

da família. Além da *desobediência* Rosling reparou que ao engessar tinha desalinhado o pé com o joelho da paciente, pelo que esta ficara com o pé para fora, comprometendo o andar. Reclamou a necessidade de repetir a intervenção, exemplificou como iria ficar, e, claro, que era temerária a decisão de abandonar o hospital logo após a intervenção. Negativa absoluta. Aprendeu. Escreveu nas “memórias”: “... uma das coisas mais difíceis de aceitar – (é que) no final, quem *decide é o doente*” (Rosling, 2021).

§ 13.º | O segundo caso foi-me contado em ambiente natalício por uma cientista do *Imperial College of London* (ICL): um anestesiológista (ICL) viveu uma bizarra saga. Um paciente já internado teve uma hemorragia gastrointestinal a exigir pronta cirurgia. Lúcido e orientado, trocava impressões quando um enfermeiro, com espanto, notou uma agitação num saco de plástico à cabeceira. Confusão... estava uma galinha a agonizar no saco. O paciente passou a recusar a intervenção caso a galinha não fosse salva. Ninguém aceitara cuidar do animal. Apontaram o seu risco de vida; hidrataram a galinha; reuniram: incontornável. Telefonaram para a proteção dos animais. Enfim. Discernimento misturado com uma obstinação absoluta, caricata, não fora o perigo. Uma persuasão tenaz até que a galinha morreu; mas, ainda assim, o drama perdurou. O paciente, inconsolável, só acedeu a deixar-se intervir perante o compromisso do anestesista em enterrar o animal. No dia seguinte, o médico enterrou-a em um canteiro nas imediações. Lá se venceu a recusa. Aludi ao privilégio terapêutico e dei a *estória* por anedota. Foi a minha vez de ficar surpreendido. Retorquiram-me que a equipa médica tinha respeitado as mais recentes *guidelines* do Reino Unido. Com efeito, o *site* do *General Medical Council*, dá nota de um pequeno Manual (11/2020) com as linhas de orientação para casos, de emergência, onde mesmo frente a uma dúvida sobre a deficiência da capacidade decisória, subsiste uma clara proteção da esfera de discernimento possível, em momentos onde a leitura apressada do artigo que venho comentando pode afastar a virtude<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> “§ 62.º: *In an emergency, decisions may have to be made quickly so there’ll be less time to apply this guidance in detail, but the principles remain the same. You must presume a conscious patient has capacity to make decisions and seek consent before providing treatment or care.*” (...).

§ 81.º: (...). *You must not assume a patient lacks capacity to make a decision solely*

Entretanto, apurei que o “incidente” foi relatado, comentado, submetido a publicação e aceite, o que ocorreu no *British Medical Journal* (Shenuta & Clayton, 2021).

## 6. Conclusão

§ 14.º | Os profissionais de saúde apontam aos juristas uma linguagem cifrada, excessos de texto e considerações ininteligíveis, etc. Em rigor: nada que os pacientes não reflam das duas *fileiras*. E os juristas, mal ouvem o discurso técnico, retraem-se. Não deixa de ser curioso reconhecer que o problema é de comunicação. Pois bem. O artigo 8.º da CDHB permite exatamente que, em uma primeira linha, a emergência vital em que a comunicação está comprometida e se verificou surpresa, satisfaça todas as queixas que se concentram apenas em salvar e debelar a gravidade. Nada a acrescentar. Todavia, se a *surpresa* tem antecedentes (mais ou menos previsíveis), se a emergência permite comunicar, se a gravidade irremediável não se instala em urgência, em suma: se o tempo que o paciente necessita aumenta, então aumenta igualmente o dever de informar (alargando-se a inquirição aos dados colaterais que desenham a pessoa em concreto e as suas *necessidades* e desígnios). Estas informações são certificadas para que se verifique esclarecimento. E as más decisões que os profissionais de saúde ouvem só acirram os esclarecimentos. Nada mais.

§ 15.º | Os requisitos são simples e decorrem da letra da norma, pensado o que acabo de escrever:

---

*because of their age, disability, appearance, behaviour, medical condition (including mental illness), beliefs, their apparent inability to communicate, or because they choose an option that you consider unwise.” (...)*

§ 96.º: *You must take a patient-centred approach even if the law allows you to assess or treat a patient without their consent. For example, you must: a) be polite and considerate and respect your patient’s dignity and privacy; b) protect your patient’s rights and freedoms and, if restriction or restraint is necessary, use it for the minimum time and in the least restrictive way possible; c) support your patient to be involved in decisions about their care, let them know if they can exercise choice about any aspect of their treatment, and respect their choices if possible; d) keep your patient informed about the progress of their treatment and regularly review decisions” (General Medical Council, 2020).*

1 | Se existir *consentimento apropriado que possa ser conseguido*, tanto reduz a intensidade da urgência e impõe-se o esclarecimento. A comunicação traduzida;

2 | Se a *intervenção médica não se revelar ingente (menos indispensável e imediata)*, existindo alternativas para a recuperação ou manutenção de um estado de consciência que viabilize tempo de reflexão, *então é esta a intervenção urgente a concretizar*: a que permite o exercício da autonomia.

3 | Se existirem elementos seguros de uma má decisão, razoáveis, de modo a projetar objetivamente uma recusa, tem o profissional de saúde de tomar a decisão substituída, fazendo-se valer do que o tempo disponível permita consultar e obter informação para a sua decisão (DAV, processo clínico, Colegas, Família). Não tem tempo? Age com o que sabe e pode (*segundo a regra universal que criaria para si e para os demais, salvando a sua circunstância*<sup>32</sup>)!

## 7. Em tempo: milagres, mas não só.

§ 16. | Estranho título, com sabor experimental e, ou, epistolar. Contudo, corresponde à economia em que surgiu a tópica do texto complementar, sobre a excecionalidade em matéria de ensaios (medidas terapêuticas em regime de reconhecimento). Aparece assim porque não o consegui concertar de outra forma, parafraseando Pe. António Vieira.

Em 2022: janeiro, 31, entra em vigor um Diploma cuja “vacatio legis” vai à bolina da já aludida voragem tecnológica e respetiva regulação. Trata-se do Regulamento (UE) n.º 536/2014, de 16 de abril, que dita o quadro uniformizado para os “procedimentos de submissão, avaliação e acompanhamento dos ensaios clínicos com medicamentos de uso humano”. Importa focar aqui a notícia da epígrafe do artigo 35.º, a saber: Ensaio clínicos em situação de emergência, tecendo algumas considerações a pretexto. No mais, aponto a leitura da Ribeiro (2021), cuja perspetiva científica (e institucional: Comissão de Ética de Investigação Clínica) é enxuta e assertiva quanto a interrogações dessa comunidade específica. Os ensaios clínicos suscitam memórias terríveis, entre as quais, os hor-

<sup>32</sup> Misturando E. Kant com Ortega y Gasset.



rores que a experimentação verificada no decurso da II Guerra Mundial postou sobre crivo judicial (vg. US v.º Karl Brandt) gerando em 1947 (“soft law”), o Código de Nuremberga (Rodrigues, 2001, p. 15, n. 6 e pp. 158 e ss.), ampliado posteriormente na Declaração de Helsínquia (1964), afinal, um despertar ético com apuramento judicativo e ulteriores desenvolvimentos e normatização.

§ 17.º | A razão de ser desta “novidade” surge no teor do § 36.º dos considerandos do Regulamento. Em síntese, visa a emergência (perigo de vida, exemplificado com politraumatismos, ataque quase fulminante; qualquer deles a impor intervenção imediata). Coincidindo um incidente com um “ensaio clínico em curso”, devidamente aprovado e “diretamente relacionado” com uma terapêutica prometedora de um benefício direto, ponderado o risco, reduzido em confronto, viabiliza-se aqui igualmente um privilégio. Mais: o preceituado na alínea a) do n.º 1 do artigo 35.º do Regulamento prevê ainda essa virtualidade para uma “situação grave” o que reconduzo ao “perigo grave para o corpo e para a saúde”, previsto e estudado a este pretexto, no n.º 2 do artigo 156.º e reiterado no artigo 157.º, ambos do Código Penal. Assim, inexistindo “janela” para que o processo de esclarecimento e obtenção de consentimento seja processado, permite-se a atuação experimental (diagnóstica ou terapêutica, cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º do Regulamento). Devo ainda sublinhar o dever de ratificação (“deverá obter-se assim que possível o consentimento esclarecido do sujeito do ensaio”).

§ 18.º | Acrescem dois aspetos menos fáceis de executar:

i | Quanto ao preconizado respeito por objeção anteriormente expressa, subsistem as dificuldades da consideração de objeções medicamente não esclarecidas ou atuais em Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV). Neste particular, os cientistas (profissionais de saúde) podem, de forma defensiva, resguardarem-se na recusa geral a ensaios proferida (abstratamente) em DAV, a decisão casuística da indisponibilidade daquele ensaio para aquele paciente (não obstante a letra da lei ser mais abrangente, cfr. alínea d) do n.º 1 do artigo 35.º do Regulamento).

ii | No que é matéria de representação legal avultam as já aludidas reticências sobre decisões parentais contraditórias. Estas podem traduzir decisões “trágicas, na medida em que “o estado da ciência” queda pela esperança, não atingindo a expectativa salvífica de um ensaio concluído, e, assim, inquinando as opções dos representantes e aumentando o “ruído” (Kahneman et al., 2021, pp. 34 e ss., pp. 339 e ss., passim) na decisão

dos cientistas e profissionais de saúde. E, claro, o facto de nunca ser demais insistir de que os representantes legais dos maiores incapacitados são investidos nessas funções em prévias decisões judiciais com medidas de acompanhamento especificamente indicadas. Nada que não possa ser resolvido, verdade, mas em esforço hermenêutico onde ganha relevo a contribuição para a construção da solução hipotética a conjectura sobre recusa imediata ou ulterior, relevante, do incapaz, cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 31.º do Regulamento n.º 536/2014, 16 de abril). Em suma, devolve-se aos profissionais de saúde a decisão substituída, a formular hipoteticamente por aqueles, na partilha do que sejam as evidências recolhidas para o desenho da vontade em projeção. Tudo de forma mais densa e responsável, mas, ainda assim, com meios para percorrer terrenos de justificação. A este respeito ver-se-á, perante insuficiências, a envergadura dos “bravos” perante as decisões.

§ 19.º | Por fim, mas não em último lugar, anoto uma omissão relevante. Convenço-me de que, em termos de ensaios, a submissão terapêutica em caso de emergência deverá integrar igualmente o manto do consentimento hipotético para a utilização dos dados (anónimos por definição) que contribuam para a investigação, encerrado que esteja aquele momento de ensaio. O argumento lógico é o de que podendo o mais, posso o menos. Com feito, a inserção compósita de esclarecimentos é inequívoca no consentimento, pois que as informações esclarecidas são (pelo conjunto) um pressuposto sem o qual o consentimento não é válido, integrando-o. Assim sendo, assim parece ser, nestes casos, devem sobrar igualmente presumidos, implicitamente úteis, os privilégios inerentes aos consentimentos específicos para a realidade dos ensaios (daqui igualmente retiro justificação para o regime da ratificação do processado previsto no Regulamento).

Esta nota revela inequivocamente matéria a interpelar urgentes desenvolvimentos, que, espero, sejam protagonizados pela doutrina, ulteriormente decantados em formação dialógica com os corpos da jurisdicionalidade pré-judicativa.

Trata-se do reconhecimento normativo do desespero. Quintanilha (2013) relata uma experiência pessoal. Em 1945, aos 4 meses, em Moçambique, os rins deixaram de funcionar e os Pais voaram com ele em coma até Joanesburgo em busca da melhor intervenção. O especialista desiludiu-os. Nada a fazer. De volta a casa, consternados, responderam afirmativamente ao médico de família que os interpelou pedindo licença para um ensaio radical. Varreu a prateleira dos medicamentos e ministrou um “cocktail” que... resultou.

## 7. Bibliografia

- Ahmed, K. Zygourakis, C., Kalb, S., et al. (2019). Protocol for Urgent and Emergent Cases at a Large Academic Level 1, Trauma Center. *Cureus* 11(1): e3973. DOI 10.7759/cureus.3973.
- Barbosa, M. M. (2012). A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte. *Cadernos de Direito Privado*, 38, 14-27.
- Canotilho, J. J. G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Anotada*, I (4.<sup>a</sup> ed.). Coimbra Editora.
- Canotilho, J. J. G. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. (7.<sup>a</sup> reimp da 7.<sup>a</sup> ed. de 2003).
- Dias, A. S. (1986). *Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*. Almedina.
- Giglio-Jacquemot, A. (2005). *Urgências e emergências em saúde: perspectivas de profissionais e usuários*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz.
- Kahneman, D., Sibony, O., & Sunstein, C. R. (2021). *Noise: A Flaw in Human Judgment*. Ed. Little, Brown Spark (Hachette Book Group).
- Nys, H., et al. (2008). Patient Rights in the EU – Portugal. *European Ethical-Legal Papers*, 13, Leuven. (<http://www.eurogentest.org/index.php?id=676>).
- Novais, J. R. (2020). Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19. *e-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público*, 7(1), abril, 78-117. Disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v7n1a05.html>
- Oliveira, G. (2005). *Temas de Direito da Medicina*, 1 (2.<sup>a</sup> ed.), Centro do Direito Biomédico. Coimbra Editora.
- Oliveira, G. (2015). *Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. STJ de 09.10.2014)*. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Lex Medicinæ*, 12(23/24), 149-153.
- Oliveira, G., Moniz, H., & Pereira, A. D. (2013). Consentimento e acesso ao processo clínico – um anteprojeto de 2010, *Lex Medicinæ*, 18, Centro do Direito Biomédico. Coimbra Editora, 13-33.
- Oliveira, N. M. P. (2019). *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, I, *Materiais para o Direito da Saúde | Lex Medicinæ*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico.
- Pereira, A. G. D. (2004). *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil, Publicações do Centro de Direito Biomédico*, 9. Coimbra: Coimbra Editora.

- Pereira, A. D. (2015). Direito dos pacientes e responsabilidade médica. *Centro do Direito Biomédico, FDUC*, 22, Coimbra: Coimbra Editora, 561-563.
- Pereira, A. G. D. (2020). Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente. *Julgar*, 42, 129-150.
- Quintanilha, A. (2013). *Ética e Ciência, múltiplos desafios*. TEDxGuimarães: 2013: maio, 03. (<https://youtu.be/1fyGo7-IWjE>).
- Rodrigues, J. V. (2001). *Consentimento informado para o ato médico* no Ordenamento Jurídico Português: Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente. Coimbra: Coimbra Editora.
- Rodrigues, J. V. (2015). *A Recusa do Paciente perante Intervenções Médicas* (dissertação de doutoramento em depósito legal), Évora.
- Ponce, P., & Mendes, J. J. (2020). *Manual de Urgências e Emergências*. Lidel, 3.ª ed. (reimp), 2020.
- Ribeiro, M. A. (2021). O Regulamento (UE) n.º 536/2014 relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano: oportunidades de inovação e desafios éticos. *Cadernos Ibero Americanos de Direito Sanitário* (<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/775>).
- Rosling, H., & Härestam, F. (2021). *Como aprendi a compreender o mundo*, Temas e Debates.
- Shenuta, J., & Clayton, M. (2021). When patient's priorities conflict with those of their medical team; a challenging case of bleeding patient and his dying pet. *BMJ Case Report, BMJ journals*, 14(1).
- Silva, P. M. (1997). *CDHB anotada*, com prefácios de Luís Archer, Daniel Serrão e Octavi Quintana-Trias. Lisboa: Edição Cosmos Direito, 20.
- Tavares, G. M. (2021). Começar, acabar política e linguagem. *Os Cadernos e os Dias, Revista Expresso*.

## 8. Outra documentação

- Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Council of Europe*. (1997). (<https://rm.coe.int/16800ccde5>).
- Norma DGS 002/2018, 09/01/2018 (Sistemas de Triagem dos Serviços de Urgência e Referenciação Interna Imediata). Direcção-Geral da Saúde.
- Circular Normativa n.º 9/DGCG, de 14/06/2003 (A Dor como 5º Sinal Vital - Registo Sistemático da Intensidade da dor). Direcção-Geral da Saúde.

*General Medical Council, Guidance for doctors, Decision Making and Consent* (2020). (<https://www.gmc-uk.org/ethical-guidance/ethical-guidance-for-doctors/decision-making-and-consent->).

Entubação traqueal (<https://msdmanuals.com>).

Direitos dos Ostomizados (<https://www.apostomizados.pt/pt/item/9-artigos/302-direitos-dos-ostomizados>).

## 9. Listagem de jurisprudência

### 9.1. *Internacional, supranacional e outros*

TEDH, *B. v. Portugal* (n.º 35228/03), 07/10/2008.

TEDH, *P. v. UK* (n.º 33394/96), § 24, 10/07/2021.

TEDH, *M. v. França* (n.º 67263/01), § 37, 2002-IX.

TEDH, *G. v. Ucrânia* (n.º 42023/98), § 108, 10/02/2004.

TEDH, *K. v. Alemanha*, sentença de 22/09/1993.

TEDH, *K. v. Rússia* (n.º 37873/04), 06/10/2014.

### 9.2. *Nacional*

STJ, Acórdão de 09/10/2014 (João Bernardo).

STJ, Acórdão de 02/06/2015 (Maria Clara Sottomayor).

TCA Norte, Acórdão de 15/11/2019 (Rogério Paulo da Costa Martins).