

Consentimento informado e acesso ao processo clínico — um anteprojeto de 2010

Guilherme de Oliveira

Helena Moniz

André Pereira

Em 2009, respondendo a um pedido do grupo parlamentar do partido socialista, fizemos um anteprojeto sobre o consentimento informado e sobre o acesso ao processo clínico. O percurso legislativo interrompeu-se e, em 2010, voltámos a apresentar o trabalho depois de ter incorporado sugestões recebidas e de ter refletido sobre um ou outro pormenor.

O partido socialista chegou a apresentar um projeto baseado neste documento. Mas outros partidos focaram-se na apresentação de projetos sobre o chamado “testamento vital” e, passado pouco tempo, o esforço legislativo da assembleia concentrou-se neste tema; de facto, em julho de 2012, surgiu a lei das declarações antecipadas de vontade (DAV). Deste modo, as questões do consentimento informado e do acesso ao processo clínico ficaram abandonadas.

Ao contrário do que afirmou o Conselho Nacional para as Ciências da Vida¹, entendemos que a matéria do consentimento informado precisa de regulamentação em temas importantes, e o mesmo se pode dizer quanto ao acesso ao processo clínico, embora com menos intensidade. A simples leitura do presente texto justifica facilmente esta afirmação.

Publicamos o texto das normas que preparámos, acompanhado de um pequeno preâmbulo e de algumas notas explicativas.

¹ “Atendendo a que as questões do consentimento informado e do acesso à informação de saúde já têm regulamentação bastante na ordem jurídica portuguesa (...)” — Parecer de Dezembro de 2010.

Anteprojeto

“Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado

Preâmbulo

O direito dos doentes relativos à sua autonomia nos cuidados de saúde é o objecto desta iniciativa legislativa.

Regulam-se, no âmbito das relações jurídicas de direito privado e de direito público, de forma coerente e articulada, os direitos dos doentes ao consentimento informado, a emitir declarações antecipadas de vontade e a nomear procuradores de cuidados de saúde, bem como a aceder às suas informações pessoais de saúde.

As soluções normativas que agora propomos baseiam-se na dignidade do doente, especialmente vulnerável no domínio dos cuidados de saúde, e têm como objectivo fortalecer, em simultâneo, o exercício da liberdade responsável dos cidadãos doentes, bem como o reforço do papel humanizante e solidário dos prestadores de cuidados de saúde, robustecendo o carácter personalizado da relação clínica e promovendo a confiança na relação entre o profissional de saúde e o doente.

Neste sentido, no projecto prevê-se que a informação prestada pelo profissional de saúde tenha em conta as necessidades e especificidades de cada doente, individualmente considerado.

Clarifica-se, ainda, que a transmissão da informação ao doente é, em regra, livre de formalismos e estabiliza-se, seguindo a orientação da doutrina e da jurisprudência, o regime de prova que fundamenta o consentimento livre e informado do doente.

Prevê-se um regime de representação dos adultos com capacidade diminuída que, respeitando as exigências do direito europeu dos direitos humanos, estabelece uma forma mais pragmática e valorizadora da inserção familiar e afectiva do cidadão doente.

Relativamente aos jovens com mais de dezasseis anos e amadurecimento psicológico, prevê-se, na esteira do Código Penal, a possibilidade de estes prestarem o

consentimento informado para a prática de actos médicos, embora nos casos mais graves se adopte um regime de em que a decisão seja acompanhada pelos titulares das responsabilidades parentais.

Reconhece-se, na sequência do disposto no artigo 9.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, bem como da recente Recomendação do Comité de Ministros (2009) 11 do Conselho da Europa, a necessidade de criar as bases de uma regulamentação sobre as declarações antecipadas de vontade.

Assim, permite-se que a vontade anteriormente manifestada por um paciente seja tomada em consideração como elemento de apuramento da vontade do doente quando este não se encontre em condições de a expressar. Em alternativa ou cumulativamente, pode o paciente designar um procurador de cuidados de saúde, o qual tomará as decisões por ele. O interesse prático deste instituto pressupõe que o paciente e o procurador mantiveram previamente uma relação de proximidade existencial, que permita ao procurador explicitar os valores e as opções que o primeiro tomaria numa determinada situação, se estivesse capaz de consentir ou recusar uma intervenção de saúde.

Por fim, clarifica-se, valendo uniformemente nas relações de direito privado e de direito público, o direito de acesso à informação pessoal de saúde existente no processo clínico, salvaguardando, porém, em termos adequados, a posição dos médicos e de terceiros.

As soluções legislativas propostas identificam-se com as regras da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada por Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, e publicada no Diário da República de 3 de Janeiro de 2001.

O projecto densifica, desenvolve e concretiza alguns dos direitos do doente previstos na Base XIV da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saúde), designadamente em matéria de informação, consentimento e de representação dos

doentes com capacidade diminuída, regulando, de modo uniforme para o direito privado e para o direito público, o direito de acesso à informação de saúde dos doentes.

A presente iniciativa legislativa contribui, assim, decisivamente para o reforço da tutela do direito à autodeterminação do doente no âmbito dos cuidados de saúde, no respeito pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

(...)

Capítulo I – Generalidades

Artigo 1.º

(Âmbito)

A presente lei regula os direitos dos doentes, no exercício da sua autonomia, em relação ao seu processo clínico e na prestação de cuidados de saúde através do consentimento informado, aplicando-se nas relações jurídicas de direito privado ou de direito público.

Anotação:

A parte final desta norma pretende clarificar que o desenvolvimento da relação médico-doente segue os mesmos caminhos, independentemente da instituição privada ou pública em que se localize.

(Também o regime de acesso aos documentos é o mesmo, uniformizando-se o regime previsto na LADA (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e sua Reutilização, Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto) e na LPDP (Lei de Protecção do Dados Pessoais, Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro), dando prevalência à tese do acesso directo, embora com respeito por outros valores conflituantes – cfr. o art. 22.º)

Capítulo II – Autonomia e Consentimento Informado

Secção I – Informação

Artigo 2.º

(Conteúdo da informação)

1. O profissional de saúde presta a informação segundo as capacidades de entendimento e as necessidades do doente concreto, na medida adequada para que este possa vir a formular uma decisão fundamentada e autónoma.
2. A informação versa sobre o diagnóstico, o prognóstico, os meios e os objectivos do tratamento, os efeitos secundários, os riscos frequentes e os riscos graves inerentes à intervenção e pertinentes para o doente, os benefícios previstos, as alternativas de tratamento, incluindo os seus riscos frequentes ou graves, benefícios e efeitos secundários, as consequências da recusa do tratamento, bem como, quando aplicável, as repercussões financeiras dos tratamentos propostos, a participação de estudantes ou de profissionais em formação e a gravação de imagens.
3. Sem prejuízo da necessidade de consentimento informado, a participação de estudantes ou de profissionais em formação, e a gravação de imagens, só são lícitas quando não acrescentarem os riscos da intervenção.
4. A informação não abrange os riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável, salvo se o doente a solicitar.
5. A informação é tanto mais pormenorizada e extensa quanto menor for o intuito terapêutico da intervenção ou quanto mais graves forem os seus riscos.
6. O médico assistente é o responsável pela prestação da informação ao doente, sem prejuízo da colaboração de outros profissionais que realizem procedimentos concretos e prestem informações no âmbito das suas competências específicas.
7. O médico assistente é o responsável pela coordenação dos vários profissionais de saúde que tiverem o dever de intervir no processo de prestação de informações.
8. O doente tem o direito de saber qual o médico, ou outros profissionais de saúde, que realizam as intervenções ou tratamentos, incluindo os meios complementares de diagnóstico.

Anotação:

O Projecto refere-se sempre a “profissionais de saúde” em vez de “médicos”, para abranger a actividade dos não-médicos, quando praticam actos integrados nas suas competências funcionais.

O n.º 1, ao mencionar o “doente concreto”, exige uma atenção especial a cada pessoa, com as suas necessidades, debilidades e fobias; não basta prestar as informações *standard*, que serviriam ao doente médio mas podem não ser suficientes para o doente concreto.

Os n.º 2 e 3 discrimina os tópicos habitualmente referidos pela doutrina. Inclui informações de carácter financeiro, para evitar surpresas dos doentes. Acrescenta a eventualidade da participação de estudantes ou médicos em formação, que muitas vezes não é considerada pelos profissionais, e que o doente tem o direito de recusar. Inclui a gravação de imagens para fins académicos e científicos, que nunca podem ser realizadas, mesmo com o consentimento do doente, se aumentarem o riscos da intervenção, por exemplo pela demora que possam implicar; e que têm de ser consentidas sempre que merecerem a protecção dos dados pessoais, isto é, se identificarem o doente.

O n.º 4 toma partido na questão mundialmente debatida de saber se o médico deve comunicar os riscos de morte ou de incapacidade grave que muito raramente acontecem. Segue-se neste Projecto a orientação maioritária de que não vale a pena assustar duramente os pacientes com a possibilidade de ocorrência de fenómenos raríssimos.

O n.º 5 esclarece que uma intervenção meramente estética, que não tem benefícios terapêuticos, exige maior esclarecimento dos seus riscos, para que o interessado possa ponderar melhor.

O n.º 6 resolve a dúvida de saber se podem intervir no processo de informação outros profissionais de saúde que não sejam o médico assistente, ou que não sejam médicos. Adopta-se a solução de permitir a intervenção de vários profissionais, dentro das suas competências técnicas.

O n.º 7 impõem ao médico assistente um dever de coordenar os profissionais de saúde que intervierem no processo, para impedir que cada um suponha que as informações necessárias foram dadas por outros e, no final, o doente acabe por não ser informado.

O n.º 8 pretende personalizar a “relação médico-doente” de um modo óbvio – através da consagração do direito básico de saber a identificação do profissional que vai praticar um acto de saúde.

Artigo 3.º

(Forma e prova da informação)

1. A informação é prestada numa entrevista, em linguagem acessível e adequada, ou por qualquer outro meio idóneo.
2. Para além dos casos especialmente previstos na lei, a informação é escrita no caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente.
3. Em qualquer caso, a informação prestada fica registada no processo clínico.
4. Compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova, por qualquer modo, de que prestou a informação nos termos exigidos pela lei.

Anotação:

O n.º 1 mantém a regra de que a informação é oral; mas prevê as hipóteses de incapacidade do doente para receber informação oral (surdez), ou os casos em que pode haver vantagem em prestar a informação através de meios audio-visuais.

Para além da linguagem simples, a regra exige uma entrevista.

O n.º 2 ressalva os casos previstos na lei em que se exige informação escrita (p. ex. ensaios clínicos) ou testemunhada (p. ex. transplantes). Por outro lado, impõe a regra nova da necessidade de informação escrita nas intervenções mais graves.

É claro que não pode determinar-se o conjunto das intervenções “mais graves” – a prática médica há-de vir a concretizar, progressivamente, este conceito.

O n.º 3 pretende valorizar o processo clínico, pelo relevo que ele assume em vários aspectos da vida do doente e pelas insuficiências práticas que ainda se lhe notam.

O n.º 4 toma posição no problema de saber quem tem o ónus de provar que a informação foi dada. Se coubesse ao doente a prova de que não foi informado, estar-se-ia a impor uma “prova diabólica,” já que se trataria da prova de facto negativo. Por isso, por toda a Europa se tem considerado que impende sobre o médico e sobre a unidade de saúde a prova de que prestou as informações adequadas. Toma-se partido pela parte mais fraca – o doente – que tem uma dificuldade ainda maior do que o médico ou o estabelecimento. Este últimos podem provar por qualquer meio o cumprimento da obrigação e têm a obrigação de desenhar procedimentos que, ao serem sistematicamente aplicados, geram a presunção de que foram aplicados em cada caso concreto.

Artigo 4.º

(Direito a não saber)

1. O doente tem o direito a não ser informado.
2. Se, porém, se verificar um perigo para a saúde de terceiros ou para a saúde pública, o profissional de saúde informa o doente.
3. Em qualquer caso, o profissional de saúde regista esses factos no processo clínico.

Anotação:

O direito a não saber está consagrado na Convenção de Oviedo. Porém, o n.º 2 impõe ao profissional de saúde a prestação de informações, contra a vontade do doente, se a omissão criar perigo para a saúde de terceiros ou para a saúde pública. Serão os casos, respectivamente, e p. ex., de o piloto de aeronaves não querer saber se padece de uma doença que gera propensão para desmaios em altitude, ou de um doente não querer saber se padece de tuberculose multirresistente.

Artigo 5.º

(Privilégio terapêutico)

1. O doente não deve ser informado nos casos excepcionais em que a informação implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo doente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.
2. O profissional de saúde regista no processo clínico as circunstâncias e os fundamentos da sua decisão de não informar o doente.

Anotação:

Reproduz-se aqui a norma tradicional sobre o chamado “privilégio terapêutico”, que consta do art. 157.º código penal.

Sublinha-se que este regime só deve ser aplicado em “casos excepcionais”. Com esta afirmação, pretende-se afastar uma interpretação demasiado “paternalista” do privilégio terapêutico, que leva o médico a omitir a informação sempre que entenda que não deve “assustar” o doente e, se exagerar, acabará por não praticar as normas do Consentimento Informado quase nunca...

Artigo 6.º

(Titular do direito à informação)

1. O doente é o único titular do direito à informação adequada para a prestação do seu consentimento.
2. Os familiares ou outras pessoas só têm acesso à informação no caso de o doente o consentir, expressa ou tacitamente.

Anotação:

O artigo afirma que o paciente é a única pessoa a quem o médico deve prestar informações, se quiser cumprir o dever de sigilo a que está obrigado.

O n.º 2 afirma que só não há quebra de sigilo quando o titular da informação autoriza a revelação dos seus dados de saúde.

A tradição de revelação fácil à família pode colocar o médico numa situação difícil, sempre que o paciente não deseje a comunicação dos seus dados; na verdade, nestas circunstâncias o médico viola o dever de sigilo.

Secção II – Consentimento

Artigo 7.º

(Consentimento)

1. Qualquer intervenção, no âmbito da saúde, carece de um prévio consentimento informado e livre do doente.
2. O consentimento deve ser prestado após uma reflexão ponderada com base nas informações dadas pelo profissional de saúde, nos termos da secção precedente.
3. No caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente, o tempo de reflexão não deve ser inferior a 48 horas, salvo em casos de urgência.

Anotação:

O objectivo desta norma é o de mostrar que a decisão do doente tem de ser ponderada, em qualquer caso, depois de ter recebido as informações adequadas. Dito por outras palavras, não é aceitável que o doente seja informado pouco tempo antes da intervenção, quando já se encontra com a sua liberdade diminuída pelo receio, nervosismo, ou influências de drogas.

Esta necessidade é mais premente nas intervenções mais arriscadas, pelo que se impõe um tempo de reflexão mínimo. O prazo de reflexão de 48 horas é defendido, entre outros, pela jurisprudência alemã.

Artigo 8.º

(Forma e prova do consentimento)

1. O consentimento é prestado por qualquer meio, salvo nos casos especialmente previstos na lei.
2. O consentimento é escrito no caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente.
3. Compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova, por qualquer modo, de que obteve o consentimento informado do doente nos termos exigidos pela lei.

Anotação:

O n.º 1 mantém as regras que actualmente estão em vigor.

Em resumo, o código civil e o código penal consagram a “liberdade de forma”, ou seja, a validade de qualquer meio idóneo de expressão do consentimento. Porém, há que considerar várias leis especiais, relativas a certos tipos de intervenções, que impõem a forma escrita, ou a prestação do consentimento perante um médico-testemunha (Transplantes). Além disto, depois de uma sugestão do ministério da saúde, as unidades públicas passaram a exigir a prestação de consentimento em “formulários”. Deste modo, a prestação do consentimento por escrito é uma obrigação legal só naqueles casos especiais em que as leis a impõem; e é uma obrigação funcional, administrativa, resultante de uma ordem de serviço, cujo incumprimento pode gerar responsabilidade disciplinar, nas unidades públicas de saúde.

O n.º 2 acrescenta ao regime que está em vigor a imposição de uma forma escrita nos casos de intervenções especialmente graves.

Não é adequado prever legalmente quais são estas intervenções – nem os legisladores nem sequer os médicos podem fazer uma lista completa destes actos. De facto, para além da infinidade de intervenções, ainda teria de se considerar a gravidade de cada intervenção para cada doente no caso concreto. Assim, tem de deixar-se às boas-práticas a determinação destas intervenções mais perigosas, com o bom-senso que está sempre presente na actividade clínica.

O n.º 3 contém uma regra semelhante ao art. 3.º, n.º 4. Cfr. a respectiva anotação.

Artigo 9.º

(Recusa e Revogação do consentimento)

1. O doente tem o direito de recusar qualquer intervenção, ou de revogar o consentimento que tenha dado para ela, a qualquer momento.
2. Em qualquer destes casos, o profissional de saúde informa-o dos riscos e das consequências da decisão, e regista os factos no processo clínico.
3. Se a recusa de tratamento implicar um risco elevado de incapacidade grave ou de morte está sujeita à forma escrita.
4. Em caso algum pode o doente ser discriminado no acesso aos cuidados de saúde pelo facto de ter recusado um tratamento, ou de ter revogado um consentimento prévio.

Anotação:

O artigo mantém as regras que estão consagradas em diplomas anteriores. Repetem-se aqui sempre para tornar o seu conhecimento mais fácil.

O n.º 3 prevê a hipótese de a recusa implicar consequências particularmente graves. A exigência de forma escrita pretende levar o doente a reflectir uma última vez sobre a decisão, e pretende facilitar a prova da recusa.

O regime do n.º 4 já resultaria de um princípio geral de não discriminação, mas reafirma-se aqui a protecção e a garantia de liberdade do doente que recusa.

Artigo 10.º

(Urgência e alteração do âmbito da intervenção)

1. O consentimento é dispensado quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde.
2. Não é ilícita a intervenção cujo consentimento 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.
3. Nos casos previstos nos números anteriores, a intervenção sem o consentimento só é lícita se não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.
4. Em qualquer caso, o profissional de saúde regista estes factos no processo clínico e dá conhecimento deles ao doente, logo que este esteja em condições de perceber o sentido e alcance das informações.

Anotação:

Este artigo reproduz as normas que constam do artigo n.º 156.º do Código Penal, para facilitar o seu conhecimento.

O n.º 4 apenas acrescenta a necessidade de registo no processo clínico, sempre com a intenção de valorizar o preenchimento do processo, pela importância que ele tem no âmbito da assistência médica e em vários outros domínios da vida do doente.

Secção III – Representação de Pacientes com capacidade diminuída

Artigo 11.º

(Representação de adultos com capacidade diminuída)

1. Considera-se adulto com capacidade diminuída a pessoa que, no momento da decisão, devido a qualquer causa, não tem o discernimento suficiente para entender o sentido do seu consentimento, ou não tem o livre exercício da sua vontade.
2. Para efeitos da presente lei, o poder de representação será exercido pelo procurador de cuidados de saúde, previamente designado pelo doente nos termos previstos na secção seguinte.
3. Na falta de procurador de cuidados de saúde, os adultos com capacidade diminuída são representados pelo seu tutor.
4. Na ausência de qualquer dos representantes mencionados nos números anteriores, o profissional de saúde actua segundo o consentimento presumido do doente, ouvidos, sempre que possível, o médico de família do doente, e outras pessoas que tenham mantido com o doente relações de grande proximidade, designadamente os familiares.
5. Nos casos previstos no número anterior, se a intervenção tiver risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente, a decisão clínica deve ser comunicada ao Ministério Público, no prazo de 10 dias, mesmo que a intervenção já tenha sido realizada.

Anotação:

A mais moderna expressão “capacidade diminuída” reporta-se à figura clássica das pessoas “incapazes”, ou pessoas “incompetentes”, como costumam dizer os profissionais de saúde.

Há muitos anos que vem sendo sentida a necessidade de encontrar um regime adequado para a substituição da vontade dos incapazes adultos, diferente do mecanismo antiquado que é previsto pelo código civil; na verdade, o velho regime da interdição – moroso, estigmatizante e exagerado – não serve para a representação dos incapazes em ambiente de saúde.

A substituição da vontade dos incapazes tem de ser oportuna, limitada ao estritamente necessário, discreta, e descartável. Os milhares de doentes que precisam de alguém que tome decisões por eles, sobretudo os muito idosos que hoje se encontram em grande número aos hospitais, não podem ser protegidos através daquela procedimento tradicional. Quase todos os países têm estabelecido regras legais novas.

O n.º 1 pretende abranger todas as pessoas que, interditas formalmente ou não, precisam de que alguém as substitua.

O n.º 2 reconhece a possibilidade proposta no presente texto de ter sido nomeado um “procurador de cuidados de saúde” – caso em que este procurador substitui o

interessado na manifestação da sua vontade. Ou seja, a nomeação pelo interessado prevalece sobre a nomeação de um representante legal pelo Estado.

Não havendo nomeação de procurador, pelo interessado, o n.º 3 aceita, naturalmente, a intervenção de um tutor, nos casos raros em que tenha sido instaurada uma tutela, ou nos casos de curatela em que o tribunal tenha excepcionalmente concedido poderes ao curador no que respeita a decisões de natureza pessoal do inabilitado.

O n.º 4 prevê a falta de qualquer destes representantes – a situação que será normal durante muitos anos – e atribui ao médico a legitimidade para decidir em vez do doente, procurando, no entanto, encontrar e cumprir a sua vontade presumida. A audiência dos familiares ou de pessoas próximas do doente servirá para auxiliar a descobrir a vontade presumida deste.

O n.º 5 parte da ideia de que, tradicionalmente, o Ministério Público é o representante geral dos incapazes, e deve actuar sempre que não exista um representante individualizado, ou este representante não cumpra o seu papel. Em rigor, esta ideia deveria conduzir-nos a chamar o Ministério Público a assumir sempre a representação plena do incapaz adulto – em vez de atribuir ao médico o poder de procurar a vontade presumida do doente. Porém, acreditamos que não é praticável chamar o Ministério Público em todos os casos em que um incapaz, sem representante legal, precisa de prestar um consentimento informado.

A comunicação ao Ministério Público apenas nos casos de intervenções com risco de incapacidade grave ou de morte, que não são frequentes, não se traduzirá numa carga excessiva sobre os prestadores de saúde. Por outro lado, esta comunicação salvaguarda a exigência constitucional e legal de o Ministério Público ser o representante e defensor das pessoas em situação de incapacidade (art. 3.º, n.º 1, al. a) do Estatuto do Ministério Público). Com esta informação poderá o Ministério Público tomar as medidas que julgue adequadas no âmbito da protecção dos incapazes, não se permitindo, assim, que um cidadão se mantenha indefinidamente desacompanhado, do ponto de vista legal, no âmbito do sistema de prestação de cuidados de saúde.

Artigo 12.º

(Representação de crianças e jovens)

1. As crianças e jovens são representadas pelos seus representantes legais, salvas as exceções previstas na lei.
2. No âmbito da presente lei, a partir dos doze anos, o jovem deve ser informado, na medida das suas capacidades de entendimento, e a sua opinião deve ser tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.
3. Sem embargo do que está previsto em legislação especial, o jovem com idade igual ou superior a dezasseis anos, que possua capacidade de entendimento do sentido e alcance da sua decisão, tem o direito de consentir ou de recusar a intervenção clínica, desde que esta não implique risco elevado de incapacidade grave ou de morte.
4. Quando a intervenção implicar risco elevado de incapacidade grave ou de morte, os representantes legais do menor participam no processo de decisão, que será tomada por acordo entre eles e o menor.

Anotação:

Os n.º 1 e 2 partem do regime tradicional da representação dos menores, que está a cargo dos seus progenitores, e reafirma a tendência consagrada desde a Reforma de 1977, do código civil, de ouvir os jovens com maturidade, quanto aos assuntos que lhes dizem respeito.

O n.º 3 introduz uma alteração importante no sistema: consagra uma “maioridade especial” – 16 anos – quanto às decisões de saúde.

Todos os países conhecidos consagram a possibilidade de os jovens maduros prestarem o consentimento informado para a prática de actos médicos, embora não haja uniformidade de soluções.

O direito português contém, desde 1977, uma regra geral que manda atender à opinião dos menores, e respeitar a sua autonomia, nos assuntos relativos à organização da sua vida (art. 1878º, n.º 2 do Código Civil). Por outro lado, consagra várias “maioridades especiais” – à escolha de religião, perfilhação, casamento, acesso a consultas de planeamento familiar e educação sexual, acesso a diagnóstico pré-natal, interrupção de gravidez. Parece ser altura para dar um passo cauteloso relativamente ao acesso dos menores aos cuidados de saúde, em geral. O passo é cauteloso na medida em que, se se tratar de uma intervenção grave, o menor continua a ser representado pelos pais.

O n.º 4 prevê que, em casos muito graves, o menor entre os 16 e os 18 anos continue representado pelos pais. Porém, a maturidade do/a jovem aconselha a que ele/a não seja forçado/a a intervenções que recuse, e por esta razão se exige o acordo.

Segue-se, neste ponto, o regime português consagrado para a participação em ensaios clínicos, bem como na transplantação de órgãos ou tecidos regeneráveis.

Secção IV – Declaração antecipada de vontade e nomeação de Procurador de cuidados de saúde *

*NB: Segue em anexo uma versão diferente da Secção IV, da autoria de André Pereira

Artigo 13.º

(Consentimento informado antecipado)

1. Através de uma declaração antecipada de vontade, o declarante adulto e capaz, que se encontre em condições de plena informação e liberdade, pode determinar quais os cuidados de saúde que deseja ou não receber no futuro, incluindo os cuidados de alimentação e de hidratação, no caso de, por qualquer causa, se encontrar incapaz de prestar o consentimento informado de forma autónoma.
2. A declaração antecipada de vontade é reduzida a escrito.
3. O declarante pode revogar, a qualquer momento e por qualquer meio, a declaração antecipada de vontade.
4. A declaração antecipada de vontade é tida em consideração como elemento fundamental para apurar a vontade do doente, salvo o disposto no artigo 14.º.
5. A eficácia vinculativa da declaração antecipada de vontade depende, designadamente, do grau de conhecimento que o outorgante tinha da natureza da doença e da sua evolução; do grau de participação de um médico na aquisição desta informação; do rigor com que são descritos os métodos terapêuticos que se pretendem recusar ou aceitar; da data da sua redacção; e das demais circunstâncias que permitam avaliar o grau de convicção com que o declarante manifestou a sua vontade.
6. A decisão do médico, em conformidade ou em divergência com a declaração, deve ser fundamentada e registada no processo clínico.
7. No instrumento de declaração antecipada de vontade pode ser designado um procurador de cuidados de saúde, segundo o regime previsto na presente secção.

Anotação:

A declaração antecipada de vontade tem sido alvo de alguma discussão pública, em Portugal. Os direitos estrangeiros adoptam várias maneiras de reconhecer as declarações antecipadas, sem que seja possível encontrar um modelo que se possa reputar melhor do que qualquer outro.

Este Projecto preferiu uma regulamentação mínima das declaração antecipadas, para dar um primeiro passo no direito português. Um passo que se limita a reconhecer valor jurídico aos documentos que já vêm sendo usados e são conhecidos pela prática hospitalar, desde que sejam cumpridas exigências elementares de liberdade, de informação e de formalismo, e que define o modo como eles devem ser avaliados para se lhes atribuir uma força vinculativa variável.

O n.º 2 estabelece a exigência da forma escrita; a mera oralidade não poderia oferecer a confiança indispensável.

O n.º 3 estabelece a regra indiscutível da livre revogabilidade, a todo o tempo, da declaração antecipada de vontade; o autor tem de poder mudar de ideias sempre que quiser.

O n.º 4 determina que o documento merece um valor importante para a determinação da vontade do paciente. Outros elementos disponíveis, externos ao documento, devem ser tidos em consideração no processo de avaliação global da vontade do paciente.

O n.º 5 refere alguns dos critérios que devem ser considerados para se avaliar o grau de vinculatividade do documento – a informação que o signatário recebeu, a liberdade de que gozou para assinar, o grau de convicção que tinha e a firmeza dessa convicção, etc.. A questão mais difícil que está aqui pressuposta é a de saber se, apesar de toda a informação e de toda a liberdade no momento em que formulou a declaração, o paciente ainda mantém a decisão no momento actual em que adoeceu ao ponto de não poder agora expressar a sua vontade.

No termo de uma avaliação casuística, feita pelo médico ou pela equipa médica, segundo todos os parâmetros disponíveis, poderá concluir-se que a declaração formula uma vontade informada, livre e actual, que deve ser plenamente respeitada; ou, pelo contrário, poderá concluir-se que a manifestação da vontade antecipada não tem as características suficientes para ser considerada informada, livre e actual, de modo que, presumivelmente, o paciente a mudaria se pudesse exprimir-se no momento actual da avaliação.

O n.º 6 manda registar a avaliação do médico ou da equipa no processo clínico.

O n.º 7 admite que na declaração antecipada de vontade se nomeie um procurador de cuidados de saúde; no art. 15.º, n.º 3, prevê-se o inverso: que no documento de nomeação de procurador de cuidados de saúde se façam determinações antecipadas sobre a assistência médica que se quer ou que não se quer.

Artigo 14.º

(Limites da eficácia das declarações antecipadas)

1. O médico nunca respeita a declaração antecipada quando esta seja contrária à lei ou à ordem pública, quando determine uma intervenção contrária às normas técnicas da profissão, ou quando, devido à sua evidente desactualização em face do progresso dos meios terapêuticos, seja manifestamente presumível que o doente não desejaria manter a declaração.
2. O médico regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores.

Anotação:

Enquanto a norma anterior admite uma ponderação livre, de acordo com todos os critérios relevantes, sobre o valor da declaração antecipada para a descoberta da vontade do paciente – e admite que a vontade declarada venha a ser cumprida – o presente artigo prevê os casos em que o médico não pode dar valor à declaração e à vontade nela manifestada.

Para além das hipóteses habituais da contrariedade à lei ou à ordem pública, resultantes das regras gerais, prevê-se que o médico nunca respeite uma vontade que lhe imponha procedimentos contrários às *leges artis*, procedimentos errados segundo as boas práticas consagradas. Note-se que isto é diferente de uma vontade que *recuse* uma intervenção que seria tecnicamente indicada – esta recusa pode vir a ser respeitada, se for considerada como indiscutivelmente pretendida.

Também se prevê que o médico nunca respeite uma vontade que a todos os títulos parece desactualizada, em face dos progressos técnicos, de tal modo que seja possível acreditar que o doente formularia uma vontade diferente se pudesse raciocinar em face das circunstâncias actuais.

Artigo 15.º

(Procurador de cuidados de saúde)

1. Pode ser designado um procurador de cuidados de saúde a quem se atribui poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a realizar, no futuro, no caso de o interessado não ter discernimento suficiente para compreender as informações prestadas, entender o sentido e alcance da sua decisão, ou não ter o livre exercício da sua vontade.
2. O procurador tem de ter plena capacidade de exercício de direitos, e aceita a designação no acto constitutivo.
3. No instrumento de designação do procurador de cuidados de saúde, o outorgante pode fazer declarações antecipadas de vontade, segundo o regime previsto na presente secção.

Anotação:

Este Projecto parte da ideia de que o direito português está carecido de meios para a substituição da vontade dos adultos com capacidade diminuída, e de que a designação do Procurador de Cuidados de Saúde é um excelente instrumento para satisfazer as necessidades sentidas pelas unidades de saúde.

Porém, tal como para a Declaração Antecipada de Vontade, este anteprojecto adopta uma regulamentação mínima, para que esta prática possa ser introduzida no país de um modo discreto e gradual.

Os requisitos mínimos para que se possa reconhecer valor à constituição de um Procurador dizem respeito à capacidade dos dois intervenientes, à liberdade da designação, e à aceitação do Procurador.

Os requisitos formais que garantem a clareza e a ponderação da designação, e as condições indispensáveis para um acesso fácil e oportuno, serão objecto da norma seguinte.

Artigo 16.º

(Forma e Acesso)

1. O Governo determinará a forma que deve revestir a declaração antecipada de vontade e a designação do procurador de cuidados de saúde.
2. O Governo fica autorizado a criar um registo nacional que permita o acesso eficaz, pelos serviços de saúde de urgência, à existência e ao conteúdo das declarações antecipadas de vontade e à identidade dos procuradores de cuidados de saúde.

Anotação:

A questão do formalismo indispensável e a questão da organização do Sistema que há-de permitir o acesso pelas unidades de saúde, sobretudo pelos serviços de urgência, estão intimamente relacionadas.

A devolução das competências estabelecida neste artigo justifica-se pela preocupação de não criar vinculações regulamentares que possam destoar da estratégia do Governo, neste particular, sendo certo que as regras de formalismo e as regras de competência têm vindo a ser alteradas, em Portugal. Parece preferível deixar à Administração uma total liberdade para estabelecer o regime e garantir a coerência necessária.

Espera-se, no entanto, que venha a ser escolhida a forma mais exigente, pois as Declarações Antecipadas de Vontade têm efeitos muito relevantes, e a nomeação do Procurador de Cuidados de Saúde confere poderes muito importantes sobre a pessoa do constituinte.

A criação de um Registo Nacional, a que as unidades de saúde tenham um acesso fácil, parece ser o modo mais simples de organizar o sistema, e já tem um paralelo fácil com o Registo Nacional de não-dadores.

Artigo 17.º

(Direito à objecção de consciência)

1. O disposto na presente secção não prejudica o direito à objecção de consciência dos profissionais de saúde.
2. Os estabelecimentos em que a existência de objectores de consciência impossibilite o respeito das declarações de vontade antecipadas, ou as decisões legítimas dos procuradores de cuidados de saúde, devem adoptar formas adequadas de cooperação

com outros estabelecimentos de saúde no sentido de garantirem o respeito pela vontade manifestada, assumindo os encargos daí resultantes.

Anotação:

As declarações antecipadas de vontade podem apresentar uma consistência tal que têm de ser respeitadas, mesmo nos casos em que o seu cumprimento antecipe a morte do paciente. Por este motivo, compreende-se que os médicos beneficiem também aqui do privilégio da objecção de consciência.

No entanto, os autores das declarações antecipadas têm o direito de as verem respeitadas, o que exige uma conciliação prática dos interesses em causa. Para efeito desta conciliação, o regime proposto é idêntico ao que foi estabelecido pelo artigo 5.º da Portaria n.º 189/98, de 21 de Março, a propósito da objecção de consciência na Interrupção voluntária da gravidez – a unidade de saúde deve providenciar a execução da vontade declarada em outro estabelecimento, sem custos para o interessado.

Artigo 18.º

Não discriminação

Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou no âmbito de um contrato de seguro em virtude da autoria ou do conteúdo de uma declaração antecipada de vontade.

Anotação:

O exercício da autodeterminação individual pode contrariar os projectos de actuação das unidades de saúde e dos médicos – organizados para proporcionar os cuidados de saúde prescritos pelas regras profissionais; e pode contrariar as previsões normais das empresas seguradoras quanto aos cuidados adequados e cobertos pelas apólices – naturalmente definidos pelas boas práticas médicas.

Mas estas entidades não podem impor a sua visão da normalidade a cada doente; cada um deve poder aceitar ou recusar intervenções médicas, quer seja através da expressão actual da vontade, quer seja através de uma declaração antecipada, de uma vontade presumida, ou da decisão de um procurador de cuidados de saúde.

O exercício desta liberdade, *para ser livre*, não pode rezear outras desvantagens, para além daquelas que aceita suportar.

Capítulo III – Autonomia e Processo Clínico

Artigo 19.º

(Processo clínico)

1. O processo clínico contém todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa viva ou falecida, e à sua história clínica ou familiar.
2. O profissional de saúde deve registar todos os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, de uma forma clara e pormenorizada.
3. O doente é o titular da informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, os resultados de análises e de outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos.
4. Não se consideram informação de saúde as anotações subjectivas feitas pelo profissional para sua orientação particular.

Anotação:

O n.º 2 consagra um dever de documentar, a cargo dos profissionais de saúde.

O n.º 3 esclarece que o paciente é o titular da informação de saúde, seguindo o art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro de 2005, sobre *Informação genética pessoal e informação de saúde*.

O n.º 4 exclui do direito de acesso do doente as anotações que os profissionais de saúde escrevem nos processos para sua orientação pessoal, na convicção de que não serão divulgadas; não se trata de informações de saúde, mas meros apontamentos de gestão do caso concreto, para memória particular. A falta de reserva destes apontamentos levaria a que os profissionais não os fizessem, ou usassem outros suportes, complicando o seu registo, em prejuízo da gestão do caso. O regime proposto é seguido no direito alemão (cfr. Laufs; Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrecht*, 3. Auflage, Muenchen, Beck, 2002, p. 489).

Cfr. também o art. 22.º, n.º 5.

Artigo 20.º

(Responsável pelo acesso ao processo clínico)

1. A unidade prestadora de cuidados de saúde nomeia um responsável pelo acesso à informação constante do processo clínico, que deve ser um profissional de saúde.
2. Cabe a este responsável dar parecer sobre os requerimentos formulados, de acordo com as normas constantes deste diploma, e assegurar o seu seguimento dentro dos serviços de cada unidade prestadora de cuidados de saúde.
3. O responsável pelo acesso ao processo clínico garante o cumprimento das exigências de segurança estabelecidas pela legislação que regula a protecção de dados pessoais e o armazenamento da informação em território sob a jurisdição portuguesa.

Anotação:

Estende-se às unidades privadas aquilo que já está expressamente previsto para as unidades públicas no âmbito do art. 9.º da LADA (Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto).

O n.º 3 reproduz as exigências do art. 15.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais), e acrescenta o requisito da localização em território português como garantia da aplicação das regras substantivas e processuais da lei portuguesa.

Artigo 21.º

(Acesso ao processo clínico)

1. Os titulares da informação de saúde têm direito de acesso à informação constante do processo clínico que lhes diga respeito, sem intermediação de um médico.
2. Em casos excepcionais, o acesso pelo doente à informação sobre a sua saúde pode ser limitado quando a ser conhecida pelo doente, poria em perigo a sua vida ou seria

susceptível de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica, ficando a limitação, e o seu motivo, registados no processo clínico.

3. A comunicação da informação de saúde é feita por intermédio de um médico, se o requerente o solicitar.

4. O titular da informação de saúde pode requerer, por escrito, a consulta do processo clínico ou a reprodução, por fotocópia ou qualquer outro meio técnico, designadamente, visual, sonoro ou electrónico, da informação de saúde constante daquele, bem como dos exames complementares de diagnóstico e terapêutica.

5. O doente não tem o direito de aceder às anotações subjectivas feitas pelo profissional para sua orientação particular, salvo consentimento expresso do profissional.

6. A resposta ao pedido de acesso deve ser dada no prazo de 10 dias.

Anotação:

Pretende-se uniformizar o acesso aos dados de saúde quer se trate de uma unidade de prestação de cuidados de saúde pública ou privada, partindo do regime consagrado pela LADA (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e sua Reutilização, Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto).

Este regime de acesso *directo* tem sido consagrado recentemente nos países europeus – cfr. um excerto de André Pereira:

“ii) Nova orientação: o acesso directo

As recentes leis de direitos dos pacientes, *nos países latinos*, têm vindo a admitir o acesso de forma mais liberal.

Em Espanha, a *Ley 41/2002*, de 14 de Novembro,[1] regula o acesso à história clínica, consagrando o direito de *acesso livre e directo* e o direito de obter cópia destes dados. Salvaguardando, porém, os direitos de *terceiras pessoas à confidencialidade dos dados*, o *interesse terapêutico do paciente* e o *direito dos profissionais* à reserva das suas *anotações subjectivas*.[2]

A lei francesa de 4 de Março de 2002[3] confere aos pacientes o direito de aceder às informações médicas contidas no seu *processo clínico*. Mais concretamente, esta lei – quebrando a tradição gaulesa – consagra a possibilidade para o paciente de *aceder directamente à ficha clínica* que lhe diz respeito. Anteriormente, o doente só podia tomar conhecimento dessas informações através do *intermédio* de um médico.

A consagração do direito de acesso directo ao processo clínico é a resposta do legislador às reivindicações das associações de utentes. Contudo, certamente assistiremos a alguma resistência por parte de alguns médicos. Para além de verem a sua ‘privacidade’ profissional devassada por esta lei, os médicos temem que o paciente fique mais exposto aos riscos de pressão dos empregadores e seguradores no sentido de conhecerem os seus prontuários.[4] [5]

O legislador salvaguardou, porém, certas hipóteses para as quais este direito de acesso será *indirecto*. Assim acontece no caso de uma *hospitalização compulsiva*. Esta limitação justifica-se pela necessidade para o médico de dispor de um poder de controlo da difusão de informação sobre a patologia ao seu paciente. Por outro lado, o direito de consulta do processo relativo a um *menor não emancipado* é exercido pelos titulares da autoridade parental. Contudo, também pode ter lugar a pedido do menor *por intermédio do médico*. O menor que quiser manter segredo de determinado tratamento pode-se opor a que o médico comunique ao titular da autoridade parental as informações relativas a essa intervenção. O médico deve fazer menção escrita dessa oposição.[6]

Também na Bélgica se aceita, actualmente, o acesso *directo* ao seu processo. O art. 9, §2 da Lei Belga sobre Direitos dos Pacientes de 2002,[7] reconhece o direito de consultar a história clínica, mas considera que as *anotações*

personais do profissional de saúde e os *dados relativos a terceiros* não são abrangidos por esse direito de consulta.

Nos países do norte da Europa, o *acesso directo* ao processo clínico é já tradicional.

Nos Países Baixos (segundo o art. 456 BWB – Código Civil holandês),^[8] o direito de acesso à totalidade do processo é reconhecido ao paciente, exceptuando as informações susceptíveis de lesar a *vida privada de terceiros pessoas*.^[9]

Na Dinamarca, o direito de acesso ao processo clínico abrange todas as informações, *incluindo as notas pessoais ou, por exemplo, os comentários* a uma radiografia, mas cada pedido é examinado e a consulta pode ser directa ou com a ajuda de um médico.

Na Alemanha, a lei autoriza o acesso directo aos “*dados objectivos*” do processo (resultados de exames, radiografias, troca de correspondência entre médicos) mas restringe à autorização dos médicos o acesso aos *elementos subjectivos* (anotações pessoais, por exemplo). Assim, o acesso ao “*dossier*” pode estar sujeita a algumas limitações temporais e objectivas (para protecção do interesse do médico em não ver davassadas as suas anotações pessoais e de terceiros pessoas). O BGH (*Bundesgerichtshof*) – Tribunal Federal alemão – limita o direito de acesso aos resultados de índole objectiva, científica e às referências a tratamentos, especialmente no domínio da medicação e relatórios sobre cirurgias. Está vedado o direito de acesso a *avaliações subjectivas do médico*, como a reprodução de impressões pessoais sobre o paciente ou sobre os seus familiares. O médico e/ou o hospital/ clínica têm o direito de esconder essas observações, desde que seja notório que isso se verificou.^[10]

Também no Reino Unido se consagra o direito de acesso do paciente à informação de saúde. Todavia, a lei mantém uma excepção, na medida em que o acesso pode ser condicionado caso a informação possa causar um *grave dano* ao paciente (“*likely to cause serious harm*”).^[11]

Podemos concluir que a evolução no direito comparado vai no sentido de conceder ao paciente o direito de acesso directo ou imediato ao processo clínico.^[12]

[1] *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

[2] Artículo 18. *Derechos de acceso a la historia clínica.*: “1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantiza la observancia de estos derechos. 2. El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada. 3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del *derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente*, ni en perjuicio del *derecho de los profesionales participantes en su elaboración*, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus *anotaciones subjetivas*. 4. Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.”

[3] Loi no 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

[4] Cfr. Olivier DUPUY, *Le dossier Médical*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, note d’actualisation, p. 6.

[5] Todavia, o art. 45 do *Code de Déontologie médicale* dispõe que “independentemente do dossier clínico previsto na lei, o médico deve ter para cada paciente uma parte de observações que lhe é pessoal; essa ficha é confidencial e inclui os elementos atualizados, necessários às decisões diagnósticas e terapêuticas”. Alguns autores entendem que essas fichas também são comunicáveis se o paciente o solicitar. Outros entendem que tal medida apenas iria sobrecarregar o processo de informação médica. Que o doente possa, se quiser, aceder à informação médica que lhe diz respeito, parece adequado, mas seria mais judicioso ater-se ao espírito da norma do Código Deontológico, isto é à sagacidade do médico.

Jean-Marie CLÉMENT, *Droits des Malades*, Bordeaux, 2002, p. 24, receia que se caminhe para uma formalização excessiva das relações médico-paciente quando nesta relação deveria presidir a confiança. “*Le droit des usagers devient un droit des consommateurs de soins et à ce titre, on verse d’une confiance à une défiance, avec toutes les conséquences d’une telle modification*”.

[6] Nos termos do art. 6 do *décret du 29 avril 2002*. Cfr. Olivier DUPUY, *Le dossier Médical*, note d’actualisation, p. 8.

[7] Loi relative aux droits du patient du 22 août 2002.

[8] Nos Países Baixos, o contrato médico está regulado no Código Civil de 1992, no livro 7 referente aos contratos em especial. Veja-se Ewoud HONDIUS/ Annet van HOOFT, “The New Dutch Law on Medical Services”, *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1-17, 1996. Sobre o direito holandês, cfr., tb., Loes MARKENSTEIN, “Country Report The Netherlands”, in Jochen TAUPITZ (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of The Patient...*, pp. 741 e ss.

[9] J.M. CLÉMENT, *Droits des Malades*, 2002, p. 16.

[10] Cfr. LAUFS/UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 489.

[11] MASON & Mc CALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, 5th Ed., London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 1999, p. 210.

[12] Sobre esta matéria, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cfr. Decisões de 28-1-2000; 7-12-99; 9-6-1998; 27-8-1997; 25-2-1997. Luis MARTINÉZ-CALCERRADA/ Ricardo de LORENZO, *Tratado de Derecho*

Se eventualmente constar informação relativa a terceiros no processo clínico, o paciente não tem o direito de aceder a essa informação. Isto é claro — o paciente só tem acesso à informação que lhe diga respeito.

O n.º 2 consagra um regime semelhante ao do “privilégio terapêutico” – previsto no código penal para o momento da prestação de informação – para o momento do acesso ao processo clínico. As razões que justificam um justificam o outro.

O n.º 5 reafirma de outro modo o regime que já resultaria do artigo 20.º, n.º4.

Artigo 22.º

(Acesso à informação de saúde por terceiros)

1. Salvo os casos previstos na lei, o acesso à informação constante do processo clínico sem consentimento do seu titular constitui violação de segredo.
2. O Tribunal pode autorizar o acesso à informação constante do processo clínico, nos termos da lei processual.

Anotação:

O n.º 1 reafirma a punição da violação do segredo profissional, nos termos da lei penal, sem prejuízo de algumas disposições legais que autorizem o acesso, como acontece na Lei n.º 12/2005 ou no âmbito da legislação de acidentes de trabalho.

O n.º 2 reconhece as exceções à regra do segredo, nos termos dos regimes gerais previstos na lei processual civil e na lei processual penal – cfr. respectivamente os arts. 519.º e 135.º.

Artigo 23.º

(Acesso ao processo clínico para investigação)

1. O acesso ao processo clínico para finalidades de investigação está sujeita a prévio consentimento do titular da informação de saúde.

2. O acesso ao processo clínico para finalidades de investigação não carece do consentimento previsto no número anterior após anonimização irreversível da informação de saúde.

Anotação:

O n.º 1 reafirma a necessidade de consentimento do titular para a utilização dos seus dados de saúde no âmbito de uma finalidade diferente daquela para que foram gerados — uma regra essencial do acesso aos dados pessoais.

O n.º 2 admite que a informação de saúde seja cedida sem consentimento, depois anonimização irreversível. O que clarifica a regra já inscrita no art. 4.º, n.º 4 da Lei n.º 12/2005.”

“Secção IV – Consentimento informado antecipado e nomeação de Procurador de cuidados de saúde

(Versão alternativa de André Pereira)

Artigo 14.º

(Consentimento informado antecipado)

8. Através de uma declaração antecipada de vontade, o declarante adulto e capaz, que se encontre em condições de plena informação e liberdade, pode determinar quais os cuidados de saúde que deseja ou não receber no futuro, incluindo os cuidados de alimentação e de hidratação, no caso de, por qualquer causa, se encontrar incapaz de prestar o consentimento informado de forma autónoma.

9. A declaração antecipada de vontade é reduzida a escrito.

10. O declarante pode revogar, a qualquer momento e por qualquer meio, a declaração antecipada de vontade.

11. A declaração antecipada de vontade é tida em consideração como elemento fundamental para apurar a vontade do doente, salvo o disposto no artigo 15.º.

5. A decisão da equipa médica de não respeitar uma declaração antecipada de vontade do doente deve ser fundamentada e registada no processo clínico, após manter um diálogo com a família e outras pessoas próximas.

6. Porém, a declaração antecipada de vontade de recusa de um determinado tratamento será vinculativa, desde que seja reduzida a escrito e respeite as seguintes condições:

- a. O outorgante ter previamente obtido informações a propósito dos tratamentos que deseja ou não receber junto de um médico, que deve atestar, por escrito, esse esclarecimento;
- b. A outorga da declaração antecipada de vontade ter ser realizada perante um Notário ou perante um funcionário do Registo Nacional de Directivas Antecipadas, em condições de plena liberdade;
- c. A declaração antecipada de vontade ter sido assinada há menos de 5 anos.
- d. Seja identificado com rigor e precisão o tratamento ou intervenção que se deseja recusar.

Artigo 15.º

(Limites da eficácia das declarações antecipadas)

3. O médico nunca respeita a declaração antecipada quando esta seja contrária à lei ou à ordem pública, quando determine uma intervenção contrária às normas técnicas da profissão, ou quando, devido à sua evidente desactualização em face do progresso dos meios terapêuticos, seja manifestamente presumível que o doente não desejaria manter a declaração.

4. O médico regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores.

Artigo 16.º

(Procurador de cuidados de saúde)

1. A pessoa maior e capaz pode designar um procurador de cuidados de saúde a quem atribui poderes para decidir sobre os cuidados de saúde a realizar, no caso de, no futuro, não ter discernimento suficiente para compreender as informações prestadas, entender o sentido e alcance da sua decisão, ou não ter o livre exercício da sua vontade.
2. Ao procurador de cuidados de saúde aplicam-se, com as necessárias adaptações, as normas previstas nos artigos 1929.º, 1933.º e 1934.º do Código Civil.
3. A designação deve ser reduzida a escrito e assinada pelo outorgante e pelo procurador, em condições de plena liberdade e esclarecimento, perante o Notário ou perante o Funcionário do Registo Nacional de Declarações Antecipadas de Vontade.
4. No instrumento de designação do procurador de cuidados de saúde, o declarante pode, concomitantemente, emitir declarações antecipadas de vontade.
5. A procuração é livremente revogável pelo declarante, em qualquer momento e por qualquer modo, desde que este mantenha ou recupere o discernimento suficiente para compreender as informações prestadas, a capacidade de entendimento do sentido e alcance da sua decisão, e o livre exercício da sua vontade.
6. A decisão do procurador de cuidados de saúde deve ser respeitada, salvo se for contrária à lei ou à ordem pública, ou se determinar uma intervenção contrária às normas técnicas da profissão, bem como no caso de se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o doente não adoptaria aquela decisão, designadamente por contrariar uma declaração antecipada de vontade.

Artigo 17.º

(Acesso)

O Governo fica autorizado a criar um registo nacional que permita o acesso eficaz, pelos serviços de saúde de urgência, à existência e ao conteúdo das declarações antecipadas de vontade e à identidade dos procuradores de cuidados de saúde”.